



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 2686/2014 – ASJCIV/SAJ/PGR

Proposta de Súmula Vinculante nº 69

Relator: Presidente do Supremo Tribunal Federal

Proponente: Ministro Gilmar Mendes

Proposta de Súmula Vinculante. Benefício fiscal. ICMS. Convênio. CONFAZ.

Proposta de súmula vinculante. Concessão de benefício fiscal relativo ao ICMS sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ. Inconstitucionalidade. Discussão quanto ao quorum da aprovação dos convênios. Matéria que não prejudica a discussão da proposta e da delimitação dos exatos termos da redação sugerida. Prescindibilidade de sobrestamento do feito até o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão constitucional discutida na ADPF 198 e em outras ações pendentes de julgamento. Inexistência de violação ao princípio democrático. Norma editada com o objetivo de assegurar o pacto federativo, mediante a inibição da “guerra fiscal”. Inocorrência de contrariedade ao princípio da proporcionalidade. Exigência que se revela adequada, necessária e razoável ao combate da guerra tributária firmada entre os entes federativos.

Parecer pela aprovação da proposta de súmula vinculante, nos termos em que apresentada.

Trata-se de proposta de súmula vinculante formulada pelo Ministro Gilmar Mendes, encaminhada à Procuradoria-Geral da República em cumprimento ao disposto no art. 2º da Resolução/STF 388/2008, com a sugestão de edição do seguinte enunciado:

Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional.

A proposta tem como fundamento os precedentes: ADIs 2.645, 2.906, 3.794, 1.247, 2.548, 1.308, 3.312 e 1.179.

O edital para ciência e manifestação de eventuais interessados foi publicado no DJe 79, de 23/4/2012, e, conforme consta de certidão acostada aos autos, o prazo respectivo encerrou-se em 21/5/2012.

Foram apresentadas diversas manifestações sobre o conteúdo da Proposta de Súmula Vinculante.

Em sentido contrário à sua aprovação, argumenta-se, preliminarmente, a necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento (i) da ADPF 198, que discute o quorum para a aprovação de convênios que tratam da concessão de benefícios fiscais, (ii) das ADIs 4.152, 2.549, 3.794, 3.674 e 3.413, que abordam pontos va-

riados da “guerra fiscal”, (iii) do RE 628.075, referente à glosa de créditos de ICMS pelos Estados que se opõem à concessão unilateral de incentivos, e (iv) da votação dos projetos de lei sobre o disciplinamento, pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, das relações jurídicas decorrentes dos benefícios fiscais no âmbito do ICMS concedidos sem prévia aprovação em convênio.

Defende-se que a proposta deveria ser suspensa a fim de que o CONFAZ, com os poderes que decorrem da combinação dos dispositivos da Constituição e da Lei Complementar 24/75, discipline as relações jurídicas decorrentes dos benefícios fiscais no âmbito do ICMS concedidos sem prévia aprovação em convênio, ou o Congresso Nacional regulamente, de forma definitiva, a forma como esses benefícios deverão ser concedidos e revogados.

Afirma-se, também em sede preliminar, que o emprego do vocábulo “qualquer”, mesmo diante de decisões contrárias à necessidade de convênio para toda e qualquer isenção, a exemplo do acórdão proferido na ADI 3.421, em que assentada a prescindibilidade de “consenso dos Estados à outorga de benefício a igrejas e templos de qualquer crença para excluir o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços nas contas de serviços públicos de água, luz, telefone e gás”, é incompatível com o requisito da existência de reiteradas decisões sobre a matéria.

Ainda quanto aos requisitos para a propositura de súmula vinculante, sustenta-se: (i) que a questão discutida é infraconstitucional, pois está regulada na Lei Complementar 24/75, não na Constituição; (ii) a impropriedade da via eleita, por não se referir a proposta a norma determinada, mas a diversas leis, desatendendo, assim, ao disposto nos arts. 103, § 1º, da Constituição e 2º da Lei 11.417/06, e por não existir multiplicação de processos relativos às diversas normas que serão atingidas pelo enunciado; (iii) a proposta não visa a acabar com uma controvérsia específica posta em análise perante o Judiciário, mas com a “guerra fiscal”; (iv) não cabe súmula vinculante para fixar o sentido e o alcance de um dispositivo da Constituição, tampouco para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos não determinados ou oriundos de entes federativos diversos; e (v) a proposta não observa o disposto no artigo 103-A, § 1º, in fine, da Constituição, visto que a controvérsia a respeito do CONFAZ não é atual, mas vem sendo decidida há anos pelo Supremo.

No mérito, alega-se: (i) a necessidade de alteração da proposta para incluir exceções como a prevista no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, Lei Complementar 123/06, e nas ADIs 3.421, 2.021 e 3.702; (ii) que o ICMS é imposto estadual de competência exclusiva dos Estados e do Distrito Federal e sua única limitação são as alíquotas mínimas e máximas; e (iii) que a exigência de prévia aprovação do convênio

no âmbito do CONFAZ contraria a legislação vigente e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Segue-se alegando que: (iv) ao invés de acabar com os incentivos de ICMS, é preciso regular adequadamente a forma como os Estados e o Distrito Federal deverão deliberar sobre a matéria; (v) a flexibilidade do quorum da Lei Complementar 24/75, aliada à criação de sanções específicas para os entes da federação e agentes públicos infratores de suas disposições, tende a eliminar as ações isoladas, proporcionando uma avaliação mais criteriosa quanto à conveniência da concessão de incentivos de ICMS; (vi) é necessário distinguir entre os incentivos “tributários” e “financeiros” para que os últimos não sejam alcançados pela regra fixada na proposta.

São também apresentados argumentos de ordem social para fundamentar a improcedência do pedido. Nesse contexto, afirma-se, em síntese, que a submissão das decisões do CONFAZ ao critério da unanimidade e a interrupção abrupta dos incentivos fiscais implicarão, para a maioria dos estados brasileiros, especialmente aqueles em desenvolvimento, problemas como o desemprego, insolvência de empresas, aumento da violência e degradação dos serviços públicos mantidos pela arrecadação do ICMS, impedindo-os de realizar seus planos de atração de investimentos e melhoria da qualidade de vida de sua população.

Sustenta-se a inconstitucionalidade da proposta por violar: (i) o art. 155, II, VI e XII, da CR/88 e o princípio da presunção de constitucionalidade das leis; (ii) os arts. 3º, IV, 151, I, 165, § 7º, e 170, VII, da CR/88, haja vista que a redação proposta beneficia os estados mais industrializados e impede a redução das desigualdades regionais e sociais; (iii) os princípios do Estado Democrático de Direito, da proporcionalidade, da autonomia dos Estados, do pacto federativo e da separação de poderes.

Ainda sobre a inconstitucionalidade da proposta, alega-se que nenhum dispositivo constitucional exige quorum unânime; pelo contrário, temas sensíveis de mudança legislativa, como emendas constitucionais, pressupõem o quorum de 3/5 dos representantes do Congresso Nacional e as próprias súmulas vinculantes exigem quorum de decisão de 2/3. A Lei Complementar 24/75, ao impor a unanimidade de votos para a aprovação de convênios de benefício tributário pelo CONFAZ, estaria violando o princípio da proporcionalidade.

Em atenção à situação peculiar da Zona Franca de Manaus, defende-se a necessidade de exclusão do termo “qualquer” da redação proposta, uma vez que o art. 15 da Lei Complementar 24/75 excepciona da sistemática proposta, que exige a prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, os incen-

tivos vinculados ao ICMS deferidos às indústrias instaladas ou que vierem a se instalar na citada região.

Com base no interesse social e na segurança jurídica, requer a modulação dos efeitos da decisão a partir (i) da data da publicação da Súmula, (ii) do trânsito em julgado da decisão que tenha declarado inconstitucional o dispositivo legal que concedeu o benefício, no caso concreto, nos termos do artigo 4º da Lei 11.417/06, (iii) do 1º dia do exercício seguinte à sua edição ou (iv) de outra data fixada pelo Supremo. Em reforço à tese, citam as ADIs 3.794, 4.152 e 2.549, com pleito de modulação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade.

Por fim, com fulcro em cada um dos argumentos acima expostos, foram sugeridas as seguintes redações para o enunciado proposto:

Qualquer isenção, incentivo ou favor fiscal ou financeiro fiscal, concedido com base no ICMS, do qual resulte redução ou eliminação direta ou indireta, do respectivo ônus, redução de alíquota inferior à prevista em Resolução do Senado Federal para operações interestaduais, redução de base de cálculo, crédito presumido, devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do ICMS, ao contribuinte, a responsável ou a terceiro, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ,

é inconstitucional. Esta súmula se aplica aos benefícios concedidos a partir de sua edição.¹

Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, ressalvado o disposto no art. 15 da Lei Complementar n. 24, de 07 de janeiro de 1975, é inconstitucional.²

Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem observância da Lei Complementar n. 24, de 07 de janeiro de 1975, é inconstitucional.³

Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação ou convalidação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional.⁴

Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional. O diferimento não se caracteriza como benefício fiscal.⁵

-
- 1 Proposta de redação apresentada pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP.
 - 2 Redação proposta pelo Estado do Amazonas, ressaltando o que dispõe a Lei Complementar 24/75.
 - 3 Redação proposta pelo Estado do Amazonas, ressaltando o que dispõe a Lei Complementar 24/75.
 - 4 Redação sugerida pelo Estado de Santa Catarina.
 - 5 Redação sugerida pelo Sindicato Nacional da Indústria de Mineração do Ferro e Metais Básicos – SINFERBASE, com o escopo de sanar a imprecisão do termo “ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS”, evitando-se, com isso, a inclusão do diferimento no âmbito de incidência da súmula proposta.

Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional, ressalvados os benefícios de natureza financeira, preservados integralmente os benefícios outorgados até o advento da presente Súmula.⁶

Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício relativo ao ICMS que importe efetiva supressão ou redução do imposto, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional.⁷

O Estado de São Paulo apresentou manifestação defendendo a adequação da proposta ao texto da alínea “g” do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição. Além disso, afirma ser desnecessária a especificação de tipos e, ao mesmo tempo, insuficiente o elenco pretendido para alcançar todas as formas de desoneração do imposto, já abrangidas na redação sugerida.

Vieram os autos à Procuradoria-Geral da República, nos termos do art. 354-B do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e art. 2º, § 2º, da Lei 11.417/06, para manifestação.

6 Redação proposta pelo escritório Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados.

7 Redação sugerida pela Associação dos Produtores de Bioenergia do Estado do Paraná – ALCOPAR, favorável à aprovação da proposta, com a ressalva de que o diferimento não se identifica como benefício ou incentivo fiscal, conforme decidido na ADI 2.056.

Preliminarmente, é desnecessário o sobrestamento do feito até que sejam analisadas outras ações que envolvem a aprovação de convênios ainda pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Convém destacar, no ponto, a ADPF 198, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, ajuizada em impugnação aos arts. 2º, § 2º, e 4º da Lei Complementar 24/75, que parece ser a principal e mais específica ação sobre a constitucionalidade da exigência de unanimidade de votos dos representantes dos Estados nas reuniões do CONFAZ para a concessão de benefícios fiscais relativos ao ICMS.

Nos autos da ADPF 198, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela improcedência do pedido, ao argumento de que a exigência de decisão unânime dos Estados representados nas reuniões do CONFAZ não viola o princípio democrático, pois tem o objetivo - legítimo - de assegurar o pacto federativo, mediante a inibição da “guerra fiscal” entre os Estados.

De todo modo, ainda que o Supremo assente, no caso de julgar procedente o pedido da ADPF, que a exigência de quorum unânime é violadora de preceito fundamental, os efeitos projetados da presente proposta de súmula vinculante não serão alterados.

As regras para a celebração dos aludidos convênios no âmbito do CONFAZ, como forma e quorum, mesmo que alteradas

quando do julgamento da ADPF 198 ou de outras ações referentes ao tema, não repercutirão na redação proposta, que apenas menciona, de forma genérica, o seguinte:

Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional. (Grifos acrescidos)

Como se vê, o texto sugerido não faz alusão à forma e ao quorum, mas apenas à “aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ”, logo, a discussão quanto a tais aspectos da aprovação dos convênios não pode ser vista como condição preliminar e prejudicial ao julgamento da proposta.

Ademais, a recepção da Lei Complementar 24/75 já foi, ainda que indiretamente, enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal em diversas ocasiões, como nas ADIs 1.179, 2.823, 2.439, 2.376, 1.999, 1.587 e 1.247. Já houve, portanto, pronunciamento do STF a respeito do tema, o que reforça a desnecessidade de sobrestamento do feito.

Passemos, assim, à análise dos pressupostos formais de adequação da proposta, que, no entender da Procuradoria-Geral da República, estão todos presentes: (a) legitimidade ativa do proponente; (b) suficiente fundamentação da proposta; (c) reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria; (d)

questão de índole constitucional, referente a norma determinada e a controvérsia específica posta em análise perante o Judiciário; (e) discussão atual do tema; (f) multiplicação de processos relativos às diversas normas que serão por atingidas pelo enunciado.

Quanto às reiteradas decisões do Supremo sobre o tema, convém destacar as ADIs 1.247, 3.794, 2.906, 3.936-MC, 3.809, 2.548, 3.410, 3.312, 1.308 e 1.179, todas no mesmo sentido do enunciado proposto. Confira-se:

Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 12, caput e parágrafo único, da Lei estadual (PA) nº 5.780/93. Concessão de benefícios fiscais de ICMS independentemente de deliberação do CONFAZ. Guerra Fiscal. Violação dos arts. 150, § 6º, e 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição Federal. 1. É pacífica a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal de que são inconstitucionais as normas que concedam ou autorizem a concessão de benefícios fiscais de ICMS (isenção, redução de base de cálculo, créditos presumidos e dispensa de pagamento) independentemente de deliberação do CONFAZ, por violação dos arts. 150, § 6º, e 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal, os quais repudiam a denominada “guerra fiscal”. Precedente: ADI nº 2.548/PR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ 15/6/07. 2. Inconstitucionalidade do art. 12, caput, da Lei nº 5.780/93 do Estado do Pará, e da expressão “sem prejuízo do disposto no caput deste artigo”, contida no seu parágrafo único, na medida em que autorizam ao Poder Executivo conceder diretamente benefícios fiscais de ICMS sem observância das formalidades previstas na Constituição. 3. Ação direta julgada parcialmente procedente. (**ADI 1.247**, Relator o Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 17/8/2011).

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. ICMS. BENEFÍCIOS FISCAIS. NECESSIDADE DE AMPARO EM CONVÊNIO INTERESTADUAL. ART. 155, XII, G DA CONSTITUIÇÃO. Nos termos da orientação consolidada por esta Corte, a concessão de benefícios fiscais do ICMS depende de prévia aprovação em convênio interestadual, como forma de evitar o que se convencionou chamar de guerra fiscal. Interpretação do art. 155, XII, g, da Constituição. São inconstitucionais os arts. 6º, no que se refere a “benefícios fiscais” e “financeiros fiscais”, 7º e 8º da Lei Complementar estadual 93/2001, por permitirem a concessão de incentivos e benefícios atrelados ao ICMS sem amparo em convênio interestadual. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (**ADI 3.794**, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe de 1º/8/2011).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE [...] 'GUERRA FISCAL' – PRONUNCIAMENTO DO SUPREMO – DRIBLE. Surge inconstitucional lei do Estado que, para mitigar pronunciamento do Supremo, implica, quanto a recolhimento de tributo, dispensa de acessórios – multa e juros da mora – e parcelamento. Inconstitucionalidade da Lei nº 3.394, de 4 de maio de 2000, regulamentada pelo Decreto nº 26.273, da mesma data, do Estado do Rio de Janeiro. (**ADI 2.906**, Relator o Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 28/6/2011).

Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Caráter normativo autônomo e abstrato dos dispositivos impugnados. Possibilidade de sua submissão ao controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes. 3. ICMS. Guerra fiscal. Artigo 2º da Lei nº 10.689/1993 do Estado do Paraná. Dispositivo que traduz permissão legal para que o Estado do Paraná, por meio de seu Poder Executivo, desencadeie a denominada "guerra fiscal", repelida por larga jurisprudência deste Tribunal. Precedentes. 4. Artigo 50, XXXII e XXXIII, e §§ 36, 37 e 38 do Decreto Estadual nº 5.141/2001. Ausên-

cia de convênio interestadual para a concessão de benefícios fiscais. Violação ao art. 155, §2º, XII, g, da CF/88. A ausência de convênio interestadual viola o art. 155, § 2º, incisos IV, V e VI, da CF. A Constituição é clara ao vedar aos Estados e ao Distrito Federal a fixação de alíquotas internas em patamares inferiores àquele instituído pelo Senado para a alíquota interestadual. Violação ao art. 152 da CF/88, que constitui o princípio da não diferenciação ou da uniformidade tributária, que veda aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. 5. Medida cautelar deferida. (**ADI 3.936 MC**, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 8/11/2007).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 8.366, DE 7 DE JULHO DE 2006, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. LEI QUE INSTITUI INCENTIVO FISCAL PARA AS EMPRESAS QUE CONTRATAREM APENADOS E EGRESSOS. MATÉRIA DE ÍNDOLE TRIBUTÁRIA E NÃO ORÇAMENTÁRIA. A CONCESSÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIOS FISCAIS, SEM A PRÉVIA CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO INTERGOVERNAMENTAL, AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 155, § 2º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. [...] 2. O texto normativo capixaba efetivamente viola o disposto no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea "g", Constituição do Brasil, ao conceder isenções fiscais às empresas que contratarem apenados e egressos no Estado do Espírito Santo. A lei atacada admite a concessão de incentivos mediante desconto percentual na alíquota do ICMS, que será proporcional ao número de empregados admitidos. 3. Pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que a concessão unilateral de benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a prévia celebração de convênio intergovernamental, nos termos do que dispõe a LC 24/75, afronta ao disposto no artigo 155, § 2º, XII, "g", da Constituição Federal. Precedentes. 4. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucional a Lei n. 8.366, de 7 de

julho de 2006, do Estado do Espírito Santo. (**ADI 3.809**, Relator o Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe de 14/9/2007).

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Leis nº 13.212/2001 e 13.214/2001, do Estado do Paraná, que concederam benefícios fiscais de ICMS de várias espécies (isenção, redução de base de cálculo, créditos presumidos e dispensa de pagamento), sem a observância de lei complementar federal e sem a existência de convênio entre os Estados e o Distrito Federal. 3. Violação ao art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade. Precedentes. 4. Ação direta julgada procedente. (**ADI 2.548**, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 15/6/2007).

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS. FARINHA DE TRIGO E MISTURA PRÉ-PREPARADA DE FARINHA DE TRIGO. DECRETO 43.891/2004 DO ESTADO DE MINAS GERAIS. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 146, III; 150, § 6º, e 155, II, § 2º, e XII, g, todos da Constituição. A concessão de benefício fiscal às operações com farinha de trigo e mistura pré-preparada de farinha de trigo, nos termos do art. 422, § 3º, do Capítulo LIV da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/MG, introduzido pelo Decreto 43.891/2004, não viola a proibição de outorga de tratamento diferenciado a bens e mercadorias, em função da origem ou destino, à medida que for aplicado indistintamente às operações com mercadorias provenientes do estado de Minas Gerais e às mercadorias provenientes dos demais estados. Também não se reconhece a alegada violação da reserva de convênio interestadual para autorização da outorga de benefício fiscal, porquanto a norma em exame tem amparo no Convênio Confaz ICMS 128/1994. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida tão-somente em relação ao artigo 422, § 3º, do RICMS-MG/2002, e, na parte conhecida, julgada improcedente. (**ADI 3.410**, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe de 6/6/2007).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO N. 989/03, EDITADO PELO GOVERNADOR DO ESTADO DO MATO GROSSO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SENADO FEDERAL PARA FIXAR A ALÍQUOTA DO ICMS, NOS TERMOS DO PRECEITO DO ARTIGO 155, § 2º, INCISOS IV E V, DA CB/88. ICMS. IMPOSTO NÃO-CUMULATIVO. A CONCESSÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIOS FISCAIS, SEM A PRÉVIA CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO INTERGOVERNAMENTAL, AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 155, § 2º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O decreto n. 989/03, do Estado do Mato Grosso, considera como não tendo sido cobrado o ICMS nas hipóteses em que a mercadoria for adquirida nos Estados do Espírito Santo, de Goiás, de Pernambuco e no Distrito Federal 2. O contribuinte é titular de direito ao crédito do imposto pago na operação precedente. O crédito há de ser calculado à alíquota de 7% se a ela efetivamente corresponder o percentual de tributo incidente sobre essa operação. Ocorre que, no caso, a incidência dá-se pela alíquota de 12%, não pela de 7% autorizada ao contribuinte mato-grossense. 3. Pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que a concessão unilateral de benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a prévia celebração de convênio intergovernamental, nos termos do que dispõe a LC 24/75, afronta ao disposto no artigo 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal". Precedentes. 4. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucional o decreto n. 989/2003, do Estado do Mato Grosso. (**ADI 3.312**, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 9/3/2007).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA LEI ESTADUAL Nº 10.324, DE 22.12.1994 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ICMS. ISENÇÃO. SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS EFETUADO MEDIANTE CONCESSÃO OU PERMISSÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ALEGADA OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, G, DA CF. 1 - A concessão unilateral, por Es-

tado-membro ou pelo Distrito Federal, de isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a prévia celebração de convênio intergovernamental, nos termos do que dispõe a LC 24/75, afronta o art. 155, § 2º, XII, g da Constituição Federal. Precedentes. 2 - Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga procedente. (**ADI 1.308**, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 4/6/2004).

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. "GUERRA FISCAL". BENEFÍCIOS FISCAIS: CONCESSÃO UNILATERAL POR ESTADO-MEMBRO. Lei 2.273, de 1994, do Estado do Rio de Janeiro, regulamentada pelo Decreto estadual nº 20.326/94. C.F., art. 155, § 2º, XII, g, I. - Concessão de benefícios fiscais relativamente ao ICMS, por Estado-membro ao arrepio da norma inscrita no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, porque não observada a Lei Complementar 24/75, recebida pela CF/88, e sem a celebração de convênio: inconstitucionalidade. II. - Precedentes do STF. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (**ADI 1.179**, Relator o Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ de 19/12/2002).

Ressalte-se que as ADIs supracitadas contaram com manifestação da Procuradoria-Geral da República, todas pela declaração de inconstitucionalidade da concessão de benefícios fiscais à revelia do CONFAZ; já demonstrando, portanto, o entendimento do Ministério Público Federal a respeito do tema.

O argumento de que a questão discutida está regulada na Lei Complementar 24/75 também não é suficiente para a rejeição formal da proposta, pois não afasta a natureza constitucional da matéria.

O enfrentamento do tema exige sejam invocados preceitos constitucionais de primeira grandeza, quais sejam, os princípios federativo e democrático, enunciados já no art. 1º, da Constituição e, em seguida, nos arts. 18, caput, 60, § 4º, I, considerados, aliás, cláusula pétrea. Além disso, envolve o próprio art. 155, § 2º, XII, “g”, da CR/88, que dispõe caber à lei complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS serão concedidos.

O caráter constitucional da controvérsia é reforçado pela doutrina. Ives Gandra Martins, ao tratar dos estímulos fiscais do ICMS, afirma que a sua concessão só poderia ser feita por unanimidade da deliberação dos Estados, mediante acordo interestadual no âmbito do CONFAZ, e que tal exigência “não decorreria de livre formulação do legislador complementar, mas advinha da própria Constituição e era cláusula pétrea.”⁸ O autor leciona:

[...] o texto constitucional, quando se refere à deliberação dos Estados e Distrito Federal, no tocante aos estímulos fiscais outorgados, necessariamente impõe a deliberação de todos os Estados e Distrito Federal, visto que não estabeleceu qualquer quorum mínimo.

Por esta linha de raciocínio, entendo que a unanimidade exigida pelo Confaz não decorre da legislação infraconstitu-

8 MARTINS, Ives Gandra. Estímulos Fiscais do ICMS e a Unanimidade do CONFAZ, p. 23. *In* Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 59, p. 22-29, jan. Abr. 2013.

cional, mas decorre, à luz da Constituição de 1988, do próprio texto supremo, tese, aliás, fortalecida com minha interpretação do art. 146-A da Lei Suprema.⁹

As lições, apesar de se referirem especificamente à unanimidade do CONFAZ, aplicam-se ao presente caso, cuja teleologia fundante é a mesma: prevenir desequilíbrios da concorrência tributária.

A proposta refere-se a norma determinada, qual seja, àquela que concede isenções, incentivos e benefícios fiscais ao ICMS. Assim, ainda que possa estar presente em mais de uma lei estadual ou distrital, a regra emanada do enunciado é determinada e eventual controvérsia dela decorrente terá natureza específica. Além disso, há multiplicação de processos relativos às normas que serão atingidas pelo enunciado. Por fim, verifica-se que a discussão presente, apesar de vir sendo enfrentada há anos pelo Supremo, é atual, ou seja, continua a bater às portas do Judiciário. Destarte, estão preenchidos todos os pressupostos formais previstos no art. 2º, caput e § 1º, da Lei 11.417/06.

No mérito, o pedido deve ser acolhido, visto que pautado na pacífica – e correta, no entender da Procuradoria-Geral da República – jurisprudência desta Corte no sentido de que a concessão

⁹ MARTINS, Ives Gandra. Estímulos Fiscais do ICMS e a Unanimidade do CONFAZ, p. 24. *In* Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 59, p. 22-29, jan. Abr. 2013.

unilateral de benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a prévia celebração de convênio intergovernamental, nos termos do que dispõe a LC 24/75, é inconstitucional.

A adoção da forma federativa de Estado assegura à União, Estados, Municípios e Distrito Federal autonomia legislativa, administrativa e financeira, que deve ser exercida dentro dos limites estabelecidos no próprio texto constitucional.

Sobretudo na seara do direito tributário, a Constituição estabelece sua estruturação fundamental, definindo a competência tributária de cada um dos entes da Federação, os limites ao poder de tributar e os princípios que emolduram todo o sistema tributário.

Dessa forma, paralelamente à autonomia legislativa, administrativa e financeira assegurada à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal, cumpre a cada um dos entes observar, de modo exato, rigoroso, os modelos estabelecidos na Constituição.¹⁰

Nesse cenário, o art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição, dispõe caber à lei complementar regular a forma como, mediante

¹⁰ A respeito, Luciano Amaro leciona: “o direito tributário encontra na Constituição Federal, em primeiro lugar, sua estruturação sistemática: é ali que se desenham, na definição da competência tributária dos entes da Federação, os contornos que irá ter cada peça integrante do sistema tributário nacional. Na Constituição encontra-se a matriz de todas as competências; nela se demarcam os limites do poder de tributar e se estruturam os princípios, inclusive os de natureza especificamente tributária, que constituem as pilstras de sustentação de todo o sistema tributário.” AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 162.

deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS serão concedidos.

Não se trata de comando inovador. A ordem constitucional pretérita, no art. 23, § 6^o¹¹, já consagrava a necessidade da celebração de convênios, conforme disposto em lei complementar, para a concessão e revogação de isenções relativas ao antigo ICM.

A despeito da imprecisa redação do dispositivo da Constituição de 1969, haja vista ser a matéria referente à concessão ou revogação de benefícios fiscais sujeita à reserva legal, nos termos do art. 97, VI, do Código Tributário Nacional, o que se observa é que a edição da Lei Complementar 24/75 disciplinou a forma como tais convênios seriam celebrados.

A recepção da aludida lei complementar pela ordem constitucional inaugurada em 1988 já foi, por diversas vezes, enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, ocasiões em que ficaram assentadas determinadas orientações cruciais para o enfrentamento da questão aqui discutida.

Para exemplificar, cite-se a ADI 1.179, em que fixou o Supremo ser inconstitucional a concessão de benefícios fiscais relativamente ao ICMS, por Estado-membro, ao arrepio da norma

11 Art. 23 [...] § 6^o As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos fixados em convênios, celebrados e ratificados pelos Estados, segundo o disposto em lei complementar.

inscrita no art. 155, § 2º, XII, “g”, porque não observada a Lei Complementar 24/75, recepcionada pela CR/88, e a imprescindível celebração de convênio interestadual.¹²

Na verdade, como afirma Geilson Salomão Leite¹³, “o Supremo Tribunal Federal vem repudiando todas as tentativas legislativas/administrativas dos estados-membros em conceder benefícios fiscais unilateral e indiscriminadamente, valorizando, de modo inequívoco, o primado da Federação, a teor do art. 1º da Constituição.”¹⁴

12 ADI 1.179, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 19/12/2002. No mesmo sentido: ADI 2.823/MC. Relator o Ministro Ilmar Galvão. DJ de 25/4/2003. ADI 1.247/MC. Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 8/9/1995.

13 LEITE, Geilson Salomão. O Supremo Tribunal Federal e a Guerra Fiscal, p. 183. *In* LEITE, George Salomão Leite e SARLET, Ingo Wolfgang. Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais, p. 171-187.

14 No julgamento da ADI 3.664, o STF declarou a inconstitucionalidade de decreto autônomo do Governador do Estado do Rio de Janeiro, que havia reduzido a alíquota do ICMS para 2% e concedido crédito presumido sem o respaldo de convênio do CONFAZ. Na ADI 2.345, julgou inconstitucional a lei que cancelou as notificações fiscais emitidas com base na declaração de informações econômico fiscais – DIEF, ano base 1998, obrigando o Poder Executivo a restituir os valores eventualmente recolhidos aos cofres públicos, decorrentes do cancelamento das notificações fiscais, o que foi considerado, inequivocamente, como benefício. Na ADI 2.906, assentou a inconstitucionalidade de anistia, que exonerou os contribuintes do pagamento de multa e juros de mora, concernentes ao ICMS. Na ADI 2.549, a inconstitucionalidade da criação da isenção fiscal configurada na criação do Pró DF, fundo destinado à atividade industrial e econômica, mediante financiamento e empréstimo de valor devido do ICMS. Na ADI 3.794, julgou inconstitucional a lei do Mato Grosso que criara o Programa Estadual de Fomento e Industrialização, ao Trabalho e a Renda, destinado ao estímulo dos empreendimentos industriais locais e à indução a novos investimentos,

Também a Procuradoria-Geral da República tem buscado dar concretude à regra insculpida na proposta. Prova disso, além das diversas manifestações ofertadas nas ADIs supracitadas e na ADPF 198, são as ADIs propostas em impugnação a leis estaduais que concedem benefícios fiscais de ICMS à revelia do CONFAZ, a exemplo da ADI 3.637, que questionava a Lei Estadual do Rio de Janeiro 4.533/2005, conhecida como Lei Rosinha.¹⁵

Não é demais destacar em relação ao ICMS, que a sua disciplina merece tratamento uniforme, especialmente no que diz respeito às hipóteses de concessão de benefícios. Como destacou o Ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido no julgamento do pedido cautelar formulado na ADI 773:

[...] Quanto aos impostos do Estado, creio que, quase tão manifesta quanto a inconstitucionalidade do dispositivo, em relação aos impostos municipais, é a invalidade do preceito, no tocante ao ICMS, objeto exclusivo da lei ordinária também questionada e tributo compreendido na ampla imuni-

criação de postos de trabalho e geração de renda. No RE 628.075, entendeu ser inconstitucional lei local e federal que permitia ao ente federado negar ao adquirente de mercadorias o direito ao crédito do ICMS destacado em notas fiscais, nas operações interestaduais, proveniente de estados da Federação que concedessem benefícios fiscais inconstitucionais e ilegais.

15 Além dos pareceres ofertados nas ADIs supracitadas, no mesmo sentido do entendimento consubstanciado na proposta estão as recentes manifestações da Procuradoria-Geral da República nas ADIs 4.995, 4.994, 4.997, 5.000, 4.996, 4.929 e 4.993. Nessas ocasiões, sustentou o Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros que a concessão de benefício fiscal sem prévia celebração de convênio no CONFAZ contraria o art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição.

dade concedida pela Constituição Estadual. [...] Em segundo lugar, tem-se a considerar o caráter nacional da disciplina do ICMS, patente no artigo 155, XII, 'g', com base no qual já suspendemos meras isenções concedidas por constituições estaduais [...]. (DJ de 30/4/93).

Tem-se, portanto, que o ICMS, embora seja tributo da competência estadual e distrital, dispõe de conformação nacional, sendo exaustivamente disciplinado no art. 155, § 2º, da Lei Fundamental.

Relativamente à concessão de isenções, incentivos e benefícios, no entanto, o que se observa é que os Estados, assim como o Distrito Federal, promovem, em flagrante contrariedade ao texto constitucional, bem como à legislação infraconstitucional, ilegítimas medidas voltadas a atrair para seus territórios investimentos internos e externos.

A celebração de convênios, cuja obrigatoriedade é reafirmada na proposta, visa exatamente a evitar essas práticas que, em última análise, provocam a desestruturação do próprio pacto federativo, mediante o exorbitante favorecimento do ente público desonerador, em prejuízo dos demais entes da Federação. Nesse sentido, destaca-se o magistério de Roque Antonio Carrazza:

A Constituição exige que todos os Estados-membros da Federação, bem assim o Distrito Federal, se coloquem de acordo, mediante convênio, para que as isenções de ICMS surjam ou venham abolidas. Este ditame visa evitar a “guerra

fiscal” entre as diversas regiões do País, que são muito díspares, já que, algumas, são industrializadas, outras não; poucas são prósperas; a maioria, nem tanto. Só o consenso entre todas as pessoas políticas interessadas – consubstanciado no convênio – abre caminho à outorga ou retirada de isenções de ICMS.

[...]

Em suma, as isenções de ICMS, longe de poderem ser concedidas (ou revogadas) pelas próprias unidades federativas interessadas, devem ser objeto de convênios, celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal.¹⁶

No mesmo sentido, entre outros, Sacha Calmon Navarro Coelho¹⁷, Ricardo Lobo Torres¹⁸ e Luciano Amaro¹⁹.

Ressalte-se que a exigência de aprovação dos benefícios referentes ao ICMS no âmbito do CONFAZ²⁰, diferentemente do sustentado nas manifestações contrárias ao enunciado proposto,

16 CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 754-756.

17 COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 310-311.

18 TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 394-395.

19 AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 163.

20 A propósito, registre-se que a LC 24/75 não exige a participação de representantes de todos os Estados e do DF nas reuniões, mas apenas da maioria, o que demonstra, também sob esse aspecto, não subsistir a alegada contrariedade à vontade da maioria e ao princípio democrático. Estabelece, no art. 2º, que: “os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal. § 1º - As reuniões se realizarão com a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação.”

não viola o princípio democrático. Na realidade, o que se busca com tal obrigação é garantir que todos os Estados, sejam mais ou menos desenvolvidos, tenham tratamento isonômico, assegurando-se que não sejam aprovados benefícios de interesse meramente regional, mas somente aqueles que reflitam o caráter nacional do ICMS. Pretende-se, desse modo, evitar a concessão de benefícios unilaterais, revelando-se estes os principais mecanismos de instauração da já mencionada “guerra fiscal”. Sobre o tema, o Ministro Celso de Mello destacou, no voto proferido no julgamento da ADI 1.247, a lição de Celso Ribeiro Bastos:

Essa norma constitucional (CF, art. 155, § 2º, XII, 'g'), destinada a estabelecer padrões normativos uniformes em tema de exoneração tributária pertinente ao ICMS, acha-se teleologicamente vinculada a um objetivo de nítido caráter político jurídico: impedir a guerra tributária entre os Estados-membros.

Daí, a advertência de CELSO RIBEIRO BASTOS, que, ao analisar, no regime constitucional anterior, regra de conteúdo aproximado ao da cláusula referida, acentuou, *verbis*:

O propósito desse dispositivo é evitar a chamada guerra tributária. A outorga de isenções do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias, desde que feita unilateralmente pelos Estados, se presta a que se instaure entre eles uma luta consistente nos objetivos entre si conflitantes de cada um dos Estados ganhar parcela do mercados dos outros mediante a liberação de impostos.' ('Lei Complementar – Teoria e Comentários', p. 87, 1985, Saraiva).

A proposta assegura, portanto, a indissolubilidade da Federação, privilegiando o comando do art. 1º da Constituição e, repi-

ta-se, garantindo o tratamento uniforme do ICMS. Nesse sentido Roque Antonio Carrazza leciona:

Observamos, ainda, que é preciso que todos os Estados e o Distrito Federal ratifiquem o convênio para que a isenção em tela nasça. Reforçando a ideia, se uma única destas entidades tributantes deixar de fazê-lo, o benefício não surgirá. De fato, um dos traços característicos do ICMS é sua cobrança uniforme, em todo o território nacional. Exemplificando, não se pode cobrar este imposto de uma maneira, no Estado 'A' e, de outra, no Estado 'B' ou no Distrito Federal. Isto instalaria, uma verdadeira guerra tributária, fenômeno que, em relação ao ICMS, a Lei Suprema vedou expressamente, nos incs.V,VI,VII e VIII, do § 2º, de seu art. 155.²¹

Além disso, é extremamente perigosa a posição de que o Estado-membro ou o Distrito Federal detêm competência plena para legislar sobre benefícios e isenções de ICMS, em função, ou não, de convênios, e de que as únicas limitações constitucionais são as alíquotas mínimas e máximas. Com efeito, o seu acolhimento pela Suprema Corte implicaria o reconhecimento de uma ampla e irrestrita competência exoneratória dos Estados-membros em matéria de ICMS. Em contrapartida, há de se reconhecer, como afirma Alcides Jorge Costa, que os convênios são uma fase peculiar do processo legislativo, em matéria de isenções de ICMS, que, embora limitem a competência das Assembleias Legislativas, não são passíveis de eliminá-la.²² Não há falar, assim, em usurpação ou eli-

21 CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 349.

22 COSTA, Alcides Jorge. ICM na Constituição e na lei complementar. São

minação da competência tributária dos Estados, tampouco em violação ao pacto federativo.

Pelos mesmos fundamentos, não há falar em violação ao princípio da proporcionalidade. A exigência de celebração de convênios interestaduais se revela necessária e razoável à persecução dos objetivos pretendidos pelo legislador constituinte, claramente demonstrados na disciplina conferida ao tributo pelo art. 155, § 2º, da Constituição.

A salvaguarda contida na proposta não se limita à preservação dos interesses dos entes federados em particular. Visa, também e precipuamente, a garantir a própria federação e as atividades econômicas e produtivas dos entes federados contra eventuais arroubos protecionistas.

É por esta razão, aliás, que Ives Gandra Martins interpreta a unanimidade – e, com mais razão, a própria exigência do convênio – como decorrência do próprio regime de fixação de alíquotas, imposto pela Constituição ao Senado nos seguintes termos:

- a) unanimidade deliberativa dos Estados e Distrito Federal para alíquotas estimuladas e diferenciadas internas, sem o piso das alíquotas interestaduais; b) maioria absoluta do Senado para as alíquotas aplicáveis às operações e prestações interestaduais e de exportação; c) maioria absoluta do Senado para estabelecer alíquotas interestaduais; d) 2/3 dos senadores para fixarem alíquotas máximas em caso de conflito; e e) as

Paulo: Resenha Tributária, 1979, p. 130.

alíquotas internas não poderão ser inferiores às interestaduais.²³

Em outras palavras, a regra de unanimidade, segundo o autor, visa a evitar “descompetitividade” nas deliberações de entes federados. Por isso, o constituinte não fala em maioria, nem em 2/3, como nos incisos anteriores, para definição das alíquotas internas que poderão ser inferiores às alíquotas interestaduais, mas em unanimidade, ou seja, a deliberação de todos os entes da Federação.

Também não prosperam os argumentos contrários à proposta de que a interrupção abrupta dos incentivos fiscais implicará, para a maioria dos estados brasileiros, problemas como o desemprego, insolvência de empresas, aumento da violência e degradação dos serviços públicos mantidos pela arrecadação do ICMS.

Toda política para reequilibrar desequilíbrios regionais, em matéria tributária, só pode ser de responsabilidade da União, como se verifica da leitura do art. 151, I, da Constituição. Estados, Distrito Federal e Municípios não têm tal responsabilidade, a não ser que concordem, por unanimidade, com uma política comum de incentivos.

Em outras palavras, apenas e exclusivamente a União pode estabelecer políticas que afetem a competitividade, em prol do de-

23 MARTINS, Ives Gandra. Estímulos Fiscais do ICMS e a Unanimidade do CONFAZ, p. 24. *In* Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 59, p. 22-29, jan. Abr. 2013.

envolvimento de regiões mais pobres do País. Essa é a única forma de redução de desigualdades equânime, sustentável e considerada constitucional, por não ferir nem o inciso II do art. 150 nem o inc. IV do art. 170, porque viabiliza a consecução do objetivo previsto no art. 3º, III, e se coaduna com as regras do art. 155, § 2º, incs. IV, V e VI, da Carta Magna.²⁴

De qualquer modo, convém esclarecer que a aprovação do enunciado, ao contrário do que parecem sugerir as manifestações contrárias, não significa o fim de toda e qualquer concessão de benefícios, mas apenas um reforço ao entendimento já consolidado de se exigir a aprovação de convênio interestadual no âmbito do CONFAZ para tal concessão.

Em relação às hipóteses citadas nas manifestações contrárias à proposta, a exemplo daquelas previstas no art. 15 da Lei Complementar 24/75, referente à Zona Franca de Manaus²⁵, e nas ADIs 3.421, 2.021 e 3.702, verifica-se não se tratar de genuína exceção ao contido na PSV, mas, sim, de concreção da própria teleologia das isenções, incentivos, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensas de pagamento ou outros benefícios

24 MARTINS, Ives Gandra. Estímulos Fiscais do ICMS e a Unanimidade do CONFAZ, p. 25. *In* Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 59, p. 22-29, jan. abr. 2013.

25 Art. 15 - O disposto nesta Lei não se aplica às indústrias instaladas ou que vierem a instalar-se na Zona Franca de Manaus, sendo vedado às demais Unidades da Federação determinar a exclusão de incentivo fiscal, prêmio ou estímulo concedido pelo Estado do Amazonas.

fiscais relativos ao ICMS. Destarte, a redação genérica da proposta não implica reconhecer a sua incidência em casos de benefícios em geral, que, a teor da própria jurisprudência da Corte, não estão sujeitos à aprovação do CONFAZ, exatamente por se referirem a atividades que não são objeto da “guerra fiscal”.

Não há, portanto, necessidade de se alterar a redação para esclarecer de forma específica e exaustiva as situações que almeja alcançar. Na verdade, a especificação e o elenco de todas as formas de desoneração do imposto corre o risco de, além de desnecessária, ser insuficiente. Nos termos em que proposta, com o perfil semântico aberto, a redação é capaz de, ao mesmo tempo, abranger os benefícios que não podem ser aprovados e evitar o risco de uma enumeração não exaustiva. Permite-se, desse modo, que as situações não abrangidas pelo enunciado sejam analisadas casuisticamente de acordo com a legislação vigente sobre o tema e, sobretudo, com a jurisprudência do Supremo, que distingue, acertadamente, situações como a da Zona Franca de Manaus, dos templos e igrejas, sem que isso configure enfraquecimento da regra insculpida na súmula proposta.

Quanto à modulação dos efeitos da decisão, prevista no art. 27 da Lei 9.868/99, parece não ser necessária.

Primeiro, porque a proposta está pautada em entendimento que já vem sendo reiteradamente adotado pelo Supremo Tribunal

Federal ao tratar de ações que envolvem a chamada “guerra fiscal” e cujos desfechos não mencionam eventual modulação de efeitos.

A questão foi enfrentada de forma específica na ADI 3.246. Quando do seu julgamento, a lei acoimada de inconstitucionalidade ainda estava em vigor, permitindo que o STF adentrasse o mérito e a retirasse do plano de validade, sem modular os efeitos da decisão. Sobre o ponto, são elucidativos os seguintes trechos das discussões *obiter dicta* dos ministros:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – o curioso, no caso, é que o Estado pretende se dê efeito prospectivo à declaração de inconstitucionalidade, para não cobrar imposto.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – Para não cobrar das empresas lá instaladas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Aí é por causa da segurança jurídica, já que houve o benefício fiscal.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTECE – Eu sei, compreendo as razões econômicas subjacentes.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Mas é um assunto tão indubitoso, tão pacífico.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – É tão pacífica a jurisprudência do Tribunal.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – E isso pode até se tornar um modelo de política extralegal.

[...]

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski [...] Em relação ao efeito prospectivo, trata-se de renúncia de receitas públicas de forma inconstitucional. Isso não pode ser referendado por esta Corte, porque, conforme já foi dito, abriria um precedente muito perigoso. (Relator o Ministro Carlos Brito. DJe de 19/4/2006, p. 365-367)

Segundo, porque, caso a súmula vinculante seja aprovada, todos os incentivos fiscais concedidos após a sua vigência²⁶ em inobservância à regra nela inscrita deverão ser considerados inconstitucionais. Assim, os Estados “concorrentes” poderão reclamar direto ao Supremo, alegando o descumprimento do enunciado sumulado, o que será um caminho célere para afastar o incentivo inconstitucionalmente concedido, se comparado com o rito das ações de controle concentrado ajuizadas até hoje.

Em outras palavras, o que se percebe é que, atualmente, os Estados que se sentem prejudicados pela lei concessiva de benefícios relativos ao ICMS aprovada à revelia do CONFAZ podem adotar dois caminhos: (i) ingressar com ADI, recorrendo ao STF para questionar as leis do outro ente federativo ou (ii) glosar os

26 Nesse sentido: “CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. DECISÃO RECLAMADA PROFERIDA EM DATA ANTERIOR AO PRONUNCIAMENTO DO STF DOTADO DE EFICÁCIA VINCULANTE. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES. RECLAMAÇÃO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é pacífica quanto ao não cabimento de reclamação quando o ato reclamado é anterior à decisão tida por violada. 2. Agravo regimental não provido.” (Rcl 10199 AgR, Relator o Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe de 19/2/2014)

créditos dos contribuintes de seus territórios, o que deságua em um litígio judicial que, não raro, também chega ao Supremo. Dados os benefícios do novo caminho, mais célere, que pode ser inaugurado com a aprovação da proposta, não há razões para postergá-lo; pelo contrário, deve-se permitir a sua imediata utilização.

Ante o exposto, opina a **Procuradoria-Geral da República** pela aprovação da Súmula Vinculante 69 nos termos em que proposta.

Brasília (DF), 31 de março de 2014.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

BIAA/JCCR