

30/08/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.676 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
REQTE.(S) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. DIFERIMENTO. INEXIGÊNCIA DE DELIBERAÇÃO POR ESTADOS E DISTRITO FEDERAL E DE FORMALIZAÇÃO PRÉVIA DE CONVÊNIO. CONSTITUCIONALIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

1. Não se confunde a hipótese de diferimento do lançamento tributário com a de concessão de incentivos ou benefícios fiscais de ICMS, podendo ser estabelecida sem a prévia celebração de convênio. Precedentes.

2. O inciso II do art. 1º do Decreto 49.612/2005 do Estado de São Paulo prevê, na incidência do ICMS, diferimento do lançamento tributário.

3. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro DIAS TOFFOLI, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por unanimidade, acordam em julgar improcedente o pedido formulado na ação direta, nos termos do voto do Relator. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 30 de agosto de 2019.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

ADI 3676 / SP

Relator

30/08/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.676 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
REQTE.(S) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), com pedido de medida liminar, proposta pelo Procurador-Geral da República, contra o inciso II do art. 1º do Decreto 49.612/2005 do Estado de São Paulo.

Este o teor do dispositivo impugnado:

Decreto 49.612/2005

Artigo 1º - Ficam acrescentados, com a redação que segue, os dispositivos adiante indicados ao Capítulo IV do Título II do Livro II do Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços, aprovado pelo Decreto 45.490, de 30 de novembro de 2000:

(...)

II - a Seção XXIV, composta pelos artigos 400-D e 400-E (redação dada ao Inciso II pelo art. 6º do Decreto 49.709 de 23.06.2005; DOE 24.06.2005; efeitos a partir de 24.06.2005):

Artigo 400-D - O lançamento do imposto incidente nas operações internas com alumínio em formas brutas, alumínio não ligado, ligas de alumínio, inclusive a granalha de alumínio, e quaisquer outras mercadorias classificadas na posição 7601 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, fica diferido para o momento em que ocorrer (Lei 6.374/89, arts. 8º, XXIV, e item 1 do § 10, na redação da Lei 9.176/95, e 59, Convênio de 15-12-70-SINIEF, art. 54, I e VI, na redação do Ajuste SINIEF-3/94, cláusula primeira, XII):

I - sua saída para outro Estado;

II - sua saída para o exterior;

III - sua entrada em estabelecimento industrial que

ADI 3676 / SP

promova a transformação da mercadoria, em suas próprias instalações, para formas acabadas ou semi-acabadas classificadas no Capítulo 76 da NBM/SH, exceto as posições 7601 e 7602.

Parágrafo único - Na entrada de que trata o inciso III, deverá o estabelecimento industrial:

1. emitir Nota Fiscal, relativamente a cada entrada ou a cada aquisição de mercadoria, quando recebida de pessoa ou de estabelecimento não obrigados à emissão de Nota Fiscal;

2. escriturar a operação no livro Registro de Entradas, utilizando as colunas sob os títulos ICMS - Valores Fiscais - Operações ou Prestações com Crédito do Imposto, quando for o caso, com a expressão "Entradas de Alumínio da posição 7601;

3. escriturar o valor do imposto a pagar no livro Registro de Apuração do ICMS, no quadro Débito do Imposto - Outros Débitos, com a expressão Entradas de Alumínio da posição 7601.

Artigo 400-E - Na hipótese de industrialização de alumínio nas formas e posição indicadas no artigo 400-D, por conta e ordem de terceiro, além do cumprimento das obrigações acessórias previstas nos artigos 404 a 408, o imposto será calculado e pago sobre o valor da matéria-prima recebida e sobre o valor total cobrado do autor da encomenda (Convênio AE-15/74, com a alteração dos Convênios ICM-25/81 e ICM-35/82, e Convênio ICMS-34/90):

I - na saída de produto resultante da industrialização em retorno ao estabelecimento autor da encomenda;

II - na saída que, antes do retorno do produto resultante da industrialização ao estabelecimento autor da encomenda, por ordem deste, for promovida pelo estabelecimento industrializador com destino a outro, também industrializador.

Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica quando:

1. o estabelecimento autor da encomenda estiver localizado em outro Estado e a operação esteja amparada por regime especial concedido com a anuência deste Estado,

ADI 3676 / SP

hipótese em que o imposto será calculado e pago sobre o valor total cobrado do autor da encomenda, conforme dispõe o artigo 402;

2. o produto resultante da industrialização estiver classificado na posição 7601 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH indicada no artigo 400-D, em hipótese abrangida pelo diferimento previsto neste Capítulo (Transcrição do inc. II, art. 1º, Decreto 49.612/2005, com redação alterada pelo art. 6º do Decreto 49.709/2005, fl. 07).

Sustenta o Autor que os dispositivos impugnados afrontariam o disposto no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal. Fundamenta a alegação de inconstitucionalidade nos seguintes pontos: (i) a instituição de incentivos fiscais relativos ao 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 (ICMS), foi realizada com inobservância da exigência de prévia celebração de convênio, também imposta pelos arts. 1º e 2º da LC 24/1975; e (ii) atentou-se contra o pacto federativo a partir da prática de guerra fiscal. Observa, ainda, o Procurador-Geral da República que o inciso II do art. 1º do Decreto 49.612/2005 introduziu norma que estabelece tratamento tributário diferenciado, considerados estabelecimentos industriais localizados em São Paulo.

O caso foi processado segundo o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999.

Em suas informações, o Governador do Estado de São Paulo sustenta não caber, ao caso, a exigência disposta pelos arts. 1º e 2º da LC 24/1975, não havendo que se falar em violação ao art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da Constituição Federal. Oferta como razões os seguintes aspectos: (i) a norma impugnada não seria passível de controle em sede de ação direta; (ii) a norma impugnada possuiria natureza administrativa, e não tributária; (iii) a partir da descrição da evolução histórico-normativa de incentivos fiscais já concedidos por meio da celebração de convênios,

ADI 3676 / SP

seria possível compreender a aplicação restrita dos arts. 1º e 2º da LC 24/1975 às situações de concessão de real vantagem econômica; (iv) apoiado no art. 24; art. 150, § 6º; art. 151, inciso I; art. 161; art. 163 e art. 165, § 6º e § 9º, todos da Constituição Federal, não há que se censurar a técnica do diferimento; e (v) utilizando-se dos preceitos do art. 3º; art. 4º; art. 21, inciso IX; art. 22, inciso VIII; art. 48, inciso IV; art. 150, inciso II; art. 151, inciso I; e art. 174, § 1º, da Constituição Federal, pertence à União a prerrogativa de intervenção no comércio interestadual.

A Advocacia-Geral da União se manifestou pela constitucionalidade do inciso II do art. 1º do Decreto 49.612/2005, percebendo como inexigível prévia celebração de convênio interestadual.

A Procuradoria-Geral da República mantém as razões expostas no peticionamento inicial da Ação Direta.

Por força da aplicação do art. 38 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, procedeu-se à substituição da Relatoria da Ação Direta.

É o relatório.

30/08/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.676 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), com pedido de medida liminar, proposta pelo Procurador-Geral da República, contra o inciso II do art. 1º do Decreto 49.612/2005 do Estado de São Paulo.

Este o teor do dispositivo impugnado:

Decreto 49.612/2005

Artigo 1º - Ficam acrescentados, com a redação que segue, os dispositivos adiante indicados ao Capítulo IV do Título II do Livro II do Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços, aprovado pelo Decreto 45.490, de 30 de novembro de 2000:

(...)

II - a Seção XXIV, composta pelos artigos 400-D e 400-E (redação dada ao Inciso II pelo art. 6º do Decreto 49.709 de 23.06.2005; DOE 24.06.2005; efeitos a partir de 24.06.2005):

Artigo 400-D - O lançamento do imposto incidente nas operações internas com alumínio em formas brutas, alumínio não ligado, ligas de alumínio, inclusive a granalha de alumínio, e quaisquer outras mercadorias classificadas na posição 7601 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, fica diferido para o momento em que ocorrer (Lei 6.374/89, arts. 8º, XXIV, e item 1 do § 10, na redação da Lei 9.176/95, e 59, Convênio de 15-12-70-SINIEF, art. 54, I e VI, na redação do Ajuste SINIEF-3/94, cláusula primeira, XII):

I - sua saída para outro Estado;

II - sua saída para o exterior;

III - sua entrada em estabelecimento industrial que promova a transformação da mercadoria, em suas próprias instalações, para formas acabadas ou semi-acabadas classificadas no Capítulo 76 da NBM/SH, exceto as posições

ADI 3676 / SP

7601 e 7602.

Parágrafo único - Na entrada de que trata o inciso III, deverá o estabelecimento industrial:

1. emitir Nota Fiscal, relativamente a cada entrada ou a cada aquisição de mercadoria, quando recebida de pessoa ou de estabelecimento não obrigados à emissão de Nota Fiscal;

2. escriturar a operação no livro Registro de Entradas, utilizando as colunas sob os títulos ICMS - Valores Fiscais - Operações ou Prestações com Crédito do Imposto, quando for o caso, com a expressão "Entradas de Alumínio da posição 7601;

3. escriturar o valor do imposto a pagar no livro Registro de Apuração do ICMS, no quadro Débito do Imposto - Outros Débitos, com a expressão Entradas de Alumínio da posição 7601.

Artigo 400-E - Na hipótese de industrialização de alumínio nas formas e posição indicadas no artigo 400-D, por conta e ordem de terceiro, além do cumprimento das obrigações acessórias previstas nos artigos 404 a 408, o imposto será calculado e pago sobre o valor da matéria-prima recebida e sobre o valor total cobrado do autor da encomenda (Convênio AE-15/74, com a alteração dos Convênios ICM-25/81 e ICM-35/82, e Convênio ICMS-34/90):

I - na saída de produto resultante da industrialização em retorno ao estabelecimento autor da encomenda;

II - na saída que, antes do retorno do produto resultante da industrialização ao estabelecimento autor da encomenda, por ordem deste, for promovida pelo estabelecimento industrializador com destino a outro, também industrializador.

Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica quando:

1. o estabelecimento autor da encomenda estiver localizado em outro Estado e a operação esteja amparada por regime especial concedido com a anuência deste Estado, hipótese em que o imposto será calculado e pago sobre o valor total cobrado do autor da encomenda, conforme dispõe o artigo 402;

ADI 3676 / SP

2. o produto resultante da industrialização estiver classificado na posição 7601 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH indicada no artigo 400-D, em hipótese abrangida pelo diferimento previsto neste Capítulo (Transcrição do inc. II, art. 1º, Decreto 49.612/2005, com redação alterada pelo art. 6º do Decreto 49.709/2005, fl. 07).

Sustenta o Autor a contrariedade ao disposto no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal, fundamentando o alegado nos seguintes aspectos: (i) a instituição de incentivos fiscais referentes ao 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 (ICMS), foi realizada com inobservância da exigência de prévia celebração de convênio, também imposta pelos arts. 1º e 2º da LC 24/1975; e (ii) nessa medida, afrontou-se o pacto federativo, praticando-se a denominada guerra fiscal. Observa ainda o Procurador-Geral da República que o inciso II do art. 1º do Decreto 49.612/2005 introduziu norma que estabelece tratamento tributário diferenciado, considerada a localização dos estabelecimentos industriais no Estado de São Paulo.

O caso foi processado segundo o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999.

Em suas informações, o Governador do Estado de São Paulo sustenta não caber a exigência do disposto nos arts. 1º e 2º da LC 24/1975, descabendo se cogitar de violação ao art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal. Oferta as seguintes razões em abono à sua argumentação: (i) a norma impugnada não seria passível de controle em sede de ação direta, possuindo natureza administrativa; (iii) a invocação dos arts. 1º e 2º da LC 24/1975 demanda a confirmação de concessão de vantagem econômica efetiva; e (iv) apoiado no art. 24, art. 150, § 6º, art. 151, inciso I, art. 161, art. 163 e art. 165, § 6º e § 9º, todos da Constituição Federal, não há que se censurar a técnica do diferimento.

A Advocacia-Geral da União sustentou a constitucionalidade do inciso II do art. 1º do Decreto 49.612/2005, entendendo como inexigível

ADI 3676 / SP

prévia celebração de convênio.

A Procuradoria-Geral da República manteve os fundamentos apresentados como iniciais à Ação Direta.

É o relato do essencial.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o *Sistema Tributário Nacional* como a principal diretriz do Direito Tributário, estabelecendo regras básicas regentes da relação entre os Entes Federativos e do Estado/Fisco com o particular/contribuinte, definindo as espécies de tributos, as limitações ao poder de tributar, a distribuição de competências tributárias, as imunidades e possibilidades de isenções e a repartição das receitas tributárias, caracterizando-se, pois, pela rigidez e complexidade (GERALDO ATALIBA. *Hermenêutica e sistema constitucional tributário. Justitia – Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo*, nº 77, p. 121; WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI. *Direito tributário: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 29; PAULO DE BARROS CARVALHO. *Curso de direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 11; VITTORIO CASSONE. *Sistema tributário nacional na nova Constituição*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 16).

A adoção do modelo federativo pela Constituição de 1988 estabeleceu vários princípios, entre eles a necessidade de cada ente federativo possuir uma esfera de competência tributária que lhe garanta renda própria, para o pleno exercício de suas autonomias política e administrativa (ROQUE CARRAZZA. *Curso de direito constitucional tributário*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 303).

Em seu artigo 155, o texto constitucional reservou aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir impostos 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.

Em respeito ao Pacto Federativo, porém, na alínea “g” do inciso XII do § 2º do citado artigo 155, a Constituição Federal reservou à edição de lei complementar a disciplina referente a “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios

ADI 3676 / SP

fiscais serão concedidos e revogados”.

O dispositivo atacado, inciso II do art. 1º do Decreto 49.612/2005 do Estado de São Paulo, estabeleceu que, na incidência do ICMS sobre operações internas com alumínio em formas brutas, alumínio não ligado, ligas de alumínio, inclusive a granalha de alumínio, e quaisquer outras mercadorias classificadas na posição 7601 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, o lançamento tributário correspondente fica diferido para sua saída para outro Estado, sua saída para o exterior ou para sua entrada em estabelecimento industrial que promova a transformação da mercadoria, em suas próprias instalações, para formas acabadas ou semiacabadas classificadas no Capítulo 76 da NBM/SH, exceto as posições 7601 e 7602.

Esta CORTE afasta, contudo, o conceito de diferimento dos de incentivos ou benefícios fiscais, descabendo a invocação dos arts. 1º e 2º da LC 24/1975, e, por consequência, ainda se cogitar de violação ao art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal, isto é, de atenção à exigência de prévia deliberação dos Estados e do Distrito Federal, com formalização de convênio (ADI 2.056, Rel. Min. GIMAR MENDES, Pleno, DJe de 17/8/2007; ADI 3.702, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Pleno, DJe de 30/8/2011; ADI 4.481, Rel. ROBERTO BARROSO, Pleno, DJe de 19/5/2016).

Diante de todo o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.676

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta, nos termos do voto do Relator. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Plenário, Sessão Virtual de 23.8.2019 a 29.8.2019.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário