



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO**

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL RELATOR DA ADI Nº 4935**

PROCESSO: 4935  
Ação Direta de Inconstitucionalidade  
Requerente: Governador do Estado de São Paulo  
Requerido: Governador do Estado do Espírito Santo

**O ESTADO DE SÃO PAULO**, por seu procurador, em atenção ao r. despacho de fls., vem expor e requerer o quanto segue.

1. O Estado do Espírito Santo informa que o combatido artigo 530 L-R-B do Regulamento do ICMS capixaba foi revogado pelo Decreto nº 3.844-R, de 12/8/2015.

2. O dispositivo, reproduzido na inicial, e posteriormente copiado nas informações do Estado do Espírito Santo, confere incentivo fiscal a comerciantes atacadistas, para operações interestaduais,



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO**

consistente em estorno de débito (1/3 do valor total) que, somado aos respectivos créditos do imposto, determinem carga tributária de 1% do valor da operação. Além da carga prefixada em 1%, o contribuinte deveria recolher 10% do débito para fomento de atividades sociais ou culturais. O ônus efetivo era de 1,1%. O benefício inseria-se em amplo projeto desenvolvimentista do Espírito Santo, que incluía outros setores.

3. Ocorre que, antes da revogação do questionado artigo 530-L-R-B do RICMS/ES, incentivo praticamente idêntico foi reeditado pela Lei estadual nº 10.568, de 26/7/2016, publicada em 27/7/2016, conforme documento ora juntado. O quadro abaixo é ilustrativo da tática utilizada pelo Estado do Espírito Santo, para manter o mesmo incentivo.

<i>LEI Nº 10.568, de 26/7/2016</i> <i>Institui programa de desenvolvimento e proteção à economia do Estado do Espírito Santo, nas condições que especifica.</i>	<i>Decreto 1090-R, de 29/10/2002</i> ...
<b>O GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO</b> <i>Faço saber que a Assembleia Legislativa decretou e eu sanciono a seguinte Lei:</i> <b>DECRETA:</b>	
<i>Art. 1º Esta Lei estabelece medidas e mecanismos de proteção à economia do Estado, apoiando os setores ou segmentos da economia do Estado, em especial, para garantir a competitividade e a ocupação de espaços no mercado, frente aos benefícios fiscais concedidos por outras unidades federadas.</i>	<b>CAPÍTULO XXXIX</b> <b>DAS MEDIDAS DE INCENTIVO AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO</b>
<b>Seção XII</b>	<b>Seção XI-B</b>
<b>Das Operações Realizadas por Estabelecimento Comercial Atacadista</b>	<b>Das Operações Realizadas por Estabelecimento Comercial Atacadista</b>
<i>Art. 16. O estabelecimento comercial atacadista, estabelecido neste Estado, deverá, a cada período de apuração, estornar do montante do débito registrado em decorrência de suas saídas interestaduais, destinadas a comercialização ou industrialização, percentual de forma que, após a utilização dos créditos correspondentes apurados no período, a carga tributária efetiva resulte no percentual de um inteiro e dez centésimos por cento.</i>	<i>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.</i>



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

### GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

<p>§ 1º O estabelecimento que optar pela adoção dos procedimentos previstos neste artigo deverá proceder à apuração e ao recolhimento do imposto incidente sobre essas operações, em separado, utilizando documento de arrecadação com o código de receita 380-8.</p>	<p>§ 1.º O estabelecimento que optar pela adoção dos procedimentos previstos neste artigo deverá:</p> <p>I - proceder à apuração do imposto incidente sobre as operações interestaduais, em separado; e</p> <p>(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.)</p>
<p>§ 2º 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.</p>	<p>§ 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.</p>
<p>§ 3º O disposto neste artigo não se aplica às operações:</p> <p>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;</p> <p>II - que destinem mercadorias a consumidor final pessoa física;</p> <p>III - com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária já adquiridas com imposto retido;</p> <p>IV - com cacau e pimenta-do-reino in natura e couro bovino;</p> <p>V - de venda, ou remessa a qualquer título, de mercadoria ou bem, nos casos em que o adquirente, ou destinatário, localizado em outra unidade da Federação, determine que o estabelecimento alienante, ou remetente, localizado neste Estado, promova a sua entrega a destinatário localizado neste Estado, inclusive na hipótese de venda à ordem;</p> <p>VI - nas transferências de mercadorias ou bens importados sujeitos aos efeitos da Resolução nº 13, de 2012, do Senado Federal.</p>	<p>§ 3.º O disposto neste artigo não se aplica às operações:</p> <p>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;</p> <p>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;</p> <p>III - sujeitas ao regime de substituição tributária; ou</p> <p>VII - com cacau e pimenta do reino in natura e couro bovino.</p> <p>(IV - com mercadorias importadas ao abrigo da Lei n.º 2.508, de 1970.</p> <p>VI - com mercadorias importadas, oriundas de outras unidades da Federação.)</p>
<p>§ 4º Para efeito de cálculo do imposto devido, de acordo com as regras previstas no caput e no § 7º, o estabelecimento deverá proceder à apuração do imposto incidente sobre as operações interestaduais, em separado, considerando a carga tributária normal, de modo que:</p> <p>I - seja indicado o percentual correspondente às saídas tributadas interestaduais, em relação ao total das saídas tributadas promovidas pelo estabelecimento;</p>	<p>§ 4.º Para efeito de cálculo do imposto devido, de acordo com a regra prevista no caput, o estabelecimento deverá: ... I - proceder à apuração do imposto incidente sobre as operações interestaduais, em separado, considerando a carga tributária normal, de modo que:</p> <p>a) seja indicado o percentual correspondente às saídas tributadas interestaduais, em relação ao total das saídas tributadas promovidas pelo</p>



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO**

<p><i>II - o percentual encontrado na forma do inciso I seja aplicado sobre o montante total do crédito registrado pelo estabelecimento; e</i></p> <p><i>III - o valor encontrado de acordo com o inciso II seja:</i></p> <p><i>a) deduzido do valor do crédito total registrado pelo estabelecimento, no período de apuração, e</i></p> <p><i>b) utilizado como crédito para efeito de apuração de que trata este artigo.</i></p>	<p><i>estabelecimento;</i></p> <p><i>b) o percentual encontrado na forma da alínea a, seja aplicado sobre o montante total do crédito registrado pelo estabelecimento; e</i></p> <p><i>c) o valor encontrado de acordo com a alínea b seja:</i></p> <p><i>1. deduzido do valor do crédito total registrado pelo estabelecimento, no período de apuração, e</i></p> <p><i>2. utilizado como crédito para efeito de apuração de que trata este artigo; e</i></p> <p><i>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</i></p>
<p><i>§ 5º Os estornos previstos neste artigo serão lançados separadamente na escrituração fiscal digital - EFD.</i></p>	
<p><i>§ 6º A fruição do benefício de que trata este artigo fica condicionada a que o contribuinte:</i></p> <p><i>I - seja inscrito no CNPJ com atividade econômica principal identificada na CNAE - Fiscal, como comércio atacadista;</i></p> <p><i>II - seja usuário do DT-e; e</i></p> <p><i>III - não seja usuário de ECF.</i></p>	
<p><i>§ 7º O disposto neste artigo aplica-se também às operações que destinem mercadorias a pessoa jurídica, na condição de consumidor final, não contribuinte do imposto, caso em que a carga tributária efetiva deverá resultar nos seguintes percentuais:</i></p> <p><i>I - a partir de 1º de janeiro de 2016, um inteiro e cinco décimos por cento;</i></p> <p><i>II - a partir de 1º de janeiro de 2017, um inteiro e vinte e cinco centésimos por cento; e</i></p> <p><i>III - a partir de 1º de janeiro de 2018, um inteiro e um décimo por cento.</i></p>	
<p><i>§ 8º Os percentuais previstos no § 7º absorvem a parcela a ser partilhada de conformidade com o disposto na cláusula décima do Convênio ICMS 93/15.</i></p>	

4. Como se vê, o novo incentivo é substancialmente o mesmo do questionado nesta ação direta, pois possibilita ao contribuinte comerciante atacadista, para as mesmas operações interestaduais, o estorno de débitos que, somados aos créditos respectivos às entradas dos bens, determine ônus tributário fixo. No que importa, a nova norma é praticamente idêntica à questionada na presente ação.



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

5. As únicas modificações são assim resumidas: a mesma carga efetiva (1,1%) agora não é mais praticada em duas fases, 1% recolhida normalmente e 0,1% para incentivos sociais ou culturais; os procedimentos para gozo do benefício para o caso de operações com mercadorias importadas levam em conta alterações legislativas federais e operações com contribuintes qualquer que seja a destinação do produto no Estado de destino, não estão albergadas pelo benefício (antes poderiam dele gozar construtoras, hospitais e transportadores).

Ora, a carga efetiva de 1,1% já era parte do incentivo anterior, pois o revogado inciso II do § 1º, do artigo 530-L-R-B já destinava dez por cento do valor recolhido a promoção da cultura. Assim, a carga efetiva anterior era de 1,1%, a mesma prevista pela nova lei. Além disso, as operações interestaduais com produtos importados, depois da Resolução do Senado Federal nº 13/2012, que fixou alíquota em 4%, não poderiam continuar no mesmo patamar da previsão original. Por último, o incentivo não poderia manter-se em caso de vendas a contribuintes, depois da Emenda à Constituição nº 87/2015.

Todo o resto é condição para fruição do benefício.

6. O benefício foi renovado sem autorização do CONFAZ. Assim, embora veiculado por lei, não cumpre a condição constitucional de que trata o artigo 155, § 2º, XII, letra "g" da Carta Política, que já é padrão de controle desde a propositura da ação.

7. Em que pese o fundamento imediato da ação proposta (inconstitucionalidade do artigo 530-L-R-B do regulamento do ICMS capixaba) ter sido revogado, por malicioso comportamento do Estado requerido, o fundamento mediato (inconstitucionalidade do mesmo benefício por qualquer diploma) permanece o mesmo. Em substância, o bem da vida buscado com a presente ADI continua significativo. Igualmente, o parâmetro de controle e os fundamentos que inicialmente constaram desta ação



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

permanecem hígidos, frente à flagrante maquiagem legislativa operada pelo Estado do Espírito Santo, em astuciosa e abusiva estratégia.

8.           Flagrante a manutenção da inconstitucionalidade pela mera constatação, no novo diploma, de que o contribuinte capixaba lançará integralmente, nas notas fiscais interestaduais, o valor integral do imposto, mas não o recolherá, exportando, assim, créditos indevidos para as unidades de destino. Nada mais desleal. Verdadeiro exercício arbitrário das próprias razões. Barbárie patente. Isso em tempos de finanças debilitadas e poucos recursos públicos.

9.           Assim, permanecendo o mesmo incentivo inicial, este E Tribunal, guardião supremo da Constituição Federal, não haverá de entender prejudicada a ação ajuizada. Ao contrário, em sintonia com precedentes da Corte, o pleito direto será conhecido, para decidir sobre o mérito da inconstitucionalidade, mesmo com as novas roupagens.

10.          De fato, este E STF, assim decidiu em questão semelhante à proposta pelo Espírito Santo, com a alteração, em nada substancial, do benefício questionado, agora veiculado por outro diploma:

ADI 2581 AgR - segundo/ SP - SÃO PAULO  
SEGUNDO AG. REG. NA AÇÃO DIRETA DE  
INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA

Julgamento: 28/09/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJ 16-12-2005

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. ALTERAÇÃO NÃO-SUBSTANCIAL DA NORMA IMPUGNADA. INEXISTÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. É correta decisão monocrática que entende não prejudicada ação direta de inconstitucionalidade em virtude de sobrevinda de alteração legislativa não-substancial da norma impugnada. Nova redação que não altere o sentido e o alcance do dispositivo atacado não implica a revogação deste, de sorte que permanece viável o controle concentrado de constitucionalidade. Agravo regimental a que se nega provimento.

11.          Por economia processual e considerando-se aplicável à nova legislação do Espírito Santo os mesmos argumentos expendidos na inicial, este R. Julgador poderá, em despacho monocrático, manter a ação, conforme ajuizada, alterando somente o dispositivo inicialmente



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

questionado, para o artigo 16 da Lei estadual do Espírito Santo nº 10.568, de 26/7/2016, que veicula idêntico benefício ao originalmente posto nesta ação direta.

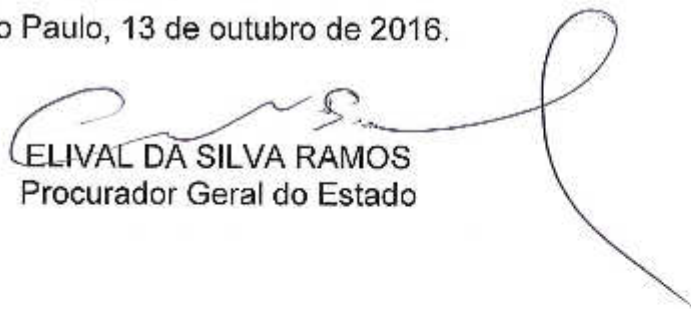
12. Para tanto, requer-se, a teor do artigo 240 c.c 329, II, ambos do Novo CPC, aditamento da inicial, considerando-se, sobretudo que o requerido não apresentou as informações. Assim, admitida a alteração da inicial, para que o pedido seja de declaração de inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei nº 10.568, de 26/7/2016, do Espírito Santo, por afronta ao artigo 157, § 2º, XII, letra "g" da Constituição Federal, requer-se nova notificação do Governador do Estado e do Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo.

13. Desta forma, tendo em mente que se trata de processo objetivo contra norma estadual inconstitucional, ouvida a Assembleia Legislativa do Estado e o Governador do Espírito Santo, reitera-se a inicial, com o objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade do benefício fiscal consistente em estorno de débitos para operações interestaduais praticadas por comerciantes atacadistas capixabas, ora veiculadas artigo 16 da Lei estadual do Espírito Santo nº 10.568, de 26/7/2016, materialmente, em vício de constitucionalidade idêntico ao invocado quando do ajuizamento da ação direta.

Termos nos quais

p. deferimento.

São Paulo, 13 de outubro de 2016.

  
ELIVAL DA SILVA RAMOS  
Procurador Geral do Estado