

*Jurisprudência Cível*

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.664 — RJ**

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Requerente: Governador do Estado do Paraná

Interessado: Governador do Estado do Rio de Janeiro

1. Inconstitucionalidade. Ação direta. Objeto. Admissibilidade. Impugnação de decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. Introdução de novidade normativa. Preliminar repelida. Precedentes. Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade.

2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Decreto 27.427/2000 do Estado do Rio de Janeiro. Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Benefícios fiscais. Redução de alíquota e concessão de crédito presumido, por Estado membro, mediante decreto. Inexistência de suporte em convênio celebrado no âmbito do Confaz, nos termos da LC 24/1975. Expressão da chamada “guerra fiscal”. Inadmissibilidade. Ofensa aos arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inciso XII, letra g, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. Não pode o Estado membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativos ao ICMS, de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio intergovernamental no âmbito do Confaz.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em julgar procedente a ação direta. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 1º de junho de 2011 — Cezar Peluso, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: 1. O Governador do Estado do Paraná propõe ação direta de inconstitucionalidade contra a edição, pelo Estado do Rio de Janeiro, do Decreto 28.104, de 10 4 2001, por força do qual o Decreto 27.427, de 17 11 2000, passou a ter a seguinte redação:

*Título VI – Das atividades industriais de refino de sal para alimentação e de produção de carbonato de sódio*

Art. 36. O contribuinte do ICMS que exerça exclusivamente atividade industrial de refino de sal para alimentação, classificada no subgrupamento denominado “refino de sal para alimentação”, Código 4.24.12.05 8, do Catálogo de Atividades Econômicas, deve calcular o valor do ICMS devido a cada mês pela aplicação direta do percentual de 2% (dois por cento) sobre a receita bruta auferida no período, acrescida dos valores referentes às operações de transferência, excluídos os valores referentes às operações sujeitas ao regime de substituição tributária.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações por conta alheia, não incluído o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos (...).

(...)

Art. 40. Os documentos fiscais referentes às operações realizadas pelos contribuintes a que se refere este Título serão emitidos segundo as regras comuns de tributação, inclusive no que se refere ao destaque do imposto, que poderá ser creditado pelo destinatário, na forma da legislação.

Alega, na inicial, que a referida alteração, promovida no Regulamento do ICMS do Estado do Rio de Janeiro (Decreto 27.427/2000), reduziu para 2% (dois por cento) o imposto devido por quem exerce atividade industrial de refino de sal para alimentação, determinando a aplicação do percentual diretamente sobre a receita bruta mensal auferida, mas preservando as regras comuns de documentação e destaque do imposto. Como consequência, os Estados destinatários da mercadoria, dentre os quais o Paraná, são obrigados a reconhecer créditos de ICMS que não foram integralmente recolhidos na origem.

Teria havido, com isso, concessão de crédito presumido pelo Estado fluminense aos contribuintes que se dedicam, em caráter exclusivo, à atividade de refino de sal para alimentação, sem a necessária autorização dada por convênio firmado sob a égide do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). O estabelecimento do benefício fiscal sem apoio em convênio ofenderia os arts. 146, inciso III, alínea *a*; 150, § 6º; e 155, § 2º, inciso XII, alínea *g*, da Constituição da República, que estabelecem:

**Art. 146.** Cabe à lei complementar:

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

**Art. 150.** Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é ve-dado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g.

**Art. 155.** Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

XII – cabe à lei complementar:

(...)

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Aduz o autor que o Estado do Rio de Janeiro teria, por meio das alterações promovidas em seu Regulamento do ICMS, concedido benefício fiscal sem prévia autorização do Confaz, violado “o pacto federativo, fomentando a Guerra Fiscal entre os Estados”, desrespeitado os princípios republicano, federativo, da igualdade de tributação e da não discriminação e, ainda, afrontado diversos dispositivos constitucionais (arts. 146, III, a; 150, § 6º; e 155, § 2º, XII, g). Acrescenta ter ocorrido ofensa à vedação do art. 19, III, da Constituição da República, que proíbe aos entes federativos criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si, e ao princípio da livre concorrência, resguardado pelo art. 170, IV, em função do favorecimento dos estabelecimentos fluminenses instituído pelo decreto cuja inconstitucionalidade se pleiteia.

Após citar jurisprudência da Corte, requer concessão de medida liminar, em vista das inconstitucionalidades apontadas e do perigo na demora, caracterizado

tanto pela imposição do reconhecimento de créditos tributários indevidos, quanto pela queda na arrecadação local, resultante da diminuição da produção e comercialização por estabelecimentos paranaenses. Anexas informações, prestadas pela Secretaria de Estado da Fazenda do Paraná, nas quais, mediante comparações temporais e entre contribuintes específicos sediados nos dois Estados, se relatam graves prejuízos, imputáveis, segundo o autor, à alteração promovida pelo Estado do Rio de Janeiro no regulamento de ICMS. Requer, a final, declaração de inconstitucionalidade da lei contrastada.

2. Determinei a aplicação do rito previsto no art. 12 da Lei federal 9.868, de 10 de novembro de 1999 (fl. 125).

3. A Governadora do Estado do Rio de Janeiro, nas informações (fls. 129142), pugna pela inépcia da inicial, que não teria indicado o dispositivo do ato normativo impugnado; ou pela inadmissibilidade da ação, porque proposta contra decreto regulamentar; ou ainda, no mérito, por sua improcedência, pois, “resumindo: a) o autor diz que determinada disposição de superveniente decreto alterou a de decreto anterior. Não houve esta alteração. Pedido improcedente; (b) o autor diz que determinada disposição de superveniente decreto reduziu a carga tributária prevista em decreto anterior. Não houve essa redução – até pelo contrário. Pedido improcedente; (c) o autor diz que determinada disposição de decreto fluminense prejudica os interesses do Estado que governa, porque enseja o creditamento, lá, à alíquota interestadual de 12%, de um ICMS incidente, no Rio de Janeiro, a 2%. Mas não pediu a declaração de inconstitucionalidade dessa disposição. A declaração não pode ser proferida”.

4. A Advocacia Geral da União posicionou se, às fls. 145 165, “pelo conhecimento da ação e, no mérito, pela **procedência** do pedido, para que se declarem inconstitucionais os arts. 36, *caput* e parágrafo único, e 40 do Decreto 28.104, de 2001, da Governadora do Estado do Rio de Janeiro” (fl. 164).

5. A Procuradoria Geral da República opinou pela extinção da ação sem julgamento de mérito, porque não teria o autor promovido “a juntada do ato normativo impugnado.” (fl. 171).

**É o relatório.**

## VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): 1. O caso é de nítida procedência da ação.

Ao pretender instituir benefício fiscal sem que houvesse anterior previsão por meio de Convênio celebrado no âmbito do Confaz, o decreto estadual contrariou o disposto no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da Constituição.

Não convence o argumento, proposto pelo Estado do Rio de Janeiro (fl. 137), segundo o qual ato administrativo não pode ter a constitucionalidade avaliada em controle concentrado, porque “dispositivos de decretos regulamentares não podem ser desafiados em ação direta de inconstitucionalidade, conforme pacífica jurisprudência dessa egrégia Corte.”

O decreto impugnado guarda indiscutível natureza jurídica de *decreto autônomo*, visto que não regulamenta nenhum ato normativo. Apresenta, como bem ressaltado pela AGU, “autonomia, generalidade abstrata e impessoalidade.” (fl. 152). Assim, comporta impugnação por meio de ação direta de inconstitucionalidade, conforme jurisprudência assentada da Corte:

(...) [o decreto] introduziu uma inovação unilateral. O *Supremo*, nesta hipótese, admite ADIN contra Decreto. Há precedentes quando o *decreto* não for meramente regulamentador, ou seja, quando introduzir inovações normativas. São os chamados “decretos autônomos” (ADI 2.439/MS, Pleno, Rel. *Ilmar Galvão*, DJU, 21 3 2002, ADI 2.155 MC/PR, Pleno, Rel. *Sydney Sanches*).” (ADI 3.673 MC, Rel. Min. *Joaquim Barbosa*, DJ de 3 3 2006.)

O decreto em análise, que cria incentivos fiscais sem cumprir exigência expressa da Constituição (celebração de convênio Confaz), é flagrantemente inconstitucional.

2. Os preceitos cuja inconstitucionalidade se pretende ver declarada, art. 36, *caput* e parágrafo único, e, por arrastamento, o art. 40, todos do Decreto 27.427/2000 (na redação determinada pelo Decreto 28.104/2001) do Estado do Rio de Janeiro, afrontam a Constituição da República, que, especificamente no art. 155, § 2º, XII, g, dispõe sobre a exigência de deliberação conjunta dos Estados e do Distrito Federal, tanto para veiculação de isenções, incentivos e benefícios fiscais, quanto para sua revogação.

Entrou o decreto investido a exigir ICMS, à alíquota de 2%, calculados diretamente sobre a receita bruta do estabelecimento dedicado exclusivamente à produção de sal para alimentação humana. Essa determinação, aliada à manutenção e aproveitamento integral do crédito, configura indevido favorecimento aos contribuintes fluminenses, em detrimento dos demais contribuintes brasileiros, e, mais ainda, em relação aos outros Estados membros, que se veem obrigados a reconhecer créditos correspondentes à integralidade das operações (12%, no caso de destinatários paranaenses), ainda que a incidência real no Rio de Janeiro se dê a uma alíquota de apenas 2%.

3. A alíquota reduzida e o crédito presumido conferidos pelo Estado do Rio de Janeiro por meio do decreto não têm respaldo em Convênio do Confaz e insultam o disposto nos arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inciso XII, g, todos da Constituição da República, donde lhes vem a patente inconstitucionalidade. É o que, aliás, tem decidido o Plenário, por votação unânime, em casos semelhantes:

*Ação direta de inconstitucionalidade. Tributário. ICMS. Benefício fiscal. Redução da carga tributária condicionada à origem da industrialização da mercadoria. Saídas internas com café torrado ou moído. Decreto de 35.528/2004 do Estado do Rio de Janeiro. Violação do art. 152 da Constituição. O Decreto 35.528/2004 do Estado do Rio de Janeiro, ao estabelecer um regime diferenciado de tributação para as operações das quais resultem a saída interna de café torrado ou moído, em função da procedência ou do destino de tal operação, viola o art. 152 da Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente. (ADI 3.389, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 3-3-2006.)*

*Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 2º da Lei estadual 10.324, de 2212 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 Estado 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 24/1975, afronta o art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal. Precedentes. 2. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga procedente. (ADI 1.308/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 4-6-2004.)*

*Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 6.004, de 14 de abril de 1998, do Estado de Alagoas. Concessão de benefícios fiscais relativos ao ICMS para o setor sucroalcooleiro. Alegada violação ao art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal. Ato normativo que, instituindo benefícios de ICMS sem a prévia e necessária edição de convênio entre os Estados e o Distrito Federal, como expressamente revelado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), contraria o disposto no mencionado dispositivo constitucional. Ação julgada procedente. (ADI 2.458/AL, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 16-5-2003.)*

No mesmo sentido: ADI 2.548/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 15-6-2007; ADI 2.439/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 21-2-2003; ADI 1.179/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19-12-2002; ADI 260/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 20-9-2002; ADI 286/RO, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 30-8-2002; ADI 2.352, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 9-3-2001; ADI 1.587/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 7-12-2000; ADI 1.522 MC/RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 27-6-1997; ADI 1.247 MC/PA, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 8-9-1995; dentre outras.

4. Como bem observado pela Advocacia Geral da União, não prospera a escusa de que “o percentual de 2% incidente sobre a receita bruta para aferição do tributo é legítimo porque não corresponde a um benefício fiscal, referindo se, apenas, a um regime especial do ICMS, denominado ‘por estimativa’”. É que, na prática, o Estado do Rio de Janeiro cobra ICMS de 2%, mas autoriza, em operações interestaduais, sejam creditados 12%, que serão suportados por outro estado membro. Em outras palavras, aplica o instituto do crédito presumido que, conforme expressamente disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 14, §

1º), configura verdadeira renúncia de receita, com evidente caráter de incentivo ou benefício tributário.

Ora, na medida em que o Estado do Rio de Janeiro concede favor fiscal à sua indústria – independentemente de qual seja a natureza da saída –, provoca desequilíbrio concorrencial, favorecendo os produtores fluminenses, cuja mercadoria passa a competir, em vantajosas condições artificialmente criadas, com aquela proveniente de outras unidades da federação, sem se amparar em prévio convênio celebrado entre os Estados da Federação e o DF no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), incidindo naquilo que se denominou “guerra fiscal”, fenômeno já amplamente repellido por esta Suprema Corte.

5. Ante o exposto, **julgo procedente** a ação direta, para declarar inconstitucionais o art. 36, *caput* e parágrafo único, e o art. 40, ambos do Decreto estadual fluminense 28.104, de 10-4-2001, que alterou o Decreto 27.427 de 17 11 2000 (Regulamento do ICMS estadual) por ofensa às disposições dos arts. 150, § 6º, e 155, § 2º, XII, g, da Constituição da República.

### ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, eu gostaria de fazer uma observação a propósito desse julgamento em série, da necessidade talvez de que nós encontremos algum modelo institucional de tratar esse tema, que é extremamente relevante para o modelo federativo. São tantas as práticas *contra legem* ou *contra constitutionem* que, na verdade, isso se tornou quase que um costume, uma prática corriqueira.

Parece-me fundamental que nós possamos dar um tratamento específico a esse tipo de matéria; nós temos até casos de concessão do benefício e, em seguida, de sua revogação. Talvez nós precisássemos de uma gestão processual inteligente, em matéria de ação direta de inconstitucionalidade – no contexto da chamada guerra fiscal –, que permitisse sinalizar, realmente, um novo posicionamento do Tribunal em relação a esse tema. Porque é óbvio que, como se sabe, a questão é muito mais complexa e demanda, talvez, a condução política disso. Nós sabemos que há vários impasses que envolvem a própria reforma tributária. Nós sabemos que muitos Estados adotam o modelo do benefício *contra legem* porque outros Estados o fazem, quer dizer, acaba ocorrendo esse tipo de medida que chamam de legítima defesa. Mas, é preciso, talvez, que o Tribunal sinalize um novo posicionamento – seja, já, na concessão das liminares, seja na dinâmica das ações – para estimular o ambiente político –, e seja ele no âmbito estadual, seja ele no âmbito federal, porque a questão, talvez, passe por uma reforma tributária –

para rever essa estranha teoria dos jogos que tem, de alguma forma, legitimado essa prática.

Então, era essa a sugestão que eu gostaria de deixar para a meditação de Vossas Excelências e de todos os colegas.

### ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Eu confesso a Vossas Excelências que a minha preocupação foi, realmente, trazer todos os casos a julgamento, aliás, os meus votos estão prontos há mais de três anos. Eu só não trouxe antes os meus, exatamente para não agravar o desequilíbrio, porque, na medida em que se julgam algumas ações e outras não, alguns Estados acabam sendo prejudicados nessa tentativa de equilíbrio mediante ações ilegais.

Por isso, a necessidade de julgarmos todas no mesmo dia e liquidarmos todos os benefícios e favores fiscais concedidos ao arrepio da Constituição, com o que desfaríamos, enfim, todo esse ambiente e assinalaríamos que o Tribunal não vai tolerar que nenhum Estado lance mão desses expedientes ilegítimos para favorecer as suas finanças em detrimento de outros Estados.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, eu também me alio à preocupação do Ministro Gilmar. Há poucos dias ou há algumas semanas, o Everardo Maciel escreveu um belíssimo artigo exatamente sobre essas ações, dizendo das consequências disso para o ambiente de uma Federação que acaba se comprometendo o tempo todo, cada vez mais, pelo descumprimento da Constituição, sem ter uma solução prática; e a necessidade de esse julgamento ser feito – conforme disse o Ministro Gilmar – com, talvez, o pensamento sobre uma nova forma de se saber como dar um encaminhamento a essas ações, porque só julgar, anos depois, realmente não temos outros instrumentos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Pois é. Acho que, diante dos julgamentos de hoje, quando vamos ultrapassar mais de uma dezena de causas julgadas, há ainda outras residuais aí que permanecem nas mãos dos Ministros, talvez fosse o caso de todos os Ministros, em casos semelhantes, concederem logo liminar para que a situação ilegal não se perpetue.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Teria um efeito adicional profilático.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Exatamente. Ainda temos mais três casos do Ministro Dias Toffoli e mais um caso do Ministro Ricardo Lewandowski. Vamos aos casos do Ministro Dias Toffoli.

## EXTRATO DA ATA

ADI 3.664/RJ — Relator: Ministro Cezar Peluso. Requerente: Governador do Estado do Paraná (Advogado: Procurador Geral do Estado do Paraná). Interessado: Governador do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: O Tribunal, por votação unânime e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgou procedente a ação direta. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello.

Presidência do Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux. Procurador Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 1º de junho de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.