



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, usando da prerrogativa que lhe é assegurada pelo artigo 103, inciso V, da Carta Política nacional, bem como pelo artigo 2º, V da Lei 9.868/1999, vem, respeitosamente, a Vossa Excelência, perante este Egrégio Tribunal, nos moldes previstos pelo artigo 102, inciso I, alíneas “a” e “p” da mesma Constituição Federal, propor:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
com pedido de medida cautelar**

relativamente aos dispositivos inseridos em Decretos do Estado do Espírito Santo, adiante enumerados, e pelas razões a seguir enunciadas.



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

I – DA LEGITIMIDADE E DA RAZÃO DA ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

1. O artigo 103 da Constituição Federal comete ao Governador do Estado, dentre outras autoridades de comando da Administração Pública, o dever político de preservar a ordem constitucional, reservando-lhe iniciativa para propor ação de inconstitucionalidade prevista no artigo 102, I, “a”, no capítulo que discrimina a competência do Supremo Tribunal Federal, como órgão supremo da defesa da ordem jurídica e política do Estado Brasileiro.

1.1. O teor de referido artigo constitucional foi reproduzido pelo art. 2º, V da Lei 9.868/99, que cuida do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

1.2. Assim, a argüição de entendida inconstitucionalidade irrogada aos preceitos legais ora apresentados mostra-se como legítimo exercício do dever de defesa da unidade federativa, da autonomia do Estado e do direito do povo.

II - DOS ATOS IMPUGNADOS - A NORMA E SEUS EFEITOS

2. O Estado do Espírito Santo, por meio de intrincada permissão legal, alterou o regulamento do ICMS e instituiu a possibilidade de estorno de débito do imposto ao estabelecimento comercial atacadista, em relação às suas saídas interestaduais, destinadas a comercialização ou industrialização, do percentual equivalente a trinta e três por cento, de forma que, após a utilização dos créditos correspondentes do período, a carga tributária resulte em um por cento.



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

2.1. Assim, objetiva-se, com a presente ação direta de inconstitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos:

DECRETO 1.090-R, de 25 de outubro de 2002:

(...)

Seção XI-B

Das Operações Realizadas por Estabelecimento Comercial Atacadista (Efeitos a partir de 01/08/2008 – Introduzida pelo art. 2º do Dec. nº 2.082, e 27/06/2008)

Art. 530-L-R-B. O estabelecimento comercial atacadista estabelecido neste Estado poderá, a cada período de apuração, estornar, do montante do débito registrado em decorrência de suas saídas interestaduais, destinadas a comercialização ou industrialização, o percentual equivalente a trinta e três por cento, de forma que, após a utilização dos créditos correspondentes apurados no período, a carga tributária efetiva resulte no percentual de um por cento.

§ 1.º O estabelecimento que optar pela adoção dos procedimentos previstos neste artigo deverá:

I - proceder à apuração do imposto incidente sobre as operações interestaduais, em separado; e

II - destinar, ao fomento de atividades sociais ou culturais, valor adicional equivalente a dez por cento do saldo devedor apurado no período, em relação às operações de que trata o caput, de acordo com as condições estipuladas em contrato de competitividade firmado com a Sedes. (Efeitos a partir de 01/09/2008- Redação dada pelo art. 1º do Dec. nº 2.098-R, de 21/07/2008);

§ 2.º O crédito relativo às aquisições das mercadorias que tenham sido objeto das operações de que trata o caput fica limitado ao percentual de sete por cento.

§ 3.º O disposto neste artigo não se aplica às operações:

(Renumeradas as alíneas “a” a “d” em incisos I a IV pelo Decreto n.º 2.433-R, de 24.12.09, efeitos a partir de 29.12.09)

I - com café, energia elétrica, lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos, derivados ou não de petróleo, e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação;

II - que destinem mercadorias ou bens a consumidor final, exceto às empresas cuja atividade econômica principal seja construção civil, hospitais ou prestadores de serviços de transporte; (Efeitos a partir de 27/08/2012- Redação dada pelo art. 1º do Dec. nº 3.082-R, de 24/08/2012);

III - sujeitas ao regime de substituição tributária; ou

IV - com mercadorias importadas ao abrigo da Lei n.º 2.508, de 1970; (Efeitos a partir de 01/09/2008- Redação dada pelo art. 1º do Dec. nº 2.098-R, de 21/07/2008);

V – Revogado;



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

VI - com mercadorias importadas, oriundas de outras unidades da Federação. (Efeitos a partir de 04/05/2011- Incluído pelo art. 1º do Dec. nº 2.749-R, de 06/05/2011);

VII - com cacau e pimenta do reino in natura e couro bovino. (Efeitos a partir de 21/11/2011- Incluído pelo art. 1º, II do Dec. nº 2.894-R, de 18/11/2011).

§ 4º Para efeito de cálculo do imposto devido, de acordo com a regra prevista no caput, o estabelecimento deverá: (Efeitos a partir de 01/09/2008- Redação dada pelo art. 1º do Dec. nº 2.098-R, de 21/07/2008);

I - proceder à apuração do imposto incidente sobre as operações interestaduais, em separado, considerando a carga tributária normal, de modo que:

a) seja indicado o percentual correspondente às saídas tributadas interestaduais, em relação ao total das saídas tributadas promovidas pelo estabelecimento;

b) o percentual encontrado na forma da alínea a, seja aplicado sobre o montante total do crédito registrado pelo estabelecimento;
e

c) o valor encontrado de acordo com a alínea b seja:

1. deduzido do valor do crédito total registrado pelo estabelecimento, no período de apuração, e

2. utilizado como crédito para efeito da apuração de que trata este artigo; e

II - caso o estorno do débito e a utilização dos créditos previstos neste artigo, não resultem em carga tributária efetiva equivalente ao percentual de um por cento, o contribuinte poderá efetuar estorno adicional, até que este percentual seja alcançado.

3. O *caput* do art. 530-L-R-B, ora atacado, confere ao contribuinte capixaba, comercial atacadista, em relação a suas saídas interestaduais, destinadas a contribuinte do ICMS, a possibilidade de estorno de débito do imposto, na proporção de 33% - trinta e três por cento, de maneira que, após a utilização dos créditos devidos, seja recolhido o imposto no montante correspondente a 1% - um por cento.

3.1. Para identificar precisamente a extensão do benefício, a norma acima delineada deve ser lida juntamente com seus parágrafos. Com efeito, destaca-se o § 3º, também inconstitucional, arrola as operações que não serão agraciadas pelo benefício, do que se depreende, a *contrario sensu*, as operações passíveis de serem beneficiadas.



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

3.2. É necessário ressaltar o inciso V do § 3º, que se encontra atualmente revogado, e assim deverá permanecer, razão pela qual não será apontado para impugnação ao final.

3.3. O benefício fiscal concedido poderá atingir assim diversos setores econômicos, tirante àqueles arrolados no § 3º do dispositivo do Estado do Espírito Santo.

3.4. O § 4º do art. 530-L-R-B do RICMS-ES estabelece, em seu inciso I, sistemática a ser utilizada pelo contribuinte para a apuração do imposto e fruição do benefício, e, em seu inciso II, arremata a questão ao dispor que, se da aplicação de referida sistemática, ao final, não resultar em carga tributária equivalente a 1% - um por cento, conforme prevê o *caput* do artigo, poderá ser feito *estorno adicional do imposto até que tal montante seja alcançado*.

3.5. Dessa forma, o benefício pode ser assim descrito: estorno de débito de ICMS, no montante de 33% - trinta e três por cento ou mais, a contribuinte capixaba comercial atacadista, que realizar operações interestaduais, destinadas a comercialização ou industrialização, que não tenham por objeto as mercadorias relacionadas no § 3º, e que resulte em recolhimento do imposto no percentual de 1% - um por cento.

3.6. Os §§ 1º e 2º do art. 530-L-R-B dispõem sobre as condições a serem observadas pelos contribuintes para a fruição do benefício. Os dispositivos não estabelecem propriamente benefícios fiscais, porém trazem requisitos a serem cumpridos pelos contribuintes para a utilização do estorno de débito de ICMS em desacordo com a Constituição Federal. Dessa forma, por serem normas acessórias ao dispositivo que contém o benefício, e cuja constitucionalidade é questionada, sua invalidade é reflexa e deve ser declarada por arrastamento, conforme entendimento já esposado por este Colendo Tribunal:

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Contribuição para o PIS. Período compreendido entre a Emenda Constitucional 8/1977 e a Constituição Federal de 1988. Disciplina por Decreto-lei.



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

Impossibilidade. Art. 55 da Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional 1/1969. Invalidez, por arrastamento, de Portaria do Ministério da Fazenda. Agravo Improvido. I - Esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que, no período compreendido entre a EC 8/1977 e o advento da Constituição de 1988, a contribuição para o PIS não possuía natureza tributária e o resultado de seu recolhimento não se qualificava como espécie de finanças públicas, motivo pelo qual sua disciplina não poderia ser realizada por decretos-leis expedidos pelo Presidente da República, nos termos do art. 55 da CF de 1967, com a redação dada pela EC 1/1969. Precedentes. II - Segundo a jurisprudência dessa Corte, na hipótese de determinada norma constituir fundamento de validade para outro preceito normativo, a inconstitucionalidade daquela implica a invalidade, por arrastamento, desse. Precedentes. III - Agravo regimental improvido (RE 631.698 AgR/ PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 05.06.2012).

3.7. Merece destaque a condição prevista no § 1º, inciso II, que determina ao contribuinte beneficiário a destinação ao fomento de atividades sociais ou culturais, valor adicional corresponde a dez por cento do saldo devedor apurado, conforme previsão do *caput* e pactuado em contrato de competitividade firmado com a Secretaria de Desenvolvimento do Estado do Espírito Santo, pelas razões a seguir aduzidas.

3.8. A redação dada ao dispositivo não deixa claro se as atividades culturais ou sociais, objeto de fomento por parte do contribuinte, serão desenvolvidas no âmbito do Poder Público, ou exploradas exclusivamente pela iniciativa privada. Caso configurada a primeira hipótese, poderia se aventar a possibilidade indireta de vinculação de receita oriunda de impostos, a órgão, fundo ou despesa. Senão vejamos.

3.9. Ao estabelecer benefício do ICMS de forma contrária à Constituição Federal, sem obedecer ao disposto no art. 155, § 2º, XII, “g”, o Estado do Espírito Santo dispensa indevidamente o recolhimento do imposto, favorecendo determinados contribuintes e prejudicando os demais Estados da Federação. Porém, ao prever como condição para fruição do benefício a destinação de “valor adicional”, obtido com base no que foi efetivamente recolhido, já considerado o estorno de débito do imposto, a órgão, fundo ou despesa públicas, estabelece vinculação do que seria devido a título de



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

imposto, embora não recolhido, afrontando, de maneira indireta, o conteúdo da norma prevista no art. 167, IV da Constituição Federal.

Art. 167. São vedados:

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

3.10. Não se figura logicamente aceitável, pois, que o Estado do Espírito Santo dispense o recolhimento do imposto e estabeleça, como condição para tal benefício, a destinação de valor, pelo contribuinte, para o atendimento de atividades públicas, o que torna discutível, sob mais este parâmetro, a validade do dispositivo.

3.11. No que tange à previsão do § 2º do artigo, que estabelece em 7%(sete por cento) o crédito relativo às aquisições de mercadorias que tenham sido objeto das operações do *caput*, é possível afirmar que representa limitação ao montante do crédito a ser aproveitado, já que se as mercadorias fossem adquiridas internamente, o crédito aproveitado seria de 18%, ou ainda 12%, em se tratando de mercadorias adquiridas dos Estados do Sul e Sudeste.

3.12. Assim, ao limitar o crédito a 7% - sete por cento, o contribuinte terá, pelo menos nesta fase inicial de apuração do imposto, antes do estorno, saldo maior a recolher, o que influenciará no montante a ser utilizado como base para a aplicação do percentual de 10% - dez pro cento das destinações acima citadas.

3.13. De tal modo, ao limitar o crédito a ser aproveitado, o Estado do Espírito Santo aumenta a base para a aplicação do percentual destinado ao fomento de atividades sociais ou culturais e, posteriormente,



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

tendo em vista a previsão do § 4º, estabelece o estorno do saldo de imposto devido, de forma que o recolhimento seja no percentual de um por cento.

4. A declaração de inconstitucionalidade também deverá alcançar os dispositivos em sua redação original, introduzidos pelo Decreto 2.082-R, de 27 de junho de 2008, para evitar o efeito repristinatório, que ocorreria com a declaração de inconstitucionalidade dos artigos citados no item “3” precedente, que representam alteração legislativa em face de dispositivos já existentes e que também padecem dos mesmos vícios que levam à inconstitucionalidade, copiando para perfeito entendimento:

- DECRETO 1.090-R, de 25 de outubro de 2002:

(...)

Seção XI-B

Das Operações Realizadas por Estabelecimento Comercial Atacadista

Art. 530-L-R-B. (...)

§ 1.º (...)

I – (...)

II - destinar, ao fomento das atividades sociais ou culturais, o percentual de dez por cento do montante do débito registrado a cada período de apuração, em relação às operações de que trata o caput, de acordo com as condições estipuladas no contrato de competitividade firmado com a Sedes (Efeitos de 01/08/2008 a 31/08/2008 - Incluído pelo art. 2º Dec. nº 2.082-R, de 27/06/2008).

§ 3.º (...)

I – (...)

II - que destinem mercadorias ou bens a consumidor final (Efeitos de 01/08/2008 a 31/08/2008 - Incluído pelo art. 2º Dec. nº 2.082-R, de 27/06/2008);

III – (...)

IV - ao abrigo da Lei n.º 2.508, de 1970; (Efeitos de 01/08/2008 a 31/08/2008 - Incluído pelo art. 2º Dec. nº 2.082-R, de 27/06/2008)

4.1. O efeito é decorrência do princípio da nulidade do ato inconstitucional, significa que a norma declarada inconstitucional não foi apta para revogar validamente a lei anterior que tratava da mesma matéria, uma vez que nasceu nula.

4.2. A Lei 9.868/99, em seu art. 11, § 2º regula o efeito repristinatório nos seguintes termos: “A concessão da medida cautelar torna



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário”.

4.3. Clèmerson Merlin Clève adverte para o fato de que a norma que foi revogada pela norma declarada inconstitucional pode:

- “ (...) padecer de inconstitucionalidade ainda mais grave que a do ato nulificado. Previne-se o problema com o estudo apurado das eventuais conseqüências que a decisão judicial haverá de produzir. O estudo deve ser levado a termo por ocasião da propositura, pelos legitimados ativos, da ação direta de inconstitucionalidade. Detectada a manifestação de eventual eficácia repristinatória indesejada, cumpre requerer, igualmente, já na inicial da ação direta, a declaração de inconstitucionalidade, e, desde que possível, a do ato normativo ressuscitado. (A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 2000, Revista dos Tribunais, p. 250).” -

4.4. A declaração de inconstitucionalidade do art. 530-L-R-B e parágrafos, do RICMS capixaba, em sua redação atual, dará efeito repristinatório à redação anterior do dispositivo, a qual vale dizer, também estabelecia condições para a fruição do benefício e arrolava as mercadorias cujas operações não seriam objeto do benefício.

4.5. Não se aplica, portanto, o efeito repristinatório quando a lei anterior é inconstitucional, impondo-se a restrição do mesmo. Nesse sentido é o posicionamento do STF:

- “A questão do efeito repristinatório indesejado. Necessidade, em tal hipótese, de formulação de pedidos sucessivos de declaração de inconstitucionalidade tanto do diploma ab-rogatório quanto das normas por ele revogadas, desde que também eivadas do vício da ilegitimidade constitucional. Ausência de impugnação, no caso, do diploma legislativo cuja eficácia restaurar-se-ia em função do efeito repristinatório. Hipótese de incognoscibilidade da ação direta. Precedentes. Ação direta não conhecida. ADIn 2.215-PE (Medida Cautelar), Rel. Min. Celso de Mello, 17/04/2001. No mesmo sentido ADI 2.132/MC, Ministro Moreira Alves, DJ de 05/04/02; ADI 2.242, Ministro Moreira Alves, DJ de 19/12/01; ADI 3218 / CE, Relator Ministro Eros Grau, j. 7/12/2004; ADI 2883/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 30/8/2006.” -



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

5. Ademais, os dispositivos legais ora atacados foram instrumentalizados via Decreto, o que, em tese, não seria objeto de ação direta de inconstitucionalidade, por ser forma destinada a estabelecer dispositivos para fiel execução da lei, regulamentando-a.

5.1. Todavia, verifica-se que esses Decretos não se limitaram a regulamentar lei alguma, configurando-se, na verdade, espécies de decreto autônomo, diploma normativo passível de ser objeto de arguição de inconstitucionalidade. Nesse sentido, trazemos à colação as lições de Pontes de Miranda:

- "Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhos à lei, ou faz reviver direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções, que a lei apagou, é inconstitucional. Por exemplo: se faz exemplificativo o que é taxativo, ou vice-versa. Tampouco pode ele limitar, ou ampliar direitos, deveres, pretensões, obrigações ou exceções à proibição, salvo se estão implícitas. Nem ordenar o que a lei não ordena (...). Nenhum princípio novo, ou diferente, de direito material se lhe pode introduzir. E consequência disso, não fixa nem diminui, nem eleva vencimentos, nem institui penas, emolumentos, taxas ou isenções. Vale dentro da lei; fora da lei a que se reporta, ou das leis, não vale. Em se tratando de regra jurídica de direito formal, o regulamento não pode ir além da edição de regras que indiquem a maneira de ser observada a regra jurídica (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969, 2. ed, RT, 1970, p. 316 e 317)." -

5.2. As lições de Pontes de Miranda podem ser aplicadas ao regime jurídico assegurado à Carta Constitucional atual que prevê, em seu art. 84, VI, a possibilidade do Chefe do Poder Executivo dispor mediante decreto sobre a organização interna da administração que não represente aumento de despesa, bem como para extinguir funções ou cargos públicos quando vagos.

5.3. Assim, um decreto regulamentar somente poderia ser editado sem a finalidade de disciplinar a execução de determinada lei, nas hipóteses acima narradas, as quais refletem, segundo a doutrina, espécie de regulamento autônomo.



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

5.4. Com o entendimento de que decreto estadual autônomo é dotado de abstração suficiente para o contraste de constitucionalidade em sede de ação direta de inconstitucionalidade apontam-se os julgados na ADI 3702/ES, rel. Min Dias Toffoli, publicado em 30/08/2011 e ADI 3664/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, publicado em 21/09/2011, este a seguir transcrito:

*- "Inconstitucionalidade. Ação direta. Objeto. Admissibilidade. Impugnação de decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. Introdução de novidade normativa. Preliminar repelida. Precedentes. **Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade.** [...] 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Decreto nº 27.427/00, do Estado do Rio de Janeiro. Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Benefícios fiscais. Redução de alíquota e concessão de crédito presumido, por Estado-membro, mediante decreto. Inexistência de suporte em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, nos termos da LC 24/75. 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 – " (grifo nosso).*

5.5. Desse modo, as disposições trazidas pelos Decretos do Estado do Espírito Santo não se coadunam com o artigo constitucional supra, uma vez que não disciplinam a estrutura interna da Administração, mas sim veiculam normas que atingem toda a coletividade e mais, também por não obedecerem aos ditames constitucionais já citados, referentes à produção das normas de direito tributário concessivas de benefícios aos contribuintes do ICMS, atingem danosamente interesses dos demais Estados da Federação.

5.6. Outrossim, por veicularem dispositivos que estimulam a *guerra fiscal* entre os Estados da Federação, os Decretos do Estado do Espírito



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

Santo merecem ser atacados pelo controle concentrado de constitucionalidade, que representa resposta mais eficaz do que aquela advinda do controle difuso.

6. Pelo exposto até agora, tanto pelo instrumento pelo qual foram veiculados, quanto pelo conteúdo que disciplinam, os dispositivos acima especificados estão eivados pelo vício da inconstitucionalidade.

7. Essas disposições, aplicadas via Decreto, estão em plena vigência e aplicação, com reflexo direto na arrecadação do ICMS.

7.1. O texto dos Decretos dispõem sobre a concessão de benefício fiscal aos contribuintes, mediante a outorga de estorno de débito do ICMS, o que resulta em redução do valor do tributo devido.

7.2. Vê-se, assim, que o benefício fiscal instituído pelo Estado do Espírito Santo tem como resultado o privilégio tributário indevido porque não obediente à forma imposta pela Constituição Federal.

III - DO ASSENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL DA ARGÜIÇÃO

8. Superado o exame dos dispositivos objeto da presente ação, faz-se necessário invocar os preceitos constitucionais e legais que servirão de paradigma para a declaração de inconstitucionalidade que se pretende obter via controle concentrado.

9. O estorno de débito do ICMS enquadra-se dentre as figuras desonerativas da obrigação tributária, as quais, no todo ou em parte, consignam "**benefícios fiscais**", para a concessão dos quais a Constituição Federal impôs, na consideração do modelo adotado para o Sistema Tributário Nacional, certas condições, como determinado no **§ 6º, do artigo 150**, que cuida dos limites do Poder de Tributar, acrescido pelo texto da **Emenda Constitucional nº3/93**, a saber:

- "§ 6º. Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

poderá ser concedido mediante lei específica federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no artigo 155, §2º, XII, g” - (grifos nossos).

9.1. Referido dispositivo constitucional merece ser aqui transcrito:

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

[...]

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

[...]

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

[...]

XII - cabe à lei complementar:

[...]

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados” - (grifos nossos).

9.2. Atualmente essa previsão obrigatória está contida na **Lei Complementar nº 24/75**, recepcionada pela ordem vigente constitucional, que expressamente determina:

- “Art. 1º. As isenções do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta lei.

Parágrafo único. O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

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

III - à concessão de créditos presumidos;

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

V - às prerrogativas e às extensões das isenções vigentes nesta data.

Artigo 2º. Os convênios a que alude o artigo 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal.” (CONFAZ).” - (grifos nossos)



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

9.3. Ressalte-se ainda que a figura do convênio encontra-se relacionada entre as normas complementares das leis, tratados internacionais (e decretos) previstas no inciso IV, do art. 100 do Código Tributário Nacional:

- "Art.100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:
IV – os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios." -

10. Ora, ocorre que o *estorno de débito* concedido pelo Estado do Espírito Santo, nos termos dos Decretos ora guerreados, não conta com o devido amparo permissivo do citado órgão de congregação de política tributária federal - CONFAZ, pela forma determinada de aprovação unânime consignada em termo de "convênio interestadual", o que, *ab initio*, contamina as referidas concessões por flagrante inconstitucionalidade.

IV - DOS FUNDAMENTOS

11. À evidência, os referidos dispositivos enunciados permitem concessões desonerativas tributárias classificadas como "benefícios fiscais".

12. A hipótese de exceção é efetivamente alcançada pela redação do artigo 1º da Lei Complementar nº 24/75, competente para disciplinar a matéria, como consta do já transcrito, importando ressaltar que o texto do inciso IV expressamente estende a aplicação da Lei "***a quaisquer outros incentivos ou favores fiscais***".

13. A expressa limitação do artigo constitucional - **artigo 155, § 2º, inciso XII, "g"**, e a determinação prevista na competente lei complementar - **Lei Complementar nº24/75, artigo 1º, parágrafo único e incisos e artigo 2º**, ambas transcritas, têm fundamento político institucional.

14. O Título I da nossa Carta Política, ao estabelecer os Princípios Fundamentais do Estado brasileiro, instituiu a República Federativa do Brasil, "*formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do*



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

Distrito Federal” - **artigo 1º**, organizada na forma Federativa e garantida pela autonomia da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes formadores do Estado brasileiro - **artigo 18**, conformação esta preservada de qualquer alteração, como consta expresso do **inciso I, do § 4º do artigo 60** do Texto Maior.

14.1. Para esse modelo político-administrativo, o Constituinte escolheu a forma repartida de administração financeira, permitindo à União, aos Estados/Distrito Federal e aos Municípios a instituição de tributos, com a finalidade de arrecadar verbas para subsidiar os serviços públicos necessários à manutenção da sociedade, e, assim fazendo, estabeleceu mecanismos de controle da participação comunitária do poder de tributar.

14.2. Estampou o modelo limitado pelos princípios tributários da uniformidade, da igualdade e da isonomia - **artigo 150, inciso II, artigo 151, incisos I e artigo 152**.

14.3. O princípio da uniformidade geográfica, extraído dos termos dos **artigos 151 inciso II e 152 da CF/88**, visa manter o desenvolvimento da Federação como um todo, resguardando a união dos entes federados de procedimentos e mecanismos de especulação tributária que promovam desigualdades regionais.

- “Art. 151. É vedado à União:

[...]

“II. “instituir tributo que não seja uniforme em todo território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País;

[...]

Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.” -

14.4. Os tributos, “poder-dever” do Estado, servem unicamente ao propósito de garantir as condições orçamentárias de subsistência da Administração e estão estruturados de forma repartida e



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

participativa de todos em função da União, o que bem se demonstra pela política de repartição de receitas estabelecidas nos artigos 157 a 162 da Constituição Federal.

14.5. Assim, a unidade federativa instalada no artigo 1º e garantida pelo inciso I, do § 4º do art. 60 da Constituição Federal, não pode ser abalada pela oferta de condições fiscais extraordinárias, que tenham o propósito de captar investimentos individualizados, por caracterizar subversão da ordem política constitucional.

14.6. Proibido, no gênero, o tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique diferenças que privilegiem Estados, Distrito Federal ou Municípios em detrimento de outras Unidades da Federação, vetada está também distinção em razão da espécie, que instaura verdadeira concorrência regional.

14.7. A exceção aos princípios da uniformidade e da igualdade, considerando os tributos de competência dita “concorrente”, porque cabem, na mesma ordem a todas as pessoas de igual hierarquia política, como é o ICMS em relação aos Estados e Distritos Federais, por limitação territorial, está prevista, admitida e devidamente disciplinada nos termos do citado artigo 155, § 2º, inciso XII, “g”, que, nos termos da Lei Complementar nº 24/75, como vimos, exige a concordância unânime para permitir o uso extrafiscal do poder tributário concedido pela Carta Política.

14.8. De outro lado, o equilíbrio é garantido nessa relação jurídica bilateral - a tributária, pela disposição do **artigo 150, inciso II**, que protege a igualdade de tratamento tributário dispensado aos contribuintes em geral, proibidas as exceções e distinções particulares injustificadas.

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

[...]

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida,



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.-“

14.9. A interpretação do princípio da não discriminação, quer geográfica, quer material, deve ser ampla, pois a Constituição Federal não dá margens a dúvidas de qualquer espécie.

14.10. A exigência do assentimento comum para a concessão de privilégios fiscais relativos aos impostos de competência exclusiva dos Estados e do Distrito Federal - **artigo 155, § 2º, XII, “g”**, aplica-se, pois, em função da proibição às exceções tributárias limitadas pelos princípios da uniformidade, igualdade e isonomia dos **artigos 150, II, 152 e 151, I**, todos da Constituição Federal.

14.11. Justifica-se a preocupação com o combate à “concorrência tributária” entre os entes federados, por ser considerada como fator de enfraquecimento da forma instituída pela Carta Política.

- “A federação consiste na união de coletividades regionais autônomas que a doutrina chama de Estados federados (nome adotado pela Constituição, cap. III do tít. III), Estados-membros ou simplesmente Estados (muito usado na Constituição).

(...)

O cerne do conceito de Estado federal está na configuração de dois tipos de entidades: a União e as coletividades regionais autônomas (Estados federados).

(...)

A autonomia federativa assenta-se em dois elementos básicos: (a) na existência de órgãos governamentais próprios, isto é, que não dependam dos órgãos federais quanto à forma de seleção e investidura; (b) na posse de competências exclusivas, um mínimo, ao menos, que não seja ridiculamente reduzido. Esses pressupostos de autonomia federativa estão configurados na Constituição (arts. 17 a 42).

A repartição de competências entre a União e os Estados-membros constitui o fulcro do Estado Federal, e dá origem a uma estrutura estatal complexa, que apresenta, a um só tempo, aspectos unitário e federativo. É unitário, enquanto possui um único território que, embora dividido entre Estados-membros, está submetido ao poder da União no exercício da competência federal, e ainda uma só população, formando um único corpo nacional, enquanto regida pela constituição e legislação federais. É federativo (associativo), enquanto cabe aos Estados-membros participar na formação da vontade dos órgãos federais



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

(especialmente no Senado Federal, que se compõe de representantes dos Estados, art. 46 da Constituição, e também pela participação das Assembleias Legislativas estaduais no processo de formação das emendas constitucionais, art. 60, III) e enquanto lhes é conferida competência para dispor sobre matérias que lhes reserva a Constituição Federal, com incidência nos respectivos territórios e populações. Com isso constituem-se no Estado federal duas esferas governamentais sobre a mesma população e o mesmo território: a da União e da cada Estado-membro. No Brasil ainda há a esfera governamental dos Municípios (SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 101-103). “ -

14.12. Nesse contexto, revela-se também a finalidade de preservar a consagrada autonomia administrativa dos Estados-Membros e do Distrito Federal pelos termos do **artigo 18** da Constituição Federal, enquanto submete às práticas administrativas internas, de reflexo na integração federativa, à deliberação obrigatória coletiva e unânime dos pares.

15. De outro lado, a norma constitucional e a disciplina complementar impõem seu primado à Administração dos Estados.

15.1. O princípio da legalidade estrita consignado especialmente nos termos do **artigo 37** da Constituição Federal impõe à Administração Pública a prática exclusiva de ações na forma prevista em lei, bem como à ordem legal estabelecida por todo o ordenamento nacional.

15.2. Na hipótese sob exame, importa considerar: os princípios da finalidade e a motivação da exação tributária, a responsabilidade da obrigatória exigência nos termos da lei e, sobretudo, a força do comando legal hierarquicamente considerado dentro do sistema construído no ordenamento jurídico administrativo-tributário, que impõe, à lei do Estado, obediência às normas gerais complementares, editadas em cumprimento ao mandamento constitucional.

15.3. Essas considerações de ordem constitucional e política justificam, assim, a previsão constitucional do **artigo 155, § 2º, XII, “g”** que remete à necessária disciplina pela lei complementar, o que é atendido



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

atualmente nos termos da LC nº 24/75, que exige o consenso dos Estados e do Distrito Federal para a concessão e revogação das exceções tributárias relativas ao ICMS, como consta do seu artigo 1º, cujo descumprimento enseja a incidência das consequências previstas no art. 8º da LC 24/75:

- “Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:

I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria;

II - a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente.

Parágrafo único - As sanções previstas neste artigo poder-se-ão acrescer a presunção de irregularidade das contas correspondentes ao exercício, a juízo do Tribunal de Contas da União, e a suspensão do pagamento das quotas referentes ao Fundo de Participação, ao Fundo Especial e aos impostos referidos nos itens VIII e IX do art. 21 da Constituição Federal.” -

15.4. Prevista, inicialmente, para as isenções, a disciplina especial se estende aos demais modos de “desoneração tributária”, dentre eles o *estorno de débito*, que pode ser incluído na fórmula genérica do inciso III do § único do transcrito artigo 1º daquele diploma.

15.5. Tratando especificamente de “desoneração tributária”, pode-se ensaiar a distinção dos procedimentos como “positivos”, “negativos” ou de forma mista.

15.6. São considerados como procedimentos “negativos”, ou “omissivos”, aqueles que efetivamente, pura e simplesmente desoneram o contribuinte do recolhimento do imposto ou que reduzem o valor apurado nos termos da lei, como seria o caso das isenções, da redução de base de cálculo ou de alíquota ou do creditamento, decorrentes e incidentes sobre a forma de apuração e recolhimento do imposto.

15.7. Por outro lado, são considerados como procedimentos “positivos”, ou “comissivos”, as formas pelas quais efetivamente se concede vantagens financeiras a partir da obrigação tributária ou do crédito tributário correspondente, assim consideradas as formas de financiamento ou o



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

empréstimo de valores devidos a título de imposto, a concessão de prazo de pagamento dilatado com o cômputo atualização e acréscimos deflacionados.

15.8. E, pode-se ainda identificar formas mistas, como o exemplo clássico do *diferimento* com subsequente dispensa de pagamento posterior da obrigação postergada.

15.9. Assim, as disposições dos Decretos capixabas instituem **benefício fiscal negativo**, consistente no estorno de débito do imposto, logo, submetido, nos termos constitucionais, à limitação de forma.

15.10. Os benefícios fiscais são concedidos com a finalidade de impulsionar o desenvolvimento econômico e social do Estado concedente, atuando como instrumentos de atratividade de negócios.

15.11. O *estorno de débito* do imposto veiculado pelos dispositivos ora atacados causa insegurança jurídica na medida em que contribuintes de ICMS outros Estados, poderão efetiva e concretamente migrar para o Estado do Espírito Santo, induzidos por políticas tributárias que operam contra os princípios conducentes à superação das desigualdades regionais, como se conclui da leitura dos arts. 3º, III, 43, § 2º, 151, I, 170, VII e 174 da Constituição Federal de 1988.

15.12. Assim, a diferença entre o regime de tributação do Estado do Espírito Santo e dos demais Estados, ofende o disposto no art. 152 da Constituição Federal por criar odiosa discriminação tributária em relação à sua origem.

16. De outro lado, a partir das observações anteriormente feitas a respeito dos princípios constitucionais de ordem tributária, temos que a discriminação privilegiada do ICMS gera reflexos generalizados e que o privilégio regionalizado ou setorizado sem justificação enseja ainda a afronta à garantia constitucional de livre concorrência, consagrada nos termos do artigo 170, inciso IV da Carta Política nacional, *verbis*:



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

- **“Art. 170.** *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

[...]

IV – livre concorrência.” -

16.1. O benefício indiscriminadamente concedido e que não conta com o beneplácito de todos os entes federados tem implicação direta sobre a concorrência do mercado. Um contribuinte beneficiado pela redução do ICMS promovida pelo Estado do Espírito Santo compete em condições mais favoráveis do que seus concorrentes, localizados em outras unidades federadas.

16.2. As conseqüências são previsíveis e constatadas pelos diversos encaminhamentos dados por Estados da Federação, levando-se em conta os benefícios fiscais, compreendidos em largo senso, tanto na categoria tributária como na econômico-financeira.

16.3. Sendo o ICMS um imposto não-cumulativo e indireto, apropriado pelos contribuintes do Estado ou o DF destinatários da mercadoria, gera a *“transferência”* do encargo que, sem o devido recolhimento, resulta uma concorrência danosa pela instituição de lucros indevidos e artificialmente constituídos.

16.4. De igual modo, a *guerra fiscal* contraria o interesse dos consumidores sob o aspecto da desigualdade da concorrência, permitindo que a pessoa jurídica beneficiada tenha condições de controlar o mercado ou, pelo menos, alterar sua condição de funcionamento que não pela via do ganho de eficiência em suas práticas.

16.5. Nesse sentido, transcrevemos o pensamento de Calixto Salomão Filho:

- *“Na lei brasileira essa necessidade de proteção em via direta do interesse dos consumidores, e não apenas indireta através da*



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

procura da maximização da riqueza global, é reforçada, ainda, pela existência de previsão específica no tocante à eficiência.

(...)

Não basta, portanto, a existência da eficiência, é necessária a garantia da efetiva repartição de seus benefícios com os consumidores. Ora, o resultado final da aplicação dessa noção redistributiva de eficiência é exatamente a garantia da prevalência da eficiência produtiva sobre a ineficiência alocativa (Direito concorrencial: as estruturas. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.184-185).” -

17. Como vimos, a desoneração tributária da incidência do ICMS, ainda que seja concedida ou derivada de forma indireta ou “comissiva” ou “mista”, como tratamos acima, deve obedecer a forma estabelecida em lei complementar – **art.155, § 2º, XII, “g” da Constituição Federal**, que obriga à permissão por consenso de todos os Estados e do Distrito Federal (LC 24/75), o que não acontece na espécie.

18. É sobre essa base normativa que tentam se sustentar os dispositivos aqui contestados, instituidores do estorno de débito, ao desabrigo da lei.

V – DO PEDIDO

19. Conhecendo o teor dos dispositivos editados pelo Estado do Espírito Santo como agora apresentados e impugnados, consultando os preceitos constitucionais, de ordem política, administrativa e tributária, que foram analisados na argumentação e considerando os fundamentos declinados como razão do pleito do Governador do Estado de São Paulo, fica lógica e juridicamente demonstrado que o procedimento que emerge da concessão de *estorno de débito* estabelecida pela citada legislação afronta os princípios e infringem os artigos constitucionais, confrontando a ordem federativa, jurídica e tributária estabelecida como modelo da Federação nacional, instalando ou inovando adrede situação política inaceitável, inadmissível e insustentável na unidade nacional.



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

20. A situação criada passa, então, a caracterizar a figura combatida e rechaçada de “*guerra fiscal*”, cognome adequado considerando-se os resultados danosos para as partes envolvidas e que contaminam, em especial, no caso concreto, toda a Nação comprometida pelo Pacto Federativo.

21. Daí o pedido de declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos instituidores de estorno de débito do ICMS para contribuintes comerciais atacadistas do Estado do Espírito Santo.

22. Assim, o Governador do Estado de São Paulo, por entender afrontadas normas estabelecidas pela Constituição Federal que disciplinam o poder de tributar, especialmente invocando § 6º, do artigo 150 e a alínea “g”, do inciso XII, do § 2º do artigo 155, e, em complemento, o artigo 1º e incisos e artigo 2º da Lei Complementar nº 24/75, vem submeter a esta Excelsa Corte a arguição de inconstitucionalidade das respectivas disposições, extraídas do RICMS-ES- Decreto 1.090-R, de 25 de outubro de 2002, na redação introduzida pelos: Decreto 2.082-R, de 27/06/2008, Decreto 3.082-R, de 24/08/2012, Decreto 2.098-R, de 21/07/2008, Decreto 2.749-R, de 06/05/2011 e Decreto 2.894-R, de 18/11/2011, que dispõem sobre a concessão *estorno de débito* do ICMS a contribuinte comercial atacadista, nas operações interestaduais para destinatários contribuintes do imposto.

V.I – DA MEDIDA CAUTELAR

23. Considerando, sobretudo, o princípio da igualdade, balizador da constituição do Estado brasileiro e, nela, da forma inderrogável eleita, pelo Constituinte, para o Federalismo brasileiro, que garante a todos os Estados a mesma atribuição de autonomia e competências e com suporte no permissivo ao artigo 102, inciso I, alínea “p” da Constituição Federal, o Governador do Estado de São Paulo vem requer medida cautelar, pretendendo a imediata suspensão da eficácia dos referidos dispositivos inseridos pelos citados Decretos do Estado do Espírito Santo, medida essa a perdurar durante o trâmite da presente ação, com a finalidade de impedir eventual lesão ocorrente, presentes que se fazem os requisitos para sua apreciação e deferimento.



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

24. O *fumus boni juris*, foi amplamente comprovado pelas transcrições dos dispositivos constitucionais e legais que obrigam, por termos claros e expressos, a devida permissão comunitária para a concessão de medidas desonerativas das obrigações tributárias estaduais regionais, decorrentes das operações de circulação de mercadorias.

25. Bem como, o *periculum in mora*, também se mostra patente e óbvio ante a consideração da desigualdade de mercado instalada pelo favorecimento concedido.

26. Segundo ensina o Professor MICHEL TEMER:

- "O pressuposto (implícito) do pedido é a ocorrência de lesão irreparável a pessoas, à sociedade, à ordem, à segurança e à economia pública de modo a não poder aguardar-se o julgamento final e a suspensão de eficácia pelo Senado. Somente será deferida se, no período que medeia entre a propositura da ação e a eventual declaração de inconstitucionalidade, puder verificar-se a ocorrência de atos que impeçam, após a declaração, a recomposição de direitos vulnerados. (Elementos de direito constitucional, RT, 1982, p. 40)." -

27. Impende realçar o efeito produzido por essas medidas isoladas de favorecimento fiscal, tomadas sem planejamento e programação de política financeira integrada, que resultam na perda de receita local - porque dispensada, na perda de receita externa - porque comprometida pela concorrência predatória, com o benefício único dos particulares alcançados pelas medidas regionais.

28. Aliás, cabe sempre insistir que o Colendo Plenário desta Suprema Corte, em inúmeros julgados de medidas cautelares requeridas em ações diretas de inconstitucionalidade versando questão afeta à concessão de favores fiscais, já deixou claro ser necessária e indispensável a celebração de convênios interestaduais para implementação de qualquer espécie de desoneração tributária, seja isenção, benefício ou incentivo fiscal em matéria de ICMS, dentre os quais podem ser invocados como precedentes:

- "Ementa: Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Impugnação ao inciso I do art. 5º da Lei nº 6.489/02, do Estado do



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

Pará. O dispositivo impugnado previu a possibilidade de concessão de incentivos fiscais aos empreendimentos arrolados no art. 3º do diploma legislativo em causa. Ao fazê-lo, contudo, olvidou o disposto na letra "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal de 1988, o qual exige a prévia celebração, nos termos da Lei Complementar nº 24/75, de convênio entre os Estados-membros e o Distrito Federal. As regras constitucionais que impõem um tratamento federativamente uniforme em matéria de ICMS não representam desrespeito à autonomia dos Estados-membros e do Distrito Federal. Isto porque o próprio artigo constitucional de nº 18, que veicula o princípio da autonomia dos entes da Federação, de logo aclara que esse princípio da autonomia já nasce balizado por ela própria, Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga procedente para emprestar interpretação conforme ao inciso I do art. 5º da Lei nº 6.489/02, do Estado do Pará, de modo que se excluam da sua aplicação os créditos relativos ao ICMS que não tenham sido objeto de anterior convênio entre os Estados-membros e o Distrito Federal (ADI 3246, rel. Min Carlos Britto, 19.04.2006)." -

- "Processo Objetivo – Ação Direta De Inconstitucionalidade – Advogado-Geral Da União – Atuação. Consoante dispõe o § 3º do artigo 103 da Constituição Federal, o Advogado-Geral da União atua, na ação direta de inconstitucionalidade, como curador da norma atacada. Benefício Fiscal – Consenso. A disciplina de benefício fiscal pressupõe consenso entre os Estados – artigo 155 da Carta da República." (ADI 4457, rel. Min. Marco Aurélio, 01.07.2011)." -

29. Animam à pretensão, ainda, as recentes decisões dessa Egrégia Corte Constitucional no acolhimento de pedido de suspensão liminar dos regimes desonerativos não autorizados, como consta:

- "Ação Direta De Inconstitucionalidade. Medida Cautelar Deferida Ad Referendum. Arts. 1.º A 11 Da Lei N.º 7.874/2002, Do Estado De Mato Grosso. Violação Ao Art. 155, § 2.º, Xii, G, Da Constituição Federal. Tendo as normas em questão, ao estabelecerem o Programa de Incentivo às Usinas Produtoras de Alcool do Estado de Mato Grosso, criado incentivos fiscais relativos ao ICMS sem a celebração prévia do necessário convênio, plausível a alegação de contrariedade ao mencionado dispositivo constitucional. Cautelar referendada pelo Plenário (ADI 2823- MC, rel. min Ilmar Galvão, DJ de 25.04.2003)." -

- "Ação Direta De Inconstitucionalidade. Lei N.º 1.798/97; Decreto N.º 9.115/98; Lei N.º 1.292/92; Resolução Semades/Sefop N.º 329/98; Resoluções Sef/Seprodes N.ºs 18/99 E 20/99, Todos Do Estado Do Mato Grosso Do Sul. Alegada Contrariedade Aos Arts. 150, § 6.º; E 155, § 2.º, Xii, G, Da Constituição Federal. O Primeiro Ato normativo estadual, instituindo benefícios relativos ao ICMS



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

sem a prévia e necessária celebração de convênio entre os Estados e o Distrito Federal, contraria os dispositivos constitucionais sob enfoque. Alegação de inconstitucionalidade igualmente plausível no que toca ao art. 8.º do Decreto n.º 9.115/98, que, extrapolando a regulamentação da Lei n.º 1.798/97, fixa, de forma autônoma, incentivos fiscais sem observância das mencionadas normas da Carta da República; não restabelecendo, contudo, os benefícios previstos na Lei n.º 1.292/92, cuja apreciação é inviável em controle abstrato de constitucionalidade, tendo em vista o advento da EC n.º 03/93. Impossibilidade de conhecimento da ação em relação aos demais artigos do decreto em questão, por apresentarem natureza meramente regulamentar, e às referidas resoluções sul-mato- grossenses, posto haverem sido impugnadas de forma genérica pelo requerente. Precedentes. Medida cautelar deferida para suspender a eficácia da Lei n.º 1.798/97 e do art. 8.º do Decreto n.º 9.115/98, do Estado do Mato Grosso do Sul (ADI 2439-MC, rel. Min Ilmar Galvão, DJ de 14.09.2001).” -

30. Por fim, a análise em sede liminar da pretensão para suspensão dos dispositivos atacados encontra respaldo na recente notícia de Proposta de Súmula Vinculante nº 69 por esta Egrégia Corte, de autoria do Ministro Gilmar Mendes, sobre guerra fiscal, a ensejar tratamento uniforme da matéria submetida ao controle concentrado de constitucionalidade, em privilégio do princípio da segurança jurídica.

31. Assim justificado e fundamentado com a devida consistência, o **Governador do Estado de São Paulo requer medida cautelar, para a imediata suspensão da eficácia dos dispositivos regulamentares estampados nos instrumentos normativos enunciados, com base nas disposições do Decreto nº 1.090-R, de 25 de outubro de 2002, do Estado do Espírito Santo, a saber:**

- a) art. 530-L-R-B, *caput*;
- b) § 2º e § 3º, incisos, I e III, com redação dada pelo art. 2º do Decreto 2.082-R, de 27/06/2008;
- c) § 3º, inciso II, com redação dada pelo art. 1º do Decreto 3.082-R, de 24/08/2012;
- d) § 1º, § 3º, inciso IV e § 4º com redação dada pelo art. 1º do Decreto 2.098-R, de 21/07/2008;
- e) § 3º, inciso VI, com redação dada pelo art. 1º do Decreto 2.749-R, de 06/05/2011;



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

- f) § 3º, inciso VII, com redação dada pelo art. 1º, II do Decreto 2.894-R, de 18/11/2011.
- g) art. 530-L-R-B, § 1º, inciso II e § 3º, incisos II e IV com redação dada pelo art. 2º do Decreto 2.082-R, de 27/06/2008.

V.II. PEDIDO DE MÉRITO

32. O Governador do Estado de São Paulo requer, finalmente, pelo mérito, a declaração de inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos do Decreto nº 1.090-R, de 25 de outubro de 2002, do Estado do Espírito Santo:

- a) art. 530-L-R-B, *caput*;
- b) § 3º, incisos, I e III, com redação dada pelo art. 2º do Decreto 2.082-R, de 27/06/2008;
- c) § 3º, inciso II, com redação dada pelo art. 1º do Decreto 3.082-R, de 24/08/2012;
- d) § 3º, inciso IV e § 4º com redação dada pelo art. 1º do Decreto 2.098-R, de 21/07/2008;
- e) § 3º, inciso VI, com redação dada pelo art. 1º do Decreto 2.749-R, de 06/05/2011;
- f) § 3º, inciso VII, com redação dada pelo art. 1º, II do Decreto 2.894-R, de 18/11/2011.

32. Requer, ainda, a declaração de inconstitucionalidade dos demais dispositivos do Decreto nº 1.090, de 25 de outubro de 2002, *por arrastamento*, enquanto estabelecem condições para o gozo do benefício concedido, a saber:

- a) art. 530-L-R-B, § 1º, com redação dada pelo art. 1º do Decreto 2.098-R, de 21/07/2008, e
- b) § 2º, com redação dada pelo art. 2º do Decreto 2.082-R, de 27/06/2008.

32. E, finalmente, para evitar a reprecinação, ainda espera a declaração de inconstitucionalidade dos seguintes artigos, a saber: a) art. 530-



GABINETE DO GOVERNADOR
DO
ESTADO DE SÃO PAULO

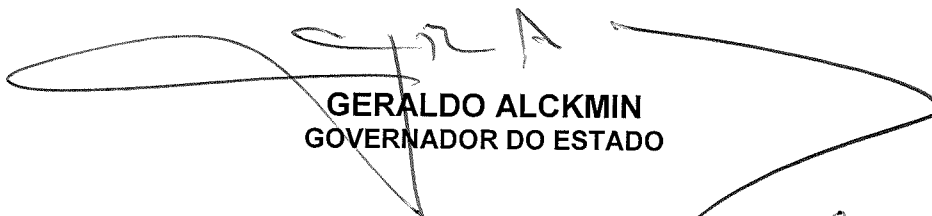
L-R-B, § 1º, inciso II; e b) § 3º, incisos II e IV com redação dada pelo art. 2º do Decreto 2.082-R, de 27/06/2008.

Requer, para fins processuais, a notificação do GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO, para, querendo, prestar as informações que entender cabíveis, na forma prevista pelo artigo 6º e § único da Lei nº 9.868/1999, após o que, consoante dispõe o artigo 8º deste mesmo diploma, ouvidos o Procurador Geral da República e o Advogado-Geral da União, a demanda deverá ser julgada procedente, nos termos do artigo 9º c.c. o artigo 24 da Lei federal nº 9.868/1999, quando será dada ciência, nos moldes estabelecidos pelo artigo 25 da Lei federal nº 9.868/1999, àquele Chefe do Executivo fluminense sobre a invalidade das normas impugnadas, para que as mesmas não mais produzam efeitos de qualquer natureza.

Com a procedência da presente demanda constitucional, declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos indicados, aguarda o requerente restabelecimento do Pacto Federativo e do Estado de Direito.

Pede deferimento.

São Paulo,



GERALDO ALCKMIN
GOVERNADOR DO ESTADO



ELIVAL DA SILVA RAMOS
PROCURADOR GERAL DO ESTADO