

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin: Trata-se de referendo em medida cautelar de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) em face das leis goianas que instituem e regulamentam o Fundo Estadual de Infraestrutura (FUNDEINFRA) daquela unidade federativa que tem por principal fonte de custeio (I) “contribuição exigida no âmbito do ICMS” condicionante (a) à fruição de benefício ou incentivo fiscal, (b) regime especial de fiscalização nas exportações e (c) operações sujeitas ao ICMS-ST “para trás”.

Conforme bem lançado relatório da decisão, ora em referendo, é imputado, em primeiro, vício formal de inconstitucionalidade vez que considera ausente *poder de tributar* do Estado de Goiás; considerando tratar-se de espécie tributária alheia ao esquadro constitucional de competências tributárias outorgadas aos estados pela Constituição de 1988.

Imputa, ainda, vulneração à regra constitucional da *noventena* (art. 150, III, “c”); ausência de autorização em Lei Complementar para instituição de condicionante no ICMS-ST; violação à regra constitucional da não vinculação de receita tributária a fundo (art.167, IV); violação a direito adquirido dos contribuintes; mitigação da imunidade do ICMS nas exportações (art.155, §2º, X, a); quebra da igualdade tributária (art.150, II), não-discriminação geográfica (art.152), livre-concorrência e neutralidade tributária (art.170, IV); e, por último, ausência de proporcionalidade de medida de intervenção do estado na esfera privada.

De outro lado, o Estado de Goiás antecipa-se às informações próprias do processo concentrado de controle de constitucionalidade sustentando ausência da legitimidade ativa da autora e, no mérito, refuta os argumentos lançados pela autora dado tratar-se de contribuição facultativa alheia, portanto, ao conceito de tributo (art.3º, CTN), logo, não sujeita aos limites constitucionais ao *poder de tributar* invocados como parâmetro de controle de constitucionalidade citando, a título de precedentes, julgados desse Eg. STF a respeito da cobrança de exação de igual natureza pelos Estados do Mato Grosso (RERE n. 602.492, 613.468/DF, rel. Min. Roberto Barroso, DJ 26 /10/2015; 606.218, Min. Alexandre de Moraes) e Mato Grosso do Sul (ADI 2.056/MS, rel.Min. Gilmar Mendes, DJ 17/8/2007).

Dentre os diferentes fundamentos da pretensão da autora o d. Relator Min. Dias Toffoli concedeu medida cautelar para suspender a eficácia dos

dispositivos que preveem a “contribuição voluntária” ao FUNDEINFRA e seus consectários, considerando, sobretudo, violação ao art.167, IV, da Constituição; ora sujeitando-se tal decisão à referendo perante este Plenário, em ambiente virtual.

É o relatório.

Nesta instância decisória cautelar incumbe a este Plenário avaliar, tão apenas, se presentes os pressupostos para provimento de medida judicial cautelar diante da constatação da eventual presença efetiva dos requisitos para sua concessão, quais sejam: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

No que respeita ao primeiro requisito o Ministro relator Dias Toffoli constrói série concatenada de argumentos em torno da eficácia do art.167, IV, da Constituição, que prevê a regra da não-afetação da receita de impostos que conduzem-o a acolher o pedido acautelatório da autora suspendendo, assim, a eficácia das normas que previam tal exação.

É bem sabido que a concessão de medida cautelar nas ações de jurisdição constitucional concentrada necessita de comprovação de perigo de lesão irreparável (IVES GANDRA MARTINS, Repertório IOB de jurisprudência, n 8/95, p. 150/154, abr. 1995), uma vez tratar-se de exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos são presumidamente constitucionais (ADI 1.155-3/DF, Pleno, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 18/5/2001), conforme ensinamento de PAULO BROSSARD, segundo axioma incontroverso, a lei se presume constitucional. A lei se presume constitucional, porque elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, isto é, por dois dos três poderes, situados no mesmo plano que o Judiciário (A constituição e as leis a ela anteriores. Arquivo Ministério da Justiça. Brasília, 45 (180), jul./dez. 1992. p. 139).

Nesse julgamento de referendo da medida cautelar empreende-se tão somente a análise dos requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para a concessão de medida liminar em sede de controle abstrato de constitucionalidade admite maior discricionariedade por parte do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, com a realização de verdadeiro juízo de conveniência política da suspensão da eficácia (ADI 3401 MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno, decisão: 3/2/2005), pelo qual deverá ser analisada a conveniência da confirmação ou suspensão da liminar cautelar da lei impugnada (ADI 425 MC, Rel. Min. PAULO BROSSARD, Pleno, decisão: 4/4/1991; ADI 467 MC, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, Pleno,

decisão: 3/4/1991), permitindo, assim, alguma subjetividade na análise da relevância do tema, bem assim em juízo de conveniência, ditado pela complexidade que envolve a discussão (ADI 490 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, decisão: 6/12/1990; ADI 508 MC, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, Pleno, decisão: 16/4/1991), bem como da plausibilidade inequívoca e dos evidentes riscos sociais ou individuais, de várias ordens, que a execução provisória da lei questionada gera imediatamente (ADI 474 MC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, decisão: 4/4/1991), ou, ainda, das prováveis repercussões pela manutenção da eficácia do ato impugnado (ADI 718 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, decisão: 3/8/1992), da relevância da questão constitucional (ADI 804 MC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, decisão: 27/11/1992) e da relevância da fundamentação da arguição de inconstitucionalidade, além da ocorrência de *periculum in mora*, tais os entraves à atividade econômica (ADI 173 MC, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Pleno, decisão: 9/3/1990) ou social, bem como, do *periculum in mora* inverso.

No caso ora em exame, ainda em sede de cognição perfunctória, fundada em mero juízo de probabilidade, entendo que AUSENTES os requisitos necessários para a concessão da medida liminar que determinou a suspensão de eficácia das leis goianas que instituem e regulamentam o FUNDEINFRA.

No que respeita ao requisito primeiro para acolhimento do pedido cautelar (*fumu bonis iuris*) impende registrar que este mesmo Eg. STF, em julgamento colegiado, apreciou mecanismo alternativo análogo do FUNDERSUL fixando a época entendimento no sentido de tratar-se de contribuição voluntária; o que ementado nos seguintes termos:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigos 9o a 11 e 22 da Lei n. 1.963, de 1999, do Estado do Mato Grosso do Sul. 2. Criação do Fundo de Desenvolvimento do Sistema Rodoviário do Estado de Mato Grosso do Sul - FUNDERSUL. Diferimento do ICMS em operações internas com produtos agropecuários. 3. A contribuição criada pela lei estadual não possui natureza tributária, pois está despida do elemento essencial da compulsoriedade. Assim, não se submete aos limites constitucionais ao poder de tributar. 4. O diferimento, pelo qual se transfere o momento do recolhimento do tributo cujo fato gerador já ocorreu, não pode ser confundido com a isenção ou com a imunidade e, dessa forma, pode ser disciplinado por lei estadual sem a prévia celebração de convênio. 5. Precedentes. 6. Ação que se julga improcedente. (ADI 2056, Relator(a):

GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 30/05/2007, DJe-082 DIVULG 16-08-2007 PUBLIC 17-08-2007 DJ 17-08-2007 PP-00022 EMENT VOL-02285-02 PP-00365 RTFP v. 15, n. 76, 2007, p. 331- 337)

Oportuno registrar que vigoram vários outros *fundos* estaduais aportados por “contribuições voluntárias” como condicionantes à fruição de incentivos e benefícios fiscais de ICMS, a citar: Rio de Janeiro, Maranhão, Tocantins, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia e Mato Grosso; alguns dos quais já em análise perante este Eg. STF, com destaque para o FETHAB; objeto da ADI n. 6.420, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes, no qual proferido parecer (PGR) assim ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA. HOMOGENEIDADE DA CATEGORIA REPRESENTADA. SANEAMENTO DO ESTATUTO SOCIAL. POSSIBILIDADE. CONTRIBUIÇÃO AO FETHAB. COMPULSORIEDADE. AUSÊNCIA.

NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA. DIFERIMENTO DE ICMS. CONCESSÃO DE REGIME ESPECIAL CONDICIONADO AO RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO. COMPETÊNCIA DE LEI ESTADUAL. CONDICIONAMENTO À IMUNIDADE DO ICMS NA EXPORTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 155, § 2º, X, A DA CONSTITUIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. 1. Admite-se regularização da representação processual ou comprovação de atendimento aos requisitos para ajuizamento de ação de controle de constitucionalidade, desde que antes da decisão de mérito. 2. A contribuição ao FETHAB - Fundo Estadual de Transporte e Habitação, por não ser compulsória, não possui natureza jurídica de tributo, não estando submetida aos limites constitucionais do poder de tributar.

3. Lei estadual pode condicionar o diferimento de ICMS e a concessão de regimes especiais ao recolhimento da FETHAB, por se tratar de matéria de competência estadual, conforme previsão da Lei Complementar 86/97.

4. Não cabe ao ente estatal impor restrição a imunidade tributária estabelecida na Constituição Federal, sendo inconstitucional condicionar a incidência do ICMS sobre exportações ao recolhimento da FETHAB. — Parecer pelo conhecimento da ação direta e pela parcial procedência do

pedido, para ser declarada a inconstitucionalidade da parte final do inciso III do *caput* e do § 1º do art. 8º da Lei 7.263/2000 do Estado de Mato Grosso, com a redação da Lei 10.818/2019.

Nesse cenário jurisprudencial e federativo, considerando os argumentos sustentados pela CNI no sentido da natureza tributária da exação, e refutações trazidas pelo Estado de Goiás pela ausência de compulsoriedade, revela-se inapropriado em sede de juízo perfunctório, inerente ao procedimento cautelar, a definição exata da *natureza jurídica* da exação do FUNDEINFRA, prevista no art.5º, I, da Lei n.21.670/2021; razão pela qual me eximo de denominá-la qualquer que seja seu epíteto: “contribuição facultativa”, “contribuição voluntária”, “adicional de ICMS”, “taxa do agro”, “CIDE estadual” etc.

Se imprópria a definição da *natureza jurídica* da exação em sede deste juízo cautelar, mais inadequado, ainda, *data venia*, sentenciar seu *regime jurídico*; quanto ao menos adotar como parâmetro de controle de constitucionalidade, em sede cautelar, a regra constitucional da não vinculação de receitas públicas prevista no art.167, IV, de tormentosa aplicação na jurisprudência deste Eg. STF.

Em tempos nos quais cada vez mais necessária a manutenção de uma jurisprudência estável, coerente e íntegra (art.926, CPC/15), soa razoável não referendar liminar em ADI que vai de encontro a entendimento anteriormente firmado em situação análoga por meio de decisão colegiada (ADI 2.056/MS, rel.Min. Gilmar Mendes, DJ 17/8/2007) sobre a constitucionalidade de exação em realidade jurídica similar, corroborado por julgamentos de Recursos Extraordinários com origem nos Estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul na mesma direção (RE 613.468/DF, rel. Min. Roberto Barroso, DJ 26/10/2015).

Não obstante, tem-se, ainda que a decisão cautelar, ora em referendo, parte de premissa imprecisa e equivocada ao citar dois precedentes (ADIs n. 3.756/RS e 3.550/RJ) a propósito da aplicação do art.167, IV, que impertinentes para o enfrentamento da questão atinente à exação em questão como condicionante para fruição de incentivos e benefícios fiscais e /ou regime especial de fiscalização e técnica de arrecadação (ICMS-ST).

A fim de melhor compreender a impertinência dos precedentes citados como razões de decidir da cautelar, ora em referendo, tem-se que

apresentar a real eficácia da regra constitucional da não afetação de receitas públicas como parâmetro de controle de constitucionalidade que está a recomendar o não referendo da cautelar liminarmente concedida.

Não se ignora que a jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que condicionar a fruição de incentivos e benefícios fiscais a algum investimento privado, ainda que orientado por uma diretriz constitucional (cultura, desporto, moradia, mobilidade, etc) representa burla indireta à vedação de vincular a arrecadação de impostos a finalidades específicas e não previstas em nível constitucional, nos termos do art. 167, IV, da Constituição Federal (ADI 2.529, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 06.09.2007; ADI 1.750, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 13.10.2006; ADI 2848 MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 02.05.2003; ADI 1.848, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 25.10.2002).

Em análise perfunctória constata-se, a princípio, que a lei goiana hostilizada na presente ADI ao condicionar a fruição de incentivos e benefícios fiscais ao recolhimento do FUNDEINFRA não procede afetação da receita de imposto, na medida em que a relação jurídica tributária permanece incólume, portanto, impertinentes os precedentes citados pelo d. Ministro Dias Toffoli que implicam em créditos para dedução no ICMS devido, logo, moldura fática e legal absolutamente diversas a recomendar, assim, a necessária distinção.

Em manifestação colacionada aos autos o Estado de Goiás traz sucessão de exemplos que evidenciam a não-afetação das receitas do ICMS que recolhidos a conta única do tesouro estadual; não sendo o fato da lei hostilizada prever base de incidência para da exação um dos elementos da base de cálculo do ICMS razão suficiente para abstrair equivocada premissa de vulneração do art.167, IV, da Constituição Federal, como assim se constatou no julgamento das ADIs n. 3.756/RS, rel. Min. Ellen Gracie e 3.550 /RJ, rel.Min.Dias Toffoli).

No julgamento da ADI n. 3756/RS a lei gaúcha outorgava a contribuinte direito de compensação de valor recolhido a determinado fundo/programa estadual de custeio e investimento em ações sociais mediante a concessão de crédito presumido de ICMS; o que, na realidade, correspondia a uma “triangulação” com vistas a ocultar a concessão unilateral de incentivos fiscais à revelia do CONFAZ em um ambiente de “guerra fiscal” que terminava, também, em violação frontal à regra do art.167, IV, da Constituição.

A moldura fática-operacional do caso ora em exame, ainda que em sede de exame perfunctório, não corresponde aquela engenhada pelo Estado do Rio Grande do Sul; o que por si afasta a aplicação do julgado citado que tem seu mérito por (re)estabelecer o federalismo do equilíbrio e a liberdade no orçamento republicano, porém, impertinente para combater a estruturação de um mecanismo alternativo de arrecadação de receitas ainda passível de apreciação definitiva por este Eg. STF.

Com as vênias de estilo ao Ministro-relator entendo que o art.167, IV, da Constituição não possui carga normativa necessária a fim de servir de parâmetro de controle de constitucionalidade suficiente para cautelarmente suspender a eficácia dos dispositivos das leis goianas que, além, de gozar de presunção de constitucionalidade fazem-se amparadas em certa medida por decisões desse Eg. STF proferidas diante de análogas molduras fáticas-normativas desse mecanismo alternativo de arrecadação de receitas pelos estados da federação que teve impulso diante da subtração parcial de sua competência tributária pela União com destaque para as alterações promovidas pelas Leis Complementares n.192 e 194/2022; o que já objeto de um vasto contencioso em controle concentrado perante este Tribunal de Federação (ADPF n.984, rel. Min. Gilmar Mendes; ADIs n. 7.164, 7.181, 7.191, 7.195 rels. Min. Luiz Fux e Min. André Mendonça); sem contar a quase uma dezena de Ações Cíveis Originárias (ACOs) ajuizadas pelos estados em face da União (ACOs n. 3.614/GO, rel. Min.Edson Fachin; 3.586/MA, 3.587/AL, 3.590/SP, 3.591/PI, 3.595/AC, 3.594/MG e 3.601/PE, rel. Min. Alexandre de Moraes).

O cenário de alta litigiosidade instaurado há algum tempo na federação brasileira diante do (des)equilíbrio fiscal federativo evidencia a precariedade das finanças públicas dos entes federados; o que recomenda cautela no exercício da jurisdição na medida em que o alegado *periculum in mora* sustentado pela entidade autora na perspectiva exclusiva de setores de sua categoria econômica pode ocultar um *periculum in mora* inverso.

Não deve se ignorar que diante de um embate de poderes e entes federativos, este Eg. STF encontra-se legitimado a ser árbitro de disputas federativas; mister constitucional esse que recomenda cautela redobrada ao decidir conflitos entre fisco e contribuinte, sobretudo, diante de matérias afeitas ao equilíbrio fiscal federativo; o que se faz presente no caso ora em exame.

Não se trata de acolher argumentos extra-jurídicos no sentido de que o reconhecimento da inconstitucionalidade de determinada exação implicaria

em desequilíbrio orçamentário e/ou ausência de fontes para o custeio de investimentos e/ou políticas públicas, mas ter em conta a atual quadra que o federalismo fiscal brasileiro atravessa de supressão de receitas dos estados e, ainda, alguma instabilidade do *concerto* federativo que deve vigorar no exercício das competências tributárias que, repiso, não devem se dar às custas do contribuinte.

Impende observar que tais questões são macro-jurídicas, logo, inaptas para serem decididas em sede de procedimento cautelar sendo oportuno, ainda, ter em conta que algumas dessas questões federativas já encontram endereçamento, inclusive, mediante práticas consensuais sendo o STF palco desse concerto.

Ainda que, diante da complexidade presente, tais perspectivas sejam alheias a um juízo perfunctório próprio do procedimento cautelar afigura-se presente algum *periculum in mora* inverso sendo crível proceder a completa instrução do presente feito para em juízo de mérito definitivo em rito sumário (art.12, Lei n. 9.868/1999); preferencialmente, em julgamento conjunto às ADIs n. 7.366/GO, rel.Min. Dias Toffoli, n. 6.365/TO, rel.Min. Luiz Fux e n. 7.367/MT, rel.Min. Gilmar Mendes).

Nesta instância processual, considerando a ausência do requisito do *fumus bonis iuris* e a presença de *periculum in mora* inverso, voto no sentido de NÃO referendar a liminar concedida pelo Ministro-relator Dias Toffoli com todas às vênias que lhe são devidas pela decisão ora submetida a este Plenário Virtual

É como voto.