

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
5.467 MARANHÃO**

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
REQTE.(S)	: SOLIDARIEDADE
ADV.(A/S)	: TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DO MARANHÃO
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S)	: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO MARANHÃO
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO
DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO
CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO.
ARTIGO 2º DA LEI Nº 10.259/2015 DO
ESTADO DO MARANHÃO.
INSTITUIÇÃO UNILATERAL DE
BENEFÍCIO FISCAL RELATIVO AO
ICMS. EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL
DE PRÉVIO CONVÊNIO
INTERESTADUAL. ALEGAÇÃO DE
OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, 'g', DA
CRFB/88. RISCO DE DESEQUILÍBRIO
DO PACTO FEDERATIVO. GUERRA
FISCAL. *FUMUS BONI IURIS* E
PERICULUM IN MORA
CONFIGURADOS. MEDIDA CAUTELAR
DEFERIDA, *AD REFERENDUM* DO
PLENÁRIO, PARA SUSPENDER A
VIGÊNCIA DO DISPOSITIVO
IMPUGNADO.**

1. O pacto federativo reclama, para a preservação do equilíbrio horizontal na tributação, a prévia deliberação dos

ADI 5467 MC / MA

Estados-membros para a concessão de benefícios fiscais relativamente ao ICMS, na forma prevista no art. 155, § 2º, XII, 'g', da Constituição e como disciplinado pela Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela atual ordem constitucional.

2. *In casu*, há *fumus boni juris* quanto à inconstitucionalidade o art. 2º da Lei nº 10.259/2015 do Estado do Maranhão, porquanto concessivo de benefícios fiscais de ICMS sem a antecedente deliberação dos Estados-membros da Federação.

3. A conciliação da eficácia do dispositivo constitucional indicado e da segurança jurídica dos contribuintes impõe o deferimento da medida cautelar.

4. Medida cautelar deferida, *ad referendum do Plenário*, para suspender a vigência dos dispositivos impugnados.

DECISÃO: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Solidariedade (SD), tendo por objeto a expressão “*crédito presumido sobre o valor do ICMS mensal apurado, nos casos de implantação, ampliação, modernização, realocização e reativação*” do *caput* do art. 2º e a integralidade de seu § 1º, todos da Lei nº 10.259, de 16 de junho de 2015, do Estado do Maranhão, por alegada ofensa ao artigo 155, § 2º, XII, “g”, da CRFB/88. Eis o inteiro teor dos dispositivos, *verbis*:

LEI Nº 10.259, DE 16 DE JUNHO DE 2015.

Institui o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado do

ADI 5467 MC / MA

Maranhão - MAIS EMPRESAS, revoga a Lei nº 9.121, de 4 de março de 2010, e dá outras providências.

[...]

Art. 2º Às empresas enquadradas no Programa MAIS EMPRESAS será concedido crédito presumido sobre o valor do ICMS mensal apurado, nos casos de implantação, ampliação, modernização, realocização e reativação, e diferimento nos períodos e proporções estabelecidos neste artigo.

§ 1º Os segmentos industriais ou agroindustriais receberão, a título de crédito presumido, o equivalente a:

I - até 95% (noventa e cinco por cento) do valor do ICMS mensal apurado, em decorrência de implantação nos 30 (trinta) municípios de menores IDHM, conforme a última divulgação oficial, pelo prazo de 15 (quinze) anos;

II - até 85% (oitenta e cinco por cento) do valor do ICMS mensal apurado, em decorrência de implantação de empreendimentos que gerem 500 (quinhentos) empregos diretos ou mais, ou que reciclem resíduos sólidos urbanos e utilizem logística reversa, ou que exerçam atividade inexistente no Estado, ou que sejam considerados prioritários, conforme art. 11 desta Lei, pelo prazo de 12 (doze) anos;

III - até 75% (setenta e cinco por cento) do valor do ICMS mensal apurado, em decorrência de implantação ou ampliação, pelo prazo de 10 (dez) anos;

IV - até 65% (sessenta e cinco por cento) do valor do ICMS mensal apurado, em decorrência de reativação, modernização ou realocização, pelo prazo de 8 (oito) anos;

§ 2º Haverá o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas aquisições de bens destinados ao ativo permanente das atividades econômicas mencionadas no § 1º, desta Lei, limitado ao período de implantação, ampliação, modernização, realocização ou reativação, em operações:

I - internas, relativamente ao imposto que seria destacado pelo remetente;

II - interestaduais, relativamente à diferença entre a

ADI 5467 MC / MA

alíquota interna e a interestadual, bem como o ICMS relativo ao serviço de transporte;

III - de importação do exterior, inclusive em relação ao respectivo serviço de transporte, quanto ao imposto que seria pago no momento do desembaraço aduaneiro;

§ 3º Haverá o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS na saída interna e na importação de matérias-primas e produtos intermediários utilizados direta ou indiretamente no processo produtivo da indústria e agroindústria, destinadas às empresas beneficiárias dos incentivos previstos nesta Lei, inclusive em relação ao respectivo serviço de transporte, exceto o fornecimento de energia, observados os prazos estabelecidos no § 1º.

O requerente alega, em síntese, que a Lei Estadual, ao instituir o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado do Maranhão – MAIS EMPRESAS, *“estabeleceu o art. 2º, caput e parágrafo 1º da mesma Lei ‘crédito presumido de ICMS’ nas situações ali especificadas”*. Sustenta *“a necessidade de celebração de convênios entres os Estados e o Distrito Federal, com a participação do Ministério da Fazenda para a concessão de incentivos de natureza diversificada (isenção, anistia, redução de base de cálculo, crédito presumido de imposto, dilação de prazo para pagamento, etc.)”*. Nesse sentido, aduz existir *“afronta à regra do art. 155, § 2º, XII, ‘g’ da CF/1988, porquanto os benefícios fiscais em tela somente poderiam ser concedidos mediante aprovação prévia em convênio interestadual, no âmbito do CONFAZ”*.

Fundamenta o pedido cautelar mediante a existência de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*. Quanto ao primeiro requisito, alega ser autoevidente, diante da ofensa ao referido dispositivo constitucional. Em relação ao segundo, sustenta que *“caso mantidos os efeitos dos dispositivos ora impugnados, os produtos beneficiados que saem do território do MARANHÃO para o resto do país continuarão a concorrer em situação privilegiada – pois com menor ônus tributário – em relação aos equivalentes nacionais não albergados pelo MAIS EMPRESAS”*.

Em suas informações, a Assembleia Legislativa do Estado do

ADI 5467 MC / MA

Maranhão defende a constitucionalidade dos dispositivos impugnados, afirmando que *“os trâmites legais e constitucionais de elaboração e aprovação do Projeto de Lei de Conversão nº 004/2015 foram devidamente respeitados, o que culminou com a consequente promulgação”*. Também o Governador do Estado sustenta a improcedência do pedido formulado, defendendo uma interpretação sistemática do art. 155, § 2º, XII, ‘g’, da CRFB/88 com outros dispositivos constitucionais, afirmando que *“a concessão de benefícios fiscais possui o condão de atrair empreendimentos dos mais variados setores e, por conseguinte, alavancar o desenvolvimento econômico, sobretudo em Estados que vivem quase que exclusivamente da exploração de atividades primárias”*.

A Advocacia-Geral da União opinou pela procedência do pedido, conforme manifestação assim ementada, *verbis*:

“Tributário. Dispositivos da Lei nº 10.259, de 16 de junho de 2015, do Estado do Maranhão, que ‘institui o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado do Maranhão - MAIS EMPRESAS, revoga a Lei nº 9.121, de 4 de março de 2010, e dá outras providências’. Concessão de benefícios fiscais sem previsão em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ. Violação ao artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea ‘g’, da Constituição Federal. Violação ao artigo 152 da Lei Maior. Precedentes desse Supremo Tribunal Federal. Manifestação pela procedência do pedido veiculado na presente ação direta.”

Da mesma forma, o Procurador-Geral também opinou pela procedência do pedido, conforme parecer assim ementado:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.259/2015 DO MARANHÃO. PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL E DE INTEGRAÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO DO MARANHÃO (“MAIS EMPRESAS”). CRÉDITO PRESUMIDO DO ICMS. INCENTIVO FISCAL PARA ATRAIR INVESTIMENTOS E INCREMENTAR A ARRECADAÇÃO E A

ADI 5467 MC / MA

ECONOMIA. AUTORIZAÇÃO EM CONVÊNIO INTERESTADUAL. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 155, § 2º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO.

1. Contrapõe-se diretamente ao art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição da República, norma estadual ou distrital que, sem prévio convênio interestadual, defira unilateralmente benefícios fiscais e financeiros de ICMS e, por conseguinte, ocasione risco de desequilíbrio ao pacto federativo, por configurar a chamada ‘guerra fiscal’.

2. Incentivos fiscais e financeiros de ICMS sujeitam-se ao art. 155, § 2º, XII, g, da CR, por traduzirem redução de carga tributária voltada a atrair determinado segmento para o território do ente concedente e, dessa forma, incrementar sua arrecadação tributária.

3. Parecer por procedência do pedido.”

É o relatório. Decido.

Ab initio, assento a legitimidade ativa do proponente, uma vez que é Partido Político com representação no Congresso Nacional, nos termos do art. 103, VIII, da CRFB/88.

Quanto ao mérito, assento que o sistema constitucional brasileiro, ao dispor sobre o sistema tributário nacional, prevê a competência estadual ou distrital para instituição de imposto sobre “*operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior*”, o ICMS (art. 155, II, da CRFB/88). Trata-se de importante fonte de receita para os Estados-membros, ao qual o texto constitucional dispensa minucioso tratamento.

Não é demais lembrar que também essas disposições colocam-se dentro de um Estado federalista, em cujas definições mínimas se destacam seus aspectos tributários e financeiros, como Abhner Youssif bem assenta em doutrina:

“Dentro dessas definições mínimas, traço importante que

ADI 5467 MC / MA

também deve ser destacado diz respeito à divisão constitucional de recursos financeiros, (expressão aqui adotada em sentido amplo), seja em relação à definição dos bens públicos, a atribuição de sua titularidade e a participação nos resultados de sua exploração; seja em relação às receitas públicas e sua consecutória repartição. Aliás, esse é um ponto particular de alta influência sobre o campo do Direito Financeiro, no qual se discute importante ferramenta para a execução do autogoverno, da auto-organização e da autoadministração dos entes federativos, das políticas públicas, da Federação e da própria democracia em geral: o orçamento público.

Com efeito, o orçamento dos entes federados e a aplicação das receitas que lhes competem são questões diretamente ligadas ao desempenho da autonomia de cada um deles e de suas prerrogativas atribuídas pelo regime federativo. Pode-se dizer, portanto, que a definição dos bens e receitas públicos, bem como as questões financeiro-orçamentárias a ela vinculadas, constitui traço fundamental à realização e concretização de uma federação como a brasileira”

(ARABI, Abhner Youssif Mota. **Desdobramentos Financeiros do Federalismo Fiscal: participação no resultado da exploração de petróleo e o bônus de assinatura**. In: GOMES, Marcus Lívio; ALVES, Raquel de Andrade Vieira; ARABI, Abhner Youssif Mota. *Direito Financeiro e Jurisdição Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 13/14).

Imerso nesse contexto constitucional federativo, em regra, a competência tributária abrange como consectário lógico a possibilidade de instituição de benefícios fiscais, de que são exemplos as isenções, a concessão de crédito presumido e a redução da base de cálculo do tributo. Bastaria, para tanto, a edição de *lei específica* pelo ente tributante, nos termos do art. 150, § 6º, da CRFB/88.

Entretanto, a parte final desse mesmo dispositivo revela que o texto constitucional estabeleceu regime particular a respeito do modo como tais exonerações fiscais podem ser instituídas em relação ao ICMS. Com

ADI 5467 MC / MA

efeito, para tal tributo, exige-se prévia *deliberação entre os Estados-membros* (art. 155, § 2º, XII, 'g', da CRFB/88). Nos dizeres de Geraldo Ataliba, “o princípio geral segundo o qual ‘quem pode tributar pode isentar’ sofre aqui *peremptória exceção*”, uma vez que “os Estados podem instituir o ICM, mas não podem estabelecer isenções livremente” (ATALIBA, Geraldo. **Lei Complementar na Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, p. 80).

Essa exigência constitucional específica evidencia a preservação do equilíbrio horizontal na tributação, dada a relevância do regime do ICMS para a manutenção da harmonia do pacto federativo (TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, vol. IV, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 295). Com efeito, se fosse lícito a cada ente federativo regional a instituição de exonerações fiscais de forma independente, o resultado que daí adviria seria a cognominada *guerra fiscal*, com a busca irrefreável pela redução da carga tributária em cada Estado, de forma a atrair empreendimentos e capital para o respectivo território, em prejuízo, em última análise, para a própria forma de estado federalista e seus consectários fiscais.

Deveras, a aludida exigência constitucional restou regulamentada pela recepção pela CRFB/88 da Lei Complementar nº 24/75, que “*Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências*”. O âmbito de incidência da exigência de convênio é especificado pelo art. 1º da referida Lei, cuja redação é a seguinte:

“Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável

ADI 5467 MC / MA

ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.”

Do ponto de vista histórico, na clássica doutrina de José Souto Maior Borges, em comentário à dispositivo semelhante contido na Constituição de 1967, na redação da Emenda nº 1/1969, colhem-se os seguintes ensinamentos, *verbis*:

“Tal dispositivo representa o ponto culminante da legislação que vem disciplinando com critérios progressivamente restritivos as isenções do ICM, dadas as dificuldades de adaptação desse tributo ao sistema federal brasileiro. Dificuldades de adaptação que resultam sobretudo da circunstância de serem os impostos sobre a circulação [...] tributos federais por natureza, embora o ICM, em homenagem ao elemento histórico ou a critérios de historicidade que ainda persistiram no sistema tributário brasileiro, mesmo após a reforma tributária nacional, esteja atribuído à competência legislativa dos Estados-membros e Distrito Federal. A identificação do ICM como um imposto federal decorre de que, não obstante seja a sua hipótese de incidência um fato localizado – a circulação – os seus efeitos econômicos são inevitavelmente difundidos por todo o território nacional. Essa característica agrava a problemática das isenções no âmbito das operações interestaduais e mesmo das operações internas.”

(BORGES, José Souto Maior. **Lei Complementar Tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975, p. 167).

Aliomar Baleeiro também destaca a especificidade constitucional

ADI 5467 MC / MA

erigida para a concessão de benefícios fiscais ao ICMS:

“[...] o princípio federal interfere com o tema das isenções e das demais exonerações tributárias, tanto no âmbito interno como no externo. No âmbito interno, a competência dos Estados-Membros para concessão de isenções em relação ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte e Comunicação (ICMS) não pode ser exercida individual e unilateralmente por qualquer um deles. A Constituição de 1969 já previa, e a de 1988 manteve o princípio de que cabe à lei complementar *‘regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados’*. Portanto, os convênios ou convenções interestaduais, firmados para a concessão dessas isenções e outros benefícios relativos a esse imposto estadual, são ato de manifestação colegiada prévia de vontade de todos os Estados. [...] no plano interno, a forma federal de Estado traz, como consequência, o fenômeno das isenções conveniais [...]”.

(BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**, atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 217)

À luz de tais parâmetros, é uníssona a jurisprudência desta Suprema Corta ao proclamar a invalidade de leis estaduais que, a despeito da ausência de convênio interestadual, tenham concedido favores fiscais relativamente ao ICMS, conforme exemplificam os seguintes precedentes:

“I. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL QUE INSTITUI BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO INTERESTADUAL PRÉVIO. OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, g, DA CF/88. II. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS. 1. A instituição de benefícios fiscais relativos ao ICMS só pode ser realizada com base em convênio interestadual, na forma do art. 155, §2º, XII, g, da CF/88 e da Lei

ADI 5467 MC / MA

Complementar nº 24/75. 2. De acordo com a jurisprudência do STF, o mero diferimento do pagamento de débitos relativos ao ICMS, sem a concessão de qualquer redução do valor devido, não configura benefício fiscal, de modo que pode ser estabelecido sem convênio prévio. [...]”

(ADI 4.481, rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgada em 11/3/2015, DJe de 19/5/2015)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO FISCAL. ICMS. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL. EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE CONVÊNIO INTERESTADUAL (CF, ART. 155, § 2º, XII, ‘g’). DESCUMPRIMENTO. RISCO DE DESEQUILÍBRIO DO PACTO FEDERATIVO. GUERRA FISCAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. CONCESSÃO DE ISENÇÃO À OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO DE AUTOMÓVEIS POR OFICIAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA (CF, ART. 150, II). DISTINÇÃO DE TRATAMENTO EM RAZÃO DE FUNÇÃO SEM QUALQUER BASE RAZOÁVEL A JUSTIFICAR O DISCRIMEN. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. O pacto federativo reclama, para a preservação do equilíbrio horizontal na tributação, a prévia deliberação dos Estados-membros para a concessão de benefícios fiscais relativamente ao ICMS, na forma prevista no art. 155, § 2º, XII, ‘g’, da Constituição e como disciplinado pela Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela atual ordem constitucional. 2. In casu, padece de inconstitucionalidade formal a Lei Complementar nº 358/09 do Estado do Mato Grosso, porquanto concessiva de isenção fiscal, no que concerne ao ICMS, para as operações de aquisição de automóveis por oficiais de justiça estaduais sem o necessário amparo em convênio interestadual, caracterizando hipótese típica de guerra fiscal em desarmonia com a Constituição Federal de 1988. 3. A isonomia tributária (CF, art. 150, II) torna inválidas as distinções entre contribuintes “em razão de

ADI 5467 MC / MA

ocupação profissional ou função por eles exercida”, máxime nas hipóteses nas quais, sem qualquer base axiológica no postulado da razoabilidade, engendra-se tratamento discriminatório em benefício da categoria dos oficiais de justiça estaduais. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.”

(ADI 4.276, rel. Min. Luiz Fuz, Tribunal Pleno, julgada em 20/8/2014, DJe de 18/9/2014)

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL. ISENÇÃO CONCEDIDA A TÍTULO DE AUXÍLIO-TRANSPORTE AOS INTEGRANTES DA POLÍCIA CIVIL E MILITAR EM ATIVIDADE OU INATIVIDADE. AUSÊNCIA DE PRÉVIO CONVÊNIO INTERESTADUAL. PERMISSÃO GENÉRICA AO EXECUTIVO. INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.561/2002 DO ESTADO DO PARANÁ. 1. A concessão de benefício ou de incentivo fiscal relativo ao ICMS sem prévio convênio interestadual que os autorize viola o art. 155, § 2º, XII, g da Constituição. 2. Todos os critérios essenciais para a identificação dos elementos que deverão ser retirados do campo de incidência do tributo (regra-matriz) devem estar previstos em lei, nos termos do art. 150, § 6º da Constituição. A permissão para que tais elementos fossem livremente definidos em decreto do Poder Executivo viola a separação de funções estatais prevista na Constituição. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.”

(ADI 2.688, rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgada em 1/6/2011, DJe de 26/8/2011)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INEXISTÊNCIA DE PRAZO DECADENCIAL - ICMS - CONCESSÃO DE ISENÇÃO E DE OUTROS BENEFÍCIOS FISCAIS, INDEPENDENTEMENTE DE PREVIA DELIBERAÇÃO DOS DEMAIS ESTADOS-MEMBROS E DO DISTRITO FEDERAL - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO

ADI 5467 MC / MA

PODER DO ESTADO-MEMBRO EM TEMA DE ICMS (CF, ART. 155, § 2º, XII, "G") - NORMA LEGAL QUE VEICULA INADMISSIVEL DELEGAÇÃO LEGISLATIVA EXTERNA AO GOVERNADOR DO ESTADO - PRECEDENTES DO STF - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA EM PARTE. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E PRAZO DECADENCIAL: O ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não esta sujeito a observância de qualquer prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, eis que atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo mero decurso do tempo. Súmula 360. Precedentes do STF. DIREITO DE PETIÇÃO E AÇÃO DIRETA: O direito de petição, presente em todas as Constituições brasileiras, qualifica-se como importante prerrogativa de caráter democrático. Trata-se de instrumento jurídico-constitucional posto a disposição de qualquer interessado - mesmo daqueles destituídos de personalidade jurídica -, com a explicita finalidade de viabilizar a defesa, perante as instituições estatais, de direitos ou valores revestidos tanto de natureza pessoal quanto de significação coletiva. Entidade sindical que pede ao Procurador-Geral da Republica o ajuizamento de ação direta perante o STF. *Provocatio ad agendum*. Pleito que traduz o exercício concreto do direito de petição. Legitimidade desse comportamento. ICMS E REPULSA CONSTITUCIONAL A GUERRA TRIBUTARIA ENTRE OS ESTADOS-MEMBROS: O legislador constituinte republicano, com o proposito de impedir a "guerra tributaria" entre os Estados-membros, enunciou postulados e prescreveu diretrizes gerais de caráter subordinante destinados a compor o estatuto constitucional do ICMS. Os princípios fundamentais consagrados pela Constituição da Republica, em tema de ICMS, (a) realçam o perfil nacional de que se reveste esse tributo, (b) legitimam a instituição, pelo poder central, de regramento normativo unitário destinado a disciplinar, de modo uniforme, essa espécie tributaria, notadamente em face de seu caráter não-cumulativo, (c) justificam a edição de lei complementar nacional vocacionada a regular o modo e a forma como os

ADI 5467 MC / MA

Estados-membros e o Distrito Federal, sempre após deliberação conjunta, poderão, por ato próprio, conceder e/ou revogar isenções, incentivos e benefícios fiscais. CONVENIOS E CONCESSÃO DE ISENÇÃO, INCENTIVO E BENEFICIO FISCAL EM TEMA DE ICMS: A celebração dos convênios interestaduais constitui pressuposto essencial a válida concessão, pelos Estados-membros ou Distrito Federal, de isenções, incentivos ou benefícios fiscais em tema de ICMS. Esses convênios - enquanto instrumentos de exteriorização formal do prévio consenso institucional entre as unidades federadas investidas de competência tributaria em matéria de ICMS - destinam-se a compor os conflitos de interesses que necessariamente resultariam, uma vez ausente essa deliberação intergovernamental, da concessão, pelos Estados-membros ou Distrito Federal, de isenções, incentivos e benefícios fiscais pertinentes ao imposto em questão. O pacto federativo, sustentando-se na harmonia que deve presidir as relações institucionais entre as comunidades politicas que compõem o Estado Federal, legitima as restrições de ordem constitucional que afetam o exercício, pelos Estados-membros e Distrito Federal, de sua competência normativa em tema de exoneração tributaria pertinente ao ICMS. MATÉRIA TRIBUTARIA E DELEGAÇÃO LEGISLATIVA: A outorga de qualquer subsidio, isenção ou crédito presumido, a redução da base de calculo e a concessão de anistia ou remissão em matéria tributaria só podem ser deferidas mediante lei especifica, sendo vedado ao Poder Legislativo conferir ao Chefe do Executivo a prerrogativa extraordinária de dispor, normativamente, sobre tais categorias temáticas, sob pena de ofensa ao postulado nuclear da separação de poderes e de transgressão ao princípio da reserva constitucional de competência legislativa. Precedente: ADIn 1.296-PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO.”

(ADI 1.247-MC, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 17/8/1995, DJ 8/9/1995)

À luz dessas premissas, destaco que, *in casu*, os dispositivos

ADI 5467 MC / MA

impugnados erigem benefício fiscal de crédito presumido nas hipóteses que cria. Evidencia-se, portanto, a instituição de tratamento fiscal mais favorável sem o necessário convênio interestadual prévio que autorizasse a instituição de tal regime diferenciado, o que remete à caracterização do *fumus boni iuris* na hipótese.

Outrossim, destaco que o presente provimento cautelar justifica-se também pela necessidade de conciliação entre a efetividade das normas constitucionais e a proteção da segurança jurídica dos contribuintes. É dizer: o texto constitucional revela-se claro ao vedar a instituição de benefícios fiscais relativos a ICMS sem a prévia deliberação entre os Estados-membros da federação. Tal vedação expressa, porém, não tem evitado a edição de normas como a aqui impugnada, conclusão a que se chega pela recorrência com que esse *thema decidendum* é enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal.

De outro lado, porém, trata-se de ato normativo vigente, cuja aplicação favorável aos contribuintes beneficiados enseja a necessária proteção de suas expectativas e da segurança jurídica no sistema tributário nacional, o que tem levado ao Plenário do Supremo Tribunal Federal à modulação dos efeitos de sua decisão em casos semelhantes (ADI 4.481, rel. Min. Roberto Barroso, julgada em 11/3/2015; ADI 2.663, rel. Min. Luiz Fux, julgada em 8/3/2017).

Nesse cenário – e nisso se constitui o *periculum in mora* –, o célere provimento cautelar pelo Ministro relator evita a necessidade de posterior modulação dos efeitos da decisão a ser proferida pelo Plenário, caso seja confirmado o entendimento aqui esposado. Deveras, essa é a solução proposta por Abhner Youssif em ensaio específico destinado ao tema, *verbis*:

“Em casos como esse, uma solução mediana, e de importantes resultados práticos, seria a concessão da medida liminar pelo relator da ação direta de inconstitucionalidade [...] tão logo lhe seja distribuído o feito. Preserva-se, assim, tanto o princípio da segurança jurídica [...], quanto a supremacia da Constituição, evitando-se a chancela de uma

ADI 5467 MC / MA

inconstitucionalidade útil e proposital, já que, seguindo-se o entendimento firmado pelo Supremo nesse caso, até que se julgue inconstitucional, a inconstitucionalidade manifesta produzirá os efeitos para os quais foi criada.”

(ARABI, Abhner Youssif Mota. **Os perigos da modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade de normas instituidoras de benefícios fiscais de ICMS**. In: Consultor Jurídico – ConJur, 27/4/2015, disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-abr-27/abhner-arabi-modulacao-efeitos-medida-arriscada>)

Nesse sentido também já se pronunciou o Min. Roberto Barroso nos debates orais durante o julgamento da ADI 4.481, em que afirmou: “*A minha sugestão, nesses casos que envolvem guerra fiscal e benefícios fiscais indevidos, por violação do art. 155, § 2º, XII, é que o Tribunal e cada Relator procure se pronunciar, cautelarmente e no primeiro momento possível, em seguida trazendo à bancada, pela suspensão da lei, quando seja o caso, por violação desse dispositivo, para que ela não vigore por nenhum prazo significativo*”.

Por fim, assento a possibilidade, ainda que excepcional, da prolação monocrática, *ad referendum* do Plenário, de decisão liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (MC na ADI 4.465, Rel. Min. Marco Aurélio). Isso porque o controle abstrato de constitucionalidade é modalidade de tutela coletiva, referente ao direito que assiste à coletividade de submeter-se apenas a atos normativos compatíveis com a Constituição. Certamente, situações há em que esse direito corre perigo de extrema gravidade, apto a abalar a ordem social, econômica ou política, exigindo uma resposta célere, senão imediata, do juízo competente – na hipótese, o Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, a apreciação monocrática de medidas de urgência exsurge diretamente do art. 5º, XXXV, da Constituição da República, que estabelece que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

Ademais, a estrutura do Tribunal, incluindo as formas pelas quais ele atua por meio de seus órgãos, é definida pelo Regimento Interno, cuja

ADI 5467 MC / MA

elaboração é de competência privativa do próprio Tribunal (art. 96, I, *a*, da CRFB/88). Seja quando se manifesta pelo Plenário, seja quando o faz por suas Turmas ou, ainda, pelo Relator de um processo, é sempre o Supremo Tribunal Federal a se manifestar, sendo todos eles órgãos da Corte, entre os quais se estabelece apenas uma divisão funcional de competências no plano horizontal.

No ponto, estabelece o art. 21, IV e V, do Regimento Interno desta Casa ser atribuição do Relator determinar, em caso de urgência, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa, *ad referendum* do Plenário ou da Turma. E não se diga que tal atribuição não foi reproduzida no capítulo que trata “*Da declaração de inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo*”, visto que a omissão determina precisamente a aplicação da regra geral contida no art. 21, IV e V, dispositivo esse que, à vista de entendimento diverso, tornar-se-ia totalmente despidendo.

Ademais, deve-se notar que inexistente vedação na Lei nº 9.868/99 à prolação de liminares monocráticas em casos de extrema urgência. Aliás, semelhante medida é expressamente autorizada em diploma posterior, que versa sobre outro processo de controle abstrato de constitucionalidade. Dispõe o art. 5º, §1º, da Lei nº 9.882/99, tratando do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que “*em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno*”.

Ora, não há razão para regramento diverso a respeito da concessão de liminares na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), uma vez que em ambos os casos a prestação jurisdicional será essencialmente idêntica: decidir, em abstrato, a respeito da compatibilidade de atos normativos com a Constituição vigente. Impõe-se, portanto, no presente caso, a aplicação analógica da regra do art. 5º, §1º, da Lei nº 9.882/99, constituinte do microssistema do controle concentrado de constitucionalidade. Vale

ADI 5467 MC / MA

dizer, arriscando proclamar um truísmo, que a analogia não é figura exclusiva da aplicação do direito substantivo, mas de vital importância para a argumentação jurídica em questões processuais (BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 518).

Ex positis, presentes todos os seus requisitos autorizadores, **concedo a medida cautelar, ad referendum** do Plenário desta Suprema Corte, para suspender a aplicação do *caput* do art. 2º, bem como da integralidade de seu §1º, da Lei nº 10.259, de 16 de junho de 2015, do Estado do Maranhão, nos termos do art. 10, § 3º da Lei 9.868/1999.

Dê-se ciência, ainda, à Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão e o Governador do Estado do Maranhão para que cumpram a decisão.

Publique-se. Int..

Brasília, 29 de março de 2017.

Ministro LUIZ FUX

Relator

Documento assinado digitalmente