

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE  
4.635 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. CELSO DE MELLO**  
**REQTE.(S)** : GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO  
AMAZONAS  
**INTDO.(A/S)** : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**INTDO.(A/S)** : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO  
PAULO

**EMENTA:** **ICMS.** **“GUERRA FISCAL”.**  
**CONCESSÃO** DE ISENÇÕES,  
INCENTIVOS E BENEFÍCIOS FISCAIS.  
**NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA**  
**RESERVA CONSTITUCIONAL DE**  
**CONVÊNIO** COMO PRESSUPOSTO  
LEGITIMADOR DA OUTORGA, PELO  
ESTADO-MEMBRO OU PELO DISTRITO  
FEDERAL, **DE TAIS** EXONERAÇÕES  
TRIBUTÁRIAS. **PERFIL NACIONAL** QUE  
QUALIFICA A ESTRUTURA JURÍDICO-  
-NORMATIVA DO ICMS. A **EXIGÊNCIA**  
**DE CONVÊNIO INTERGOVERNAMENTAL**  
**COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL**  
**AO PODER DE EXONERAÇÃO**  
**FISCAL** DO ESTADO-MEMBRO/DISTRITO  
FEDERAL EM TEMA DE  
ICMS. **RECEPÇÃO** DA LEI  
COMPLEMENTAR Nº 24/75 **PELA**  
**VIGENTE** ORDEM CONSTITUCIONAL.  
**O SIGNIFICADO DA**  
**IMPRESCINDIBILIDADE DO**  
**CONVÊNIO INTERESTADUAL** NA  
OUTORGA DE ISENÇÕES, INCENTIVOS  
E BENEFÍCIOS FISCAIS REFERENTES

AO ICMS. DOUTRINA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INSTITUIÇÃO DE REGIME DIFERENCIADO DE TRIBUTAÇÃO EM MATÉRIA DE ICMS QUE CULMINA POR INSTAURAR SITUAÇÃO DE APARENTE “COMPETIÇÃO FISCAL INCONSTITUCIONAL” LESIVA AO ESTADO DO AMAZONAS E A SEU POLO INDUSTRIAL. POSSÍVEL TRANSGRESSÃO, PELOS DIPLOMAS NORMATIVOS PAULISTAS, AO ART. 152 DA CONSTITUIÇÃO, QUE CONSAGRA O “PRINCÍPIO DA NÃO-DIFERENCIAÇÃO TRIBUTÁRIA”. PRECEDENTE DO STF. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA “AD REFERENDUM” DO PLENÁRIO.

**DECISÃO:** **Trata-se** de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, que, **ajuizada** pelo Governador do Estado do Amazonas, **objetiva impugnar** as “*normas contidas (i) nos arts. 84-B, II e 112 da Lei n.º 6.374, de 01.03.1989, do Estado de São Paulo; (ii) no inciso XXIII do art. 1º do Decreto Estadual nº 51.624, de 28 de fevereiro de 2007, com a redação dada pelo Decreto nº 57.144, de 18/07/2011, ambos do Estado de São Paulo; (iii) no art. 51 do Decreto nº 45.490 (RICMS/SP), de 30 de novembro de 2000, no que diz com a referência ao art. 26, I, do Anexo II daquele Decreto*” (grifei).

**Os preceitos normativos** ora impugnados **têm** o seguinte conteúdo:

**“Lei nº 6.374/89, do Estado São Paulo:**

**Artigo 84-B** – *No interesse da arrecadação tributária, da preservação do emprego, do investimento privado, do desenvolvimento*

## ADI 4.635 MC / SP

*econômico do Estado e competitividade da economia paulista, bem como para garantia da livre concorrência, o Poder Executivo poderá adotar cumulativamente as seguintes medidas: (Artigo acrescentado pela Lei 13.918, de 22-12-2009; DOE 23-12-2009)*

(...)

### **II – incentivos compensatórios pontuais;**

**Art. 112 – Sempre que outro Estado ou o Distrito Federal conceder benefícios fiscais ou financeiros, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus tributário, com inobservância de disposições da legislação federal que regula a celebração de acordos exigidos para tal fim e sem que haja aplicação das sanções nela prevista, o Poder Executivo poderá adotar as medidas necessárias à proteção da economia do Estado.**

.....  
**Decreto Estadual n.º 51.624/2007, com a redação dada pelo Decreto n.º 57.144/2011, do Estado de São Paulo:**

**Art. 1º – O estabelecimento fabricante que promover saída tributada pelo ICMS dos produtos adiante relacionados, classificados nos seguintes códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado – NBM/SH, poderá optar pelo crédito de importância equivalente à aplicação de 7,0% (sete por cento) sobre o valor de sua operação de saída, em substituição ao aproveitamento de quaisquer créditos:**

(...)

**XXIII – máquinas automáticas de processamento de dados, portáteis, sem teclado, que tenham uma unidade central de processamento com entrada e saída de dados por meio de uma tela sensível ao toque de área superior a 140 cm<sup>2</sup> (**'Tablet' PC**) – 8471.41.90 (**Inciso acrescentado pelo Decreto 57.144, de 18-07-2011, DOE 19-07-2011**)**

.....  
**Decreto n.º 45.490/2000**

**Artigo 51 – Fica reduzida a base de cálculo nas operações ou prestações arroladas no Anexo II, exceto na operação própria praticada por contribuinte sujeito às normas do Regime Especial Unificado de**

## ADI 4.635 MC / SP

*Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – ‘Simples Nacional’, em conformidade com suas disposições (Lei 6.374/89, art. 5º e Lei Complementar nº 123/06). (Redação dada ao artigo pelo Decreto 54.650, de 06-08-2009, DOE 07-08-2009; efeitos a partir de 01-08-2009)*

*Parágrafo único – A redução de base de cálculo prevista para as operações ou prestações internas aplica-se, também:*

*1 – nas saídas destinadas a não-contribuinte do imposto localizado em outra unidade da Federação;*

*2 – no cálculo do valor do imposto a ser recolhido a título de substituição tributária, quando a redução da base de cálculo for aplicável nas sucessivas operações ou prestações até o consumidor ou usuário final.*

(...)

### **ANEXO II – REDUÇÕES DE BASE DE CÁLCULO**

*(Relação a que se refere o artigo 51 deste regulamento)*

(...)

**Artigo 26** (DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL E AGROPECUÁRIO) – *Fica reduzida a base de cálculo do imposto incidente nas saídas internas dos produtos industrializados adiante indicados, realizadas pelo estabelecimento fabricante, de forma que a carga tributária corresponda ao percentual de 7% (sete por cento) (Lei 6.374/89, artigo 112): (Acrescentado o art. 26 pelo inciso I do art. 1º do Decreto 48.112, de 26-09-2003; DOE 27-09-2003, efeitos a partir de 27-09-2003).*

*I – produtos da indústria de processamento eletrônico de dados, fabricados por estabelecimento industrial que estivesse abrangido pelas disposições do artigo 4º da Lei federal 8.248, de 23-10-91, na redação vigente em 13 de dezembro de 2000, e pela redação da a esse artigo pela Lei 10.176, de 11-1-01;” (grifei)*

**Solicitadas, previamente, as informações necessárias** à apreciação do pedido de medida cautelar, **prestaram-nas** o Governador e a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, **defendendo, ambos, a plena constitucionalidade** das normas ora questionadas.

## ADI 4.635 MC / SP

**Ante a relevância** do tema versado **na presente** ação direta, **determinei**, nos termos do art. 10, § 1º, da Lei nº 9.868/99, **a audiência prévia** do eminente Advogado-Geral da União, **que se pronunciou** “*pela concessão parcial da medida cautelar postulada*”.

O Ministério Público Federal, *por sua vez*, **em pronunciamento subscrito** pela ilustre Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, **aprovado** pelo eminente Chefe do Ministério Público da União, Dr. ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS, **ao opinar** na presente sede de fiscalização normativa abstrata, **manifestou-se** em parecer assim ementado:

*“Ação direta de inconstitucionalidade. Arts. 84-B, II, e 112 da Lei 6.374/1989; art. 1º, XXIII, do Decreto 51.624/2007; art. 51 do Decreto 45.490/2000 ‘no que diz com a referência ao art. 26, I, Anexo II daquele Decreto’, e art. 26, I, do Anexo II do Decreto 45.490/2000, todos do Estado de São Paulo. Preliminares. Legitimidade ativa. Ofensa direta à Constituição. Fundamentação do pedido. Mérito. ICMS. Guerra fiscal. Concessão de benefícios fiscais sem prévia celebração de convênio no âmbito do Confaz. Contrariedade aos arts. 152 e 155, § 2º, XII, ‘g’, CR. Parecer pela concessão da medida cautelar para que (i) seja suspensa a eficácia do art. 26, I, do Anexo II do Decreto 45.490/2000 e do art. 1º, XXIII, do Decreto 51.624/2007, ambos do Estado de São Paulo e (ii) seja declarada a nulidade, sem redução do texto, da interpretação dada aos arts. 84-B, II, e 112, da Lei paulista 6.374/1989 segundo a qual é possível a edição de atos normativos que concedam benefícios fiscais relativos ao ICMS sem a prévia celebração de convênio no âmbito do Confaz.” (grifei)*

**Por ser inviável**, no momento, **a submissão imediata** do pleito cautelar **ao Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **em face** do julgamento, *ora em curso*, **da AP** 470/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, **examine** o pedido de provimento liminar, **fazendo-o** “*ad referendum*” do

## ADI 4.635 MC / SP

E. Plenário desta Suprema Corte.

*E, ao fazê-lo, **conheço**, preliminarmente, da presente ação direta, **no que concerne** às normas dispostas **no art.** 1º, inciso XXIII, do Decreto estadual nº 51.624/2007 (na redação dada pelo Decreto estadual nº 57.144/2011), **no art.** 51 do Decreto nº 45.490/2000 (nos termos estabelecidos pelo Decreto estadual nº 54.650/2009) e **no art.** 26, I, do Anexo II deste último Decreto (a este acrescentado pelo Decreto estadual nº 48.112/2003), **eis que** mencionados diplomas infralegais **revestem-se de conteúdo normativo, qualificando-se, em consequência,** como atos estatais **suscetíveis** de controle normativo abstrato de constitucionalidade **perante** o Supremo Tribunal Federal.*

**Tenho para mim** que referidos decretos representam típicos **atos autônomos**, *claramente revestidos de conteúdo normativo, editados* com a finalidade **de instituir**, *de um lado, “regime especial de tributação pelo Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS para contribuintes da indústria de informática” e de aprovar, de outro, o “Regulamento do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – RICMS”.*

**A leitura** de mencionados decretos **permite constatar** *que não foram eles editados para regulamentar, exclusivamente, o que dispõe a Lei estadual nº 6.374, de 01 de março de 1989, pois, além de conterem* prescrições autônomas e absolutamente inovadoras, **que não encontram** qualquer fundamento neste último diploma legislativo, os referidos decretos governamentais **parecem desrespeitar** o quadro normativo delineado **tanto pela Constituição da República quanto por convênios interestaduais celebrados** com apoio no art. 155, § 2º, XII, “g”, do estatuto fundamental e na Lei Complementar nº 24/75, objeto de recepção **pelo vigente** ordenamento constitucional (ADI 902/SP, Rel. Min. CARLOS

## ADI 4.635 MC / SP

VELLOSO), **eis que** tais atos executivos destinam-se a conceder, **em tema de ICMS**, e no ponto ora questionado **na presente** sede de fiscalização normativa abstrata, *“crédito de importância equivalente à aplicação de 7,0% (sete por cento) sobre o valor de sua operação de saída” e redução da “base de cálculo do imposto incidente nas saídas internas de produtos industrializados adiante indicados, realizadas pelo estabelecimento fabricante, de forma que a carga tributária corresponda ao percentual de 7% (sete por cento)”* (grifei).

**Entendo**, desse modo, que os decretos estaduais ora impugnados **qualificam-se, para fins de controle abstrato de constitucionalidade** (RTJ 143/510, Rel. Min. CELSO DE MELLO), como espécies **inteiramente** revestidas de conteúdo normativo.

**De outro lado**, verifico **restar configurado**, na espécie, o requisito da pertinência temática, **que se caracteriza** pela existência **do nexo de afinidade** entre o dever de proteção **que incumbe, no plano institucional**, ao Governador do Estado do Amazonas, **na preservação** dos interesses dessa unidade da Federação, *de um lado*, **e** o conteúdo material dos dispositivos por ele impugnados na presente sede processual.

Com efeito, **existe**, no caso, esse nexo de pertinência temática, **eis que o conteúdo** dos atos normativos ora questionados – **que versam** a concessão, **pelo Estado de São Paulo**, de benefícios fiscais pertinentes ao ICMS – **relaciona-se, de modo direto, com** o interesse do Estado do Amazonas, **eis que, como explicitado** pela douta Procuradoria-Geral da República, *“No caso ora em exame, o requisito é satisfeito pelo simples fato de que a concessão de benefícios fiscais do ICMS, sem a prévia celebração de convênio no âmbito do Confaz, é capaz de causar impactos na economia dos demais Estado da Federação”* (grifei).

**Cabe lembrar**, no ponto, **que a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, **ao interpretar** o alcance da cláusula **inscrita** no art. 103,

## ADI 4.635 MC / SP

**inciso V**, da Carta Política – **e após definir o vínculo de pertinência temática como requisito caracterizador** da própria legitimidade ativa “*ad causam*” dos Governadores de Estado **ou** do Distrito Federal para o processo de controle abstrato de constitucionalidade (**ADI 902/SP**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **ADI 2.157-MC/BA**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **ADI 2.396-MC/MS**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **ADI 2.656/SP**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **ADI 2.747/DE**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **ADI 3.312/MT**, Rel. Min. EROS GRAU) –, **firmou** orientação **no sentido de atribuir, ao Governador de Estado ou do Distrito Federal, qualidade** para agir em sede jurisdicional concentrada, **sempre** que o conteúdo normativo de regra estatal proveniente *de outra* unidade da Federação **provocar discussão** que repercuta, *como sucede na espécie*, sobre a própria economia do Estado-membro **representado** pelo Governador **que ajuíza** a ação direta.

**Cumpr**e enfatizar, *ainda*, por necessário, **que não se registra, no caso**, situação de ofensa **meramente** reflexa ao texto da Constituição Federal, **cuja autoridade** – segundo **sustenta** o Governador do Estado do Amazonas – *teria sido diretamente vulnerada* pelos atos normativos impugnados **na presente** sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

**Diversa** seria a situação, *no entanto*, **se a constatação** da hipótese de conflituosidade com o ordenamento constitucional **exigisse, para caracterizar-se, prévio** confronto **com** qualquer estatuto **de caráter meramente legal**, o que tornaria, *então*, **inadmissível** a própria instauração do controle normativo abstrato, **consoante** diretriz jurisprudencial **assim firmada e exposta** por esta Suprema Corte:

*“**Não se legitima** a instauração do controle normativo abstrato, quando o juízo de constitucionalidade **depende**, para efeito de sua prolação, do **prévio** cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outras normas jurídicas **infraconstitucionais** editadas pelo Poder Público.*”

## ADI 4.635 MC / SP

A ação direta **não pode ser degradada** em sua condição jurídica de instrumento básico de defesa objetiva da ordem normativa inscrita na Constituição. A válida e adequada utilização desse meio processual exige que o exame '**in abstracto**' do ato estatal impugnado seja realizado, **exclusivamente**, à luz do texto constitucional.

Desse modo, a **inconstitucionalidade deve transparecer diretamente do texto do ato estatal impugnado**. A prolação desse juízo de desvalor **não pode nem deve depender**, para efeito de controle normativo abstrato, **da prévia análise de outras espécies jurídicas infraconstitucionais**, para, somente a partir desse exame e num desdobramento exegético ulterior, efetivar-se o reconhecimento da ilegitimidade constitucional do ato questionado."

(RTJ **147/545-546**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

"O confronto do ato questionado com os dispositivos da Carta teria que passar, **primeiramente**, pelo exame **in abstracto** de outras normas infraconstitucionais, **de tal forma que não haveria confronto direto da lei em causa com a Constituição**.

*Não-conhecimento da ação."*

(ADI **1.692/SP**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – grifei)

**Tal, porém, não sucede no caso, pois a vulneração constitucional parece evidenciar-se pelo simples, direto e imediato cotejo entre o teor dos atos ora impugnados e o texto da própria Constituição da República, como bem observado pela douta Procuradoria-Geral da República:**

*"15. Também não merece acolhida a preliminar de ofensa reflexa suscitada pelos requeridos.*

*16. Ao contrário do que sustentado, a concessão de benefício fiscal do ICMS sem a prévia celebração de convênio implica contrariedade ao art. 155, § 2º, XII, 'g', CR, e não à Lei Complementar 24/1975.*

*17. Isto porque a obrigatoriedade de deliberação entre os Estados e o Distrito Federal decorre do próprio texto constitucional. A lei complementar disciplina, apenas, a forma segundo a qual o acordo deve ser celebrado.*

## ADI 4.635 MC / SP

18. *Nesse particular, essa Corte já conheceu de diversas ações diretas cujo fundamento principal é justamente a violação ao art. 155, § 2º, XII, 'g', CR (ADI 2.549, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 209, de 3/11/2011; ADI 4.152, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 181, de 21/9/2011; e ADI 3.794, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 146, de 1º/8/2011, entre muitas outras)."* (grifei)

Igual entendimento é perfilhado pelo Senhor Advogado-Geral da União, cujo pronunciamento, sobre esse específico ponto, **destaca** a adequação do meio processual ora utilizado **e afasta** a alegação *de ofensa reflexa* ao texto constitucional, como suscitada pelo Senhor Governador e pela Augusta Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo:

*"(...) observa-se que a concessão de benefícios fiscais sem a prévia deliberação dos Estados e do Distrito Federal, por meio de convênio no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, segundo alegado na petição inicial, implica ofensa direta ao Texto Constitucional, em especial ao artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea 'g', da Carta Republicana.*

*Isso porque a Lei Complementar nº 24/75 regulamenta, apenas, a forma pela qual 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, decorrendo a indispensabilidade da referida deliberação das unidades federadas, diretamente, do dispositivo constitucional acima referido.*

*Registre-se que esse Supremo Tribunal Federal já conheceu de ações diretas de inconstitucionalidade em que se discutia a compatibilidade de normas estaduais com o disposto no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea 'g', da Carta Republicana. (...)." (grifei)*

**Superadas** *essas questões preliminares* suscitadas **tanto** pela Augusta Assembleia Legislativa **quanto** pelo Senhor Governador do Estado de São Paulo, **passo a analisar** a postulação cautelar ora deduzida **nesta** sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade.

**Eis**, em síntese, **os fundamentos** em que se apoia a pretensão **formulada** pelo Senhor Governador do Estado do Amazonas, **autor** da presente ação direta:

*“No presente caso, conforme se verá na fundamentação, apesar de se estar atacando o conjunto normativo de outra unidade da federação, pretende-se, na verdade, a preservação dos interesses relativos à manutenção das características de área de livre comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais conferidos pelos arts. 40 e 92, do ADCT, à Zona Franca de Manaus, situada na capital do Estado do Amazonas, que está em risco em razão da criação de incentivos fiscais no Estado de São Paulo que não atendem aos preceitos da norma constitucional.*

*É que os incentivos fiscais concedidos pela legislação impugnada, ainda que restritos ao Estado de São Paulo, acabam por criar competição fiscal inconstitucional em relação ao Estado do Amazonas e seu pólo industrial, distorcendo o espírito da Constituição Federal no que respeita às desigualdades regionais, especialmente relacionados à Região Norte e o projeto de desenvolvimento sustentável denominado Zona Franca de Manaus, pois estabelecem competição desigual entre os produtos fabricados em Manaus e aqueles fabricados e comercializados em São Paulo, favorecendo com carga tributária de 0% (zero por cento) o mesmo produto (‘tablet’, no caso específico) que, se fabricado na ZFM, seria taxado a 12 % (doze por cento) de ICMS.*

.....  
*A garantia constitucional, advinda dos arts. 40 e 92, do ADCT, não se dirige, única e exclusivamente, aos incentivos fiscais em si, mas alcança a diferenciação de regime tributário que torne mais vantajoso, sob a ótica fiscal, o desenvolvimento da atividade econômica naquela região do que em outras. Esta diferença no tratamento fiscal é constitucionalmente reputada necessária e adequada para enfrentar outras diferenças inversas que a região*

## ADI 4.635 MC / SP

apresenta **comparativamente** às demais regiões do País (floresta, distância em relação aos mercados consumidores etc.).

.....  
**Observa-se**, portanto, sempre que as questões relativas à Zona Franca de Manaus chegam à apreciação dos Ministros deste Colendo Tribunal, **é reafirmada** a posição expressada no julgamento da liminar na ADIN 310. Ou seja, assenta-se a constitucionalização dos preceitos relativos à ZONA FRANCA DE MANAUS e **rejeita-se a permanência**, na ordem jurídica, **de atos** que excluam ou reduzam os incentivos fiscais da mesma.

.....  
**As normas impugnadas** estabelecem **incentivos fiscais** à produção de 'tablets' por meio de **redução de base de cálculo** e da fixação de um **crédito tributário** que resulta em uma **alíquota efetiva** de ICMS de 0% (zero por cento) quando o produto for fabricado no Estado de São Paulo. **Lado outro**, para o mesmo produto fabricado na ZFM, a alíquota do imposto estadual, quando da entrada do produto, é de 12 % (doze por cento), nos termos do art. 34, § 1.º, item 23 do Regulamento do ICMS de São Paulo, c/c Resolução da Secretaria de Fazenda de São Paulo n.º SF-31, de 30 de junho de 2008.

**O art. 51** do Regulamento do ICMS impugnado (Decreto n.º 45.490/2000) **reduz a base de cálculo** dos itens previstos no **inciso I** do art. 26 do **Anexo II** (onde se insere a produção de 'tablets') de forma a representar carga tributária efetiva de 7%. Por sua vez, o Decreto n.º 51.624/07, com a redação dada pelo Decreto n.º 57.144/11, **concede crédito presumido** de ICMS de 7%.

.....  
**Demonstrado**, portanto, o **tratamento diferenciado** em razão da **origem do produto** e a concessão de benefícios fiscais **sem a oitiva do CONFAZ**, o que, na prática, implica na alíquota de 12% para o produto oriundo da ZFM e de 0% para os fabricados no Estado de São Paulo, o que viola os arts. 152 e 155 da Constituição Federal e arts. 40 e 92 do ADCT.

.....  
**A figura do convênio em matéria de ICMS** – criada pela reforma tributária de 1965 e regulamentada pela Lei

## ADI 4.635 MC / SP

**Complementar n. 24/75** – objetiva impedir a utilização do ICMS como incentivo de cada Estado, procedimento permissivo de disputas entre as Unidades da Federação, pela localização industrial ou na ‘guerra fiscal’ por maior arrecadação. **É que, apesar de ser o ICMS um imposto da competência dos Estados-membros e do Distrito Federal (art. 155, II, CF), tem o mesmo um caráter nitidamente nacional.**

.....  
A interpretação conjunta do art. 150, § 6º, e do art. 155, § 2º, XII, ‘g’, ambos da Constituição Federal, **esclarece que, relativamente ao ICMS, os governos estaduais não podem conceder incentivos e benefícios fiscais unilateralmente**, de forma a causar prejuízo a arrecadação dos demais Estados.

.....  
Assim, a concessão unilateral de benefícios fiscais **relativamente ao ICMS**, pelo Estado de São Paulo, **com fulcro na Lei n.º 6.374, de 01/03/1989, e nos Decretos Estaduais n.º 45.490/00 (RICMS) e n.º 51.624, de 28/02/2007, com a redação dada pelo Decreto n.º 57.144, de 18/07/2011, porque não observada a Lei Complementar 24/75, recepcionada pela CF/88, e sem a celebração de convênio**, apresenta-se manifestamente inconstitucional, **por afronta à norma inscrita no 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da Carta de 1988.**

.....  
**Daí decorre** que os bens de informática, dentre os quais se insere o ‘tablet’, fabricados na Zona Franca de Manaus, e que antes correspondiam a 64,25% da produção nacional (em 2005), representam hoje apenas 17,69% da produção nacional.

.....  
A causa desta distorção é exatamente a existência de incentivos fiscais **não aprovados** pelo CONFAZ, como no presente caso. **O Estado perde competitividade** para a instalação de novas plantas industriais e, pior, tem **inviabilizada a competição** dos produtos aqui já fabricados, com a **taxação diferenciada** e superior aos bens fabricados no Estado de São Paulo. (...).” (grifei)

## ADI 4.635 MC / SP

O Governador do Estado de São Paulo, **ao prestar as informações que lhe foram requisitadas, defendeu a plena validade constitucional** das normas impugnadas, **enfatizando** que a edição desses atos estatais decorreu do legítimo exercício, *pelo Estado de São Paulo, da plena competência* de que dispõe **para legislar** sobre matéria tributária, **notadamente** no que concerne à concessão, *mesmo em tema de ICMS – e independentemente* de sua veiculação em convênio interestadual **ou** de sua autorização pela lei complementar a que se refere o art. 155, § 2º, XII, “g”, da Carta Política –, **dos correspondentes** benefícios de ordem tributária.

A **posição sustentada** pelo Senhor Governador e pela Augusta Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo **antagoniza-se**, *de modo frontal, com a tese exposta* pelo Senhor Governador do Estado do Amazonas, **eis que os órgãos** de que provieram as normas paulistas ora impugnadas **salientam** que *“a autorização conferida pelos arts. 84-B e 112 da Lei estadual nº 6.374/89 ao Chefe do Executivo para adotar as providências neles delineadas encontra-se em consonância com o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei Complementar nº 24/75” e que “os artigos 84-B e 112, da Lei estadual nº 6.374/89, não afrontam a Constituição Federal. Caracterizam-se, isto sim, como normas de estrutura ou de produção normativa”*.

Esse **dissídio** *bem evidencia* o relevo jurídico do tema ora *“sub examine”*, **pois o eventual** acolhimento da tese **defendida** pelo Governador e pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo **implicaria**, *aparentemente*, o reconhecimento de ampla e irrestrita competência exonerativa dos Estados-membros **em tema** de ICMS.

O Ministério Público Federal, **em pronunciamento** da douta Procuradoria-Geral da República, **ao opinar** *pela concessão* do provimento cautelar ora postulado pelo autor **da presente** ação direta, **vislumbrou**, com apoio **em fundadas razões** de ordem jurídico-constitucional, **ofensa** ao art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g” (**que legitima**, em tema de ICMS, a *reserva constitucional de convênio*), **e** ao art. 152 (**que veda a discriminação**

## ADI 4.635 MC / SP

tributária em razão da origem ou do destino), **ambos** da Constituição da República:

*“25. Superadas as preliminares, a medida cautelar deve ser concedida.*

*26. O art. 155, § 2º, XII, ‘g’, da Constituição da República 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. A disciplina da matéria está contida na Lei Complementar 24/1975, cuja recepção pela Constituição de 1988 foi reconhecida por esta Corte em diversas ocasiões.*

*27. Nesse sentido, embora seja tributo da competência estadual e distrital, o ICMS recebe conformação nacional pela Lei Complementar 27/1975, que estabelece a **prévia celebração** de convênio como condição para a concessão de benefícios fiscais. **Trata-se de exigência** que tem por objetivo evitar a prática de guerra fiscal, **que, em última análise, provoca** a desestruturação do próprio pacto federativo, **mediante** o exorbitante favorecimento do ente público desonerador, **em prejuízo** aos demais entes da Federação.*

.....  
*30. **Outro não é o entendimento** do Supremo Tribunal Federal, **que possui jurisprudência pacífica** no sentido da **inconstitucionalidade** da concessão de benefícios fiscais **relativos** ao ICMS **sem prévia** celebração de convênio entre os Estados e o Distrito Federal nos termos da Lei Complementar 24/1975. (...).*

.....  
*31. **Nesse contexto**, o art. 26, I, do Anexo II do Decreto 45.490/2000, e o art. 1º XXIII, do Decreto 51.624/2007 **violam** o comando do art. 155, § 2º, XII, ‘g’, CR.*

*32. **Isso porque, sem que haja convênio** celebrado entre os Estados e o Distrito Federal no âmbito do Confaz, **os dispositivos permitem a redução da base de cálculo** na fabricação e comercialização de ‘tablets’, **de forma que a carga tributária seja equivalente a 7% (sete por cento), e concedem crédito presumido de iguais 7% (sete por cento) relativo** ao ICMS incidente sobre*

*produtos da indústria de informática fabricados por empresas que investirem em atividades de pesquisa e desenvolvimento em tecnologia da informação.*

33. **Ressalte-se que a concessão** dos referidos benefícios **é confirmada** pelo requerido ao afirmar que '(...) foram concedidos incentivos à produção de 'tablets' (computadores portáteis), por meio da redução da base de cálculo e fixação de crédito presumido de ICMS (...) (fl. 32 da **Petição 74.583/2011**).

34. **A inconstitucionalidade é verificada** também em relação aos arts. 84-B, II, e 112 da Lei 6.374/1989.

35. **Entre as diversas interpretações** que podem ser persuasivamente atribuídas a esses dispositivos, **está a autorização** para que o Governador edite atos normativos que, **sem a prévia celebração** de convênio no âmbito do Confaz, **concedam** benefícios fiscais relativos ao ICMS **de modo a reagir** a igual postura assumida por outra unidade da federação.

36. **Essa interpretação é fundamento** dos dispositivos infralegais ora impugnados, **conforme apontam tanto o requerente quanto o Governador do Estado de São Paulo**.

37. **Nesse ponto, o requerido assevera ser necessário** 'reconhecer a postura 'reativa' do Estado de São Paulo, que, com apoio na legalidade, visa apenas eliminar desequilíbrios concorrenciais decorrentes de normas tributárias inconstitucionais (...) ( ... - fl. 35 da Petição 74.583/2011).

38. **Ao analisar questão semelhante, esta Corte consignou** que 'o propósito de retaliar preceito de outro Estado, inquinado da mesma balda, não valida a retaliação: inconstitucionalidades não se compensam' (**ADI-MC 2.377/MG**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) (...).

39. **É necessário, portanto, declarar a nulidade, sem** redução de texto, **da norma contida** nos arts. 84-B, II, e 112 da Lei 6.374/1989, **a qual permite ao Governador a edição** de atos normativos **que concedam** benefícios fiscais relativos ao ICMS **sem a prévia celebração** de convênio no âmbito do Confaz.

40. **De mais a mais, o art. 26, I, do Anexo II do Decreto 45.490/2000, contraria também o art. 152 da**

## ADI 4.635 MC / SP

*Constituição da República, uma vez que confere tratamento privilegiado às operações com produtos da indústria de processamento eletrônico de dados fabricados no Estado de São Paulo, em comparação ao tratamento dispensado às mesmas operações provenientes de outras unidades da federação.*

.....  
42. No mais, não se verifica a alegada ofensa aos arts. 40 e 92 do ADCT, pois as normas impugnadas não implicam a mitigação do regime diferenciado a que está submetida a Zona Franca de Manaus.”  
(grifei)

O eminente Advogado-Geral da União, por sua vez, **também reconheceu a existência, na espécie, de vulneração** às prescrições constitucionais **que proclamam, de um lado, a indispensabilidade** de prévia celebração de convênio intergovernamental, **para efeito de válida concessão** de isenções, incentivos e benefícios fiscais em matéria de ICMS (CF, art. 155, § 2º, XII, “g”), **e, de outro, que vedam tratamento discriminatório**, em sede tributária, em razão da procedência ou da destinação de bens e serviços de qualquer natureza (CF, art. 152).

**Tenho para mim**, em sede de estrita deliberação, **que se reveste** de plausibilidade jurídica a pretensão cautelar ora deduzida pelo Senhor Governador do Estado do Amazonas, **considerando, para tanto**, os substanciosos fundamentos **expendidos** pela douta Procuradoria-Geral da República e pelo eminente Senhor Advogado-Geral da União.

**Com efeito**, as normas legais em questão, **ao possibilitarem a interpretação** de que o Poder Executivo estadual **estaria autorizado** a conceder, em caráter provisório, mediante decreto específico, **e independentemente** de deliberação do CONFAZ, benefícios fiscais ou financeiros que importem em redução ou em exclusão do ICMS, **nos casos em que se identifique**, a juízo **exclusivo** do Governador, “interesse da arrecadação tributária, da preservação do emprego, do investimento privado, do desenvolvimento econômico do Estado e competitividade da economia

## ADI 4.635 MC / SP

*paulista, bem como para garantia da livre concorrência” (art. 84-B, II), **ou** “Sempre que outro Estado ou o Distrito Federal conceder benefícios fiscais ou financeiros, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus tributário, com inobservância de disposições da legislação federal (...)” (art. 112), **parecem transgredir**, notadamente, as cláusulas inscritas no art. 152 e no art. 155, § 2º, XII, “g”, ambos da Constituição da República.*

**Daí a proposta** formulada pela douta Procuradoria-Geral da República **de que se declare “a nulidade, sem redução de texto, da norma contida nos arts. 84-B, II, e 112 da Lei 6.374/1989”, em ordem a excluir qualquer possibilidade interpretativa** que busque legitimar concessões unilaterais de isenções, incentivos e benefícios fiscais **referentes** ao ICMS, **independentemente do prévio convênio intergovernamental a que alude** o art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição, **e** cuja celebração continua a ser regida pela Lei Complementar nº 24/75.

**Impõe-se destacar, neste ponto, e mais expressivamente** no que concerne aos atos normativos veiculados no **Decreto** nº 45.490, de 30 de novembro de 2000, **e** no **Decreto** nº 51.624, de 28 de fevereiro de 2007, **ambos editados** pelo Senhor Governador do Estado de São Paulo, **que o tema concernente** à exoneração tributária em matéria de ICMS, **mediante deliberação autônoma e unilateral do Estado-membro, tem constituído** matéria apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados.

**Todos sabemos** que o poder de exonerar **constitui** derivação do poder de tributar, de tal modo que, **ausente este, torna-se inviável** o exercício da competência **para definir** hipóteses de isenção **ou** de não incidência das espécies tributárias em geral.

**Tratando-se do ICMS – e tal como unanimemente enfatizado** pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal **no julgamento da ADI 930-MC/MA**, Rel. Min. CELSO DE MELLO –, **a Constituição** delineou-lhe, **no que concerne** ao exercício, pelo Estado-membro, de sua competência exonerativa, um regime

## ADI 4.635 MC / SP

jurídico-tributário próprio e estrito, com disciplina normativa **exorbitante** daquela peculiar às **demais** espécies tributárias.

O **tratamento uniforme** que o legislador constituinte buscou dispensar ao ICMS **encontra justificção** no magistério de SACHA CALMON NAVARRO COELHO (“**Revista Jurídica Mineira**”, vol. 96/69, 82, Jul-Ago/1992), que, **ao versar** esse específico aspecto do tema, **observa**:

*“O ICM, por ser (...) um imposto nacional que difunde os seus efeitos pelo território inteiro do país, em razão, principalmente, do seu caráter não cumulativo, viu-se – imposto deveria ser da União – na contingência de ser retalhado em termos de competência impositiva entre os diversos Estados-Membros da Federação, o que antecipou sérias dificuldades no manejo do gravame que deveria ter ‘perfil nacional’ uniforme. A consequência foi o massacre da competência estadual, já que o imposto teve que se submeter a um regramento unitário pela União através de leis complementares e resoluções do Senado. E, para evitar políticas regionais autônomas e objetivos extrafiscais parainfados pelos Estados de ‘per se’, foram ideados os convênios de Estados-Membros, espécie de convívio forçado em que um só podia fazer o que os demais permitissem ou tolerassem.” (grifei)*

Isso **significa** que o Estado-membro **sofre** importantes restrições de índole constitucional **no que concerne** ao regramento peculiar ao ICMS, **notadamente** quanto ao uso das técnicas de exoneração tributária.

O **perfil nacional** peculiar à estrutura jurídico-normativa do ICMS – **que impõe** expressivas limitações à competência impositiva do Estado-membro no tratamento legislativo dessa espécie tributária – **foi bem realçado** em magistério expendido por RUY BARBOSA NOGUEIRA (“**Curso de Direito Tributário**”, p. 135/136, 14<sup>a</sup> ed., 1995, Saraiva):

*“Se, como já referimos, essa disciplinação constitucional desse imposto estadual é excessivamente pormenorizada, procurando*

## ADI 4.635 MC / SP

*impedir a chamada guerra tributária, pode-se ainda observar que, entre Estados, esse imposto continua, em seus traços fundamentais, prefigurado no texto e contexto da Constituição e de sua legislação complementar. Neste sentido, as últimas disposições desta seção sobre o ICMS reforçam certas observações, pois o item XII estabelece que 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.*

*Reservando à lei complementar, que é de caráter nacional, dispor sobre todos esses itens básicos do ICMS, vê-se que a Constituição Federal previu a maior concentração e unificação da disciplina desse imposto que, embora pertença aos Estados e ao Distrito Federal, é prioritariamente regido por legislação nacional, por deliberação conjunta dos Estados e do Distrito Federal, pouco restando à criatividade legislativa dos Estados, de 'per si'." (grifei)*

**A Carta Política, consoante ressaltado, prescreve, em seu art. 155, § 2º, XII, "g", que se inclui no domínio normativo da lei complementar nacional – lei esta que se acha inscrita na esfera de competência da União Federal – a regulação da forma como isenções, incentivos e benefícios fiscais poderão ser concedidos e revogados por deliberação dos Estados-membros.**

**Essa norma constitucional, 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 ("Lei Complementar – Teoria e Comentários", p. 87, 1985, Saraiva), que, ao**

## ADI 4.635 MC / SP

**analisar**, no regime constitucional anterior, regra de conteúdo semelhante ao da cláusula referida, **acentuou**:

*“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 mercado dos outros mediante a liberação desse imposto.” (grifei)*

Esse propósito teleológico visado pelo legislador constituinte com a norma inscrita no art. 155, § 2º, XII, “g”, da Carta Política levou o Pleno do Supremo Tribunal Federal a conceder medida cautelar suspensiva da eficácia de ato normativo editado pelo Estado de São Paulo, quando do julgamento da ADI 902/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, cujo voto, nas passagens mais expressivas, após destacar a imprescindibilidade do convênio interestadual como veículo legitimador da concessão de isenção e de benefícios fiscais em tema de ICMS e reconhecer a recepção, pelo vigente ordenamento constitucional, da Lei Complementar nº 24/75, assim analisou a questão jurídica ora renovada na presente sede processual:

*“Dispõe o artigo 155, parágrafo 2º, inciso XII, alínea ‘g’, da Constituição Federal, que à lei complementar cabe regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. A norma é de abrangência maior, no que cogita não apenas de isenções, mas também de incentivos e benefícios fiscais. Não se trata de inovação da Carta de 1988, razão pela qual, ao menos de início, deixo de evocar o que se contém no artigo 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ressaltando, no entanto, que o preceito respectivo também cuida de convênio a ser celebrado pelos Estados.*

*Na espécie, o que se nota é que, mediante decreto, o Estado de São Paulo introduziu benefício fiscal que tem inegável repercussão*

na política de incentivo de outros Estados, **objetivando** à manutenção e o alargamento do próprio parque industrial.

.....  
Quanto à relevância do tema, constata-se que se relegou a plano secundário a necessidade de o benefício estar disciplinado, no tocante às linhas gerais, e nestas situa-se o convênio, à lei complementar. O risco decorre da desigualdade estabelecida e, portanto, da possibilidade de prejuízo para o Estado do Paraná, relativamente à extensão do respectivo parque industrial.” (grifei)

Esse **mesmo** entendimento jurisprudencial **firmou-se** em julgamento que, **emanado** do Plenário desta Suprema Corte, **restou consubstanciado** em acórdão assim ementado:

**“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INEXISTÊNCIA DE PRAZO DECADENCIAL – ICMS – CONCESSÃO DE ISENÇÃO E DE OUTROS BENEFÍCIOS FISCAIS, INDEPENDENTEMENTE DE PRÉVIA DELIBERAÇÃO DOS DEMAIS ESTADOS-MEMBROS E DO DISTRITO FEDERAL – LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DO ESTADO-MEMBRO EM TEMA DE ICMS (CF, ART. 155, 2º, XII, ‘G’) – NORMA LEGAL QUE VEICULA INADMISSÍVEL 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 está 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 explícita 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 República 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 À GUERRA TRIBUTÁRIA ENTRE OS ESTADOS-MEMBROS**: O legislador constituinte republicano, com o propósito de impedir a ‘guerra tributária’ 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 República, **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 Estados-membros e o Distrito Federal, **sempre após deliberação conjunta**, poderão, por ato próprio, conceder e/ou revogar isenções, incentivos e benefícios fiscais.

**CONVÊNIOS E CONCESSÃO DE ISENÇÃO, INCENTIVO E BENEFÍCIO FISCAL EM TEMA DE ICMS**: A celebração dos convênios interestaduais constitui pressuposto essencial à 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 tributária 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

## ADI 4.635 MC / SP

*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 políticas 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 tributária pertinente ao ICMS.*

**MATÉRIA TRIBUTÁRIA E DELEGAÇÃO LEGISLATIVA:**  
*A outorga de qualquer subsídio, isenção ou crédito presumido, a redução da base de cálculo e a concessão de anistia ou remissão em matéria tributária só podem ser deferidas mediante lei específica, 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/PA, Rel. Min. CELSO DE MELLO)*

**Vale referir**, para efeito de mero registro, o fato de que os arts. 2º, § 2º, e 4º da LC nº 24/75, que exigem concordância unânime de todos os Estados-membros e do Distrito Federal, para efeito de concessão de isenções, reduções de base de cálculo e, ainda, demais benefícios tributários em matéria de ICMS, estão sendo questionados, nesta Corte, mediante ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 198/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI), na qual se sustenta ofensa ao art. 1º da Constituição da República, bem assim aos postulados da “autonomia dos Estados federados”, da “supremacia da vontade da maioria”, do princípio federativo, do princípio democrático e do princípio da proporcionalidade.

**Mostra-se importante lembrar**, no entanto, que a jurisprudência desta Corte Suprema, ao pronunciar-se sobre a necessária observância da reserva constitucional de convênio, tem reafirmado, em sucessivas decisões,

## ADI 4.635 MC / SP

que ofende a cláusula inscrita no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição a concessão unilateral, por parte de Estado-membro, sem anterior convênio interestadual, de **quaisquer** benefícios tributários **relacionados** ao ICMS, **tais como**, *exemplificativamente*, (a) concessão de isenções (**ADI 260/SC**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **ADI 286/RO**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **ADI 1.247/PA**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **ADI 1.308/RS**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **ADI 1.522-MC/RJ**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – **ADI 2.155-MC/PR**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – **ADI 2.376/RJ**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **ADI 2.377-MC/MG**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **ADI 2.439/MS**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **ADI 2.688/PR**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – **ADI 3.312/MT**, Rel. Min. EROS GRAU – **ADI 3.702/ES**, Rel. Min. EROS GRAU – **ADI 3.794/PR**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA); (b) reduções de base de cálculo (**ADI 84/MG**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **ADI 2.548/PR**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **ADI 4.152/SP**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **ADI 4.457/PR**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO); (c) reduções de alíquota (**ADI 1.587/DE**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – **ADI 2.021-MC/SP**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **ADI 3.246/PA**, Rel. Min. AYRES BRITTO – **ADI 3.413/RJ**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **ADI 3.674/RJ**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **ADI 3.936-MC/PR**, Rel. Min. ROSA WEBER); (d) outorga de créditos presumidos (**ADI 902-MC/SP**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **ADI 1.999-MC/SP**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – **ADI 2.157-MC/BA**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **ADI 2.352-MC/ES**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **ADI 2.458-MC/AL**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **ADI 3.664/RJ**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **ADI 3.803/PR**, Rel. Min. CEZAR PELUSO); (e) dispensa de obrigações acessórias (**ADI 2.906/RJ**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO); (f) diferimento do prazo para pagamento (**ADI 1.179/SP**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO) e (g) cancelamentos de notificações fiscais (**ADI 2.345/SC**, Rel. Min. CEZAR PELUSO), *dentre outros precedentes*.

Tudo o que vem de ser exposto **concorre** para o reconhecimento do **indiscutível** relevo jurídico do pedido, **tanto mais quando se tem**

## ADI 4.635 MC / SP

**presente** que a doutrina, **ao analisar** o tema da exoneração tributária em matéria de ICMS, **não prescinde**, *qualquer que seja o veículo de exteriorização da competência isencional*, **da prévia e necessária celebração** de convênio entre os Estados-membros. **Assim**, para AURELIO PITANGA SEIXAS FILHO (“**Teoria e Prática das Isenções Tributárias**”, p. 73, 1989, Forense):

*“Visando a impedir uma ‘guerra fiscal’ entre os Estados, a concessão e a revogação de isenções e de quaisquer incentivos ou benefícios fiscais dependem de deliberação conjunta dos Estados e do Distrito Federal, através de convênios como exigia o art. 23, § 6º, da Constituição de 67/69, e que, de acordo com a Carta de 1988, deverá ser regulada por uma lei complementar, conforme o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea ‘g’.” (grifei)*

**Cabe lembrar**, tal como anteriormente assinalado, **que a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem censurado a validade constitucional** de leis, decretos e outros atos normativos **pelos quais** os Estados-membros, **sem** prévia celebração de convênio interestadual, **têm concedido** isenções, incentivos e benefícios fiscais **em matéria** de ICMS, **o que permite invocar**, no caso, **alguns dos muitos** precedentes firmados pelo Plenário desta Corte Suprema, **em situações normativas** que virtualmente se identificam com a ora em exame, em que as regras impugnadas – **tal como observou** a douta Procuradoria-Geral da República – “(...) **permitem a redução da base de cálculo na fabricação e comercialização de ‘tablets’, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7% (sete por cento), e concedem crédito presumido de iguais 7% (sete por cento) relativo ao ICMS incidente sobre produtos da indústria de informática fabricados por empresas que investirem em atividades de pesquisa e desenvolvimento em tecnologia da informação**”:

*“ICMS – Crédito presumido nas operações de saída de produtos resultantes de abate.*

## ADI 4.635 MC / SP

*Relevância da contestação desse benefício, perante o disposto nos artigos 155, § 2º, XII, 'g' e 150, § 6º (cláusula final).*

*Medida cautelar deferida."*

**(ADI 1.999-MC/SP, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – grifei)**

*"2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Decreto nº 52.381/2007, do Estado de São Paulo. Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Benefícios fiscais. Redução de base de cálculo e concessão de crédito presumido, por Estado-membro, mediante decreto. Inexistência de suporte em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, nos termos da LC 24/75. Expressão da chamada 'guerra fiscal'. Inadmissibilidade. Ofensa aos arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inc. XII, letra 'g', da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. Não pode o Estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio intergovernamental no âmbito do CONFAZ."*

**(ADI 4.152/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO – grifei)**

**Nem se pretenda** justificar a legitimidade constitucional dos atos questionados **mediante** a alegação de que o Estado de São Paulo **teria assim agido** com o objetivo **de assumir** "postura reativa", **para**, em função desta, "(...) *eliminar desequilíbrios concorrenciais decorrentes de normas tributárias inconstitucionais*", **como sustentado**, *sem razão*, pelo Senhor Governador do Estado de São Paulo (**item 83** de suas *Informações*).

**Quanto a esse específico aspecto, cabe rememorar** julgamento desta Suprema Corte que repudiou semelhante conduta, **advertindo** que "(...) o propósito de retaliar preceito de outro Estado, inquinado da mesma balda, não valida a retaliação: inconstitucionalidades não se compensam" (**ADI 2.377-MC/MG, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE**).

## ADI 4.635 MC / SP

Há a considerar, ainda, a **controvérsia** sob a égide do art. 152 da Constituição da República, **que veda** tratamentos tributários discriminatórios **em razão** da procedência **ou** da destinação de bens e serviços de qualquer natureza.

Os atos estaduais em questão parecem também haver transgredido a ordem constitucional sob o aspecto ora destacado, **o que permite invocar, em desabono** de referidos atos **editados** pelo Estado de São Paulo, **precedente** específico do Supremo Tribunal Federal:

**“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 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/RJ, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Pleno – grifei)**

**Finalmente**, e uma vez reconhecida a indiscutível plausibilidade jurídica da tese (“*fumus boni juris*”), **cumprido ter presente que resulta evidenciado, na hipótese, o requisito** do “*periculum in mora*”, **em face da irrecusável** repercussão econômico-financeira **provocada** pelas ora questionadas regras concessivas de **unilateral** exoneração tributária de ICMS.

## ADI 4.635 MC / SP

A **própria disciplina nacional** conferida pela Constituição ao ICMS, **rompida** pela concessão isolada e unilateral de exoneração fiscal ora impugnada, **torna imperioso** que se outorgue o provimento cautelar ora pleiteado.

**Sendo assim**, e nos termos do parecer da douta Procuradoria-Geral da República, **concedo**, “*ad referendum*” do E. Plenário desta Suprema Corte, o provimento cautelar **requerido**, *para suspender*, **até final** julgamento **da presente** ação direta, a eficácia, a execução **e** a aplicabilidade do art. 26, I, do Anexo II do Decreto nº 45.490/2000 (**acrescentado** pelo Decreto estadual nº 48.112/2003) e do art. 1º, XXIII, do Decreto nº 51.624/2007, **na redação dada** pelo Decreto nº 57.144, de 18/07/2011, **ambos** do Estado de São Paulo, **sustando**, *ainda*, **cautelaramente**, sempre “*ad referendum*” do Plenário do Supremo Tribunal Federal, **qualquer** interpretação que, **fundada** nos arts. 84-B, II, **e** 112, **ambos** da Lei paulista nº 6.374/89, **torne possível** a edição de atos normativos, **por parte** do Estado de São Paulo e de seu Governador, **que outorguem** benefícios fiscais **ou** financeiros, **bem assim** incentivos compensatórios pontuais, **dos quais resulte** redução **ou** eliminação, *direta ou indireta*, do respectivo ônus tributário, **em matéria** de ICMS, **sem que tais medidas sejam precedidas** *da necessária celebração de convênio no âmbito do CONFAZ*.

**Comunique-se** a presente decisão ao autor desta ação direta, ao Senhor Governador do Estado de São Paulo **e** à Augusta Assembleia Legislativa dessa mesma unidade da Federação.

Publique-se.

Brasília, 22 de outubro de 2012.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator