V O T O

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhora Presidente, eminentes pares, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados, a controvérsia posta em debate cinge-se à constitucionalidade dos artigos 75, XV e XVI; 85, I, "d.2"; e 222, X; bem como do Item 13 da Parte 1 do Anexo 1; do Item 19, "a" e "b", da Parte 1 e dos Itens 6, 7, 13, 60 e 61 da Parte 6 do Anexo 4; do artigo 489, II, "c" e "d", da Parte 1 do Anexo 9; do artigo 46, III, "b", e XIII, e §§ 3º, I, e 9º, IV, e do artigo 111-A, I, II e IV, da Parte 1 e dos Itens 43.2.46, 43.2.47 e 43.2.48 da Parte 2 do Anexo 15, todos do Decreto 43.080/2002 do Estado de Minas Gerais (antigo Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - RICMS /MG), com as redações dadas pelos artigos 1º e 2º do Decreto estadual 45.515 /2010 e pelo artigo 1º do Decreto estadual 46.354/2013, e dos artigos 45; 112, I, "f", 1; e 185, IX, bem como da expressão " *desde que produzidos no Estado* " presente no Item 22, "a" e "b", da Parte 1 e dos Itens 4, 5, 8, 9, 10, 11, 13, 57 e 58 da Parte 6 do Anexo II; dos Itens 10 e 11 da Parte 1 do Anexo IV; do artigo 153, I e II, da Parte 1 do Anexo VII; dos Itens 16.0, 16.1, 17.0, 17.1, 18.0, 18.1, 24.0, 24.1, 24.2, 24.3, 24.4 e 24.5 da Tabela 17 da Parte 2 do Anexo VII; do artigo 323, II, "a", "b", "c" e "d", da Parte 1 do Anexo VIII; e da expressão " *produzidos no Estado* " constante dos Itens 14 e 14.1 da Parte 1 do Anexo X, todos do Decreto 48.589/2023 do Estado de Minas Gerais (atual Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - RICMS/MG) (Doc. 79), que estabeleceram benefícios fiscais para operações internas, bem como previram regimes de substituição tributária para mercadorias advindas de outros Estados, por alegada violação do princípio da proibição da discriminação tributária de bens e pessoas em função de sua origem ou destino (artigo 152 da Constituição Federal).

O Requerente, em síntese, aduziu:

> " *Convém deixar claro que o pleito desta ação direta limitar-se-á a inconstitucionalidade das partes das normas mineiras que discriminam pela procedência, visto que limitaram sua incidência aos residentes naquele Estado.*
>
> *O SOLIDARIEDADE assim restringe seu pleito porque, no seu entender, essa forma de atacar os benefícios concedidos unilateralmente pelos Estados será mais eficaz do que a mera declaração de inconstitucionalidade de toda a norma, com base na sua não aprovação prévia pelo CONFAZ.*
>
> *Afinal, a experiência recente do Autor tem demonstrado que os Estados se utilizam de inúmeras estratégias para esquivar-se dos efeitos da invalidação de suas normas (seja revogando-as antes do*

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/08/2025 15:10

julgamento, seja concedendo anistia aos contribuintes beneficiados no período em que vigeu a norma inconstitucional e outros expedientes).

O SOLIDARIEDADE entende que, acolhida a presente demanda do modo que é aqui colocada, esse C. STF estará dando um passo adiante na sua jurisprudência contrária à guerra fiscal no âmbito do ICMS, visto que, ao se declarar a inconstitucionalidade apenas da parte da norma que discrimina pela procedência, os Fiscos Estaduais serão obrigados a estender os benefícios a todos os contribuintes do país, não importa onde estejam estabelecidos, garantindo, assim, tratamento igualitário entre todos os Estados, em reforço ao princípio federativo.

(…) inobstante infralegais, as disposições aqui debatidas instauraram em caráter originário – ou seja, sem qualquer lei ou diploma superior prévio equivalente – diferenciação na regulação mineira sobre ICMS, a partir da procedência ou não daquele Estado da mercadoria.

(…) constata-se que os arts. 1º e 2º do Decreto Estadual nº 45.515 /2010 e o art. 1º do Decreto Estadual nº 46.354/2013 introduziram as seguintes inovações na regulação mineira de ICMS:

Através da inclusão do item 13, na Parte 1, do Anexo 1 do ICMS, do RICMS/MG, a isenção, nas operações de saídas internas, do leite pasteurizado tipo 'A', 'B' e 'C' ou leite UHT (UAT), desde que produzidos no Estado de MINAS GERAIS;

Através da alteração dada ao item 19, da Parte 1, do Anexo IV e itens 6, 7, 13, 60 e 61, da Parte 6, do mesmo Anexo IV, do RICMS/MG – seja pelo anterior art. 2º, I, e do Dec. nº 45.515/2010, seja pelo atual art. 1º do 46.388/2013 –, a redução na base de cálculo de forma que a carga tributária resulte em 7%, nas operações de saídas internas, dos produtos alimentícios relacionados (leites, manteigas, queijos, iogurtes, bebidas lácteas, carnes (bovina, bufalina, suína, ovina, caprina de aves e de peixes), linguiça, mortadela, salsicha (exceto as de lata), desde que produzidos no Estado mineiro;

Através dos artigos 46 e 111-A, ambos do RICMS/MG, com as alterações também introduzidas ao citado diploma regulamentar pelo Decreto (MG) n. 45.515/10, em percentuais de até 47%, a instituição do regime de substituição tributária, como o correspondente à margem de valor presumidamente agregada no Estado, para efeitos de cálculo do ICMS devido por Substituição Tributária pelos contribuintes que receberam leite UHT, queijos e outros lácteos.

Em decorrência disso, desde 12 de fevereiro de 2011, criou-se situação de tratamento tributário diferenciado em razão da procedência do produto no Estado de Minas Gerais, diferenciação esta

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/08/2023 15:10

inclusive reconhecida pelo próprio Fisco Mineiro através da Orientação Tributária DOLT/SUTRI N 2 001/2011 (em anexo) (…)

Como adiantado, esta ação direta busca a declaração de inconstitucionalidade parcial do RICMS/MG (na redação dada pela integralidade do Decreto Estadual nº 45.515/2010 e pelo art. 1º do Decreto Estadual nº 46.354/2013), excluindo os trechos das normas acima destacadas que discriminam os produtos acima elencados pela sua procedência, em clara afronta ao artigo 152 da CF, nos termos da jurisprudência pacífica dessa C. Suprema Corte."

Preliminares:

Possibilidade jurídica do pedido - A supressão judicial de restrições inconstitucionais a direitos assegurados na Constituição não implica usurpação das funções legislativas ou executivas

Antes que seja possível investir contra a questão de fundo posta, cumpre examinar a alegada impossibilidade de conhecimento desta ação direta de inconstitucionalidade.

Tanto o Governador do Estado de Minas Gerais quanto o Procurador-Geral da República argumentam que esta ação direta de inconstitucionalidade não deveria ser conhecida, uma vez que o pedido formulado pelo Requerente implicaria a extensão de benefício fiscal e, consequentemente, a incursão do Supremo Tribunal Federal no papel de legislador positivo.

Por oportuno, registro o seguinte trecho da manifestação do Procurador-Geral da República, que sintetiza a preocupação:

" A postulação implica utilização subvertida da fiscalização abstrata de constitucionalidade para converter o Judiciário em legislador positivo, dada a clara intenção de ver reconhecida inconstitucionalidade parcial dos preceitos estaduais, a fim de estender os benefícios fiscais a produtos produzidos em outros estados da federação.

Consoante a petição inicial, o requerente optou por impugnar apenas as partes dos dispositivos que limitam a concessão de vantagens tributárias aos produtos provenientes do Estado de Minas Gerais, com o intuito de conferir o mesmo tratamento fiscal a todos os estados-membros. (…)

Configura-se, portanto, impossibilidade jurídica do pedido desta ação direta. Eventual declaração de inconstitucionalidade das expressões ' produzidos no Estado *', do item 13, parte 1 do Anexo 1 do Decreto 43.080, de 13 de dezembro de 2002, e '* desde que produzidos no Estados *', nas alíneas* a *e* b *do item 19, parte 1 do*

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/08/2023 15:10

> *Anexo 4 da norma estadual, resultaria na extensão de benefícios fiscais aos demais estados-membros, o que significaria atuação do STF como legislador positivo."* (Doc. 37)

Em que pesem a engenhosidade do argumento e a legítima preocupação com o aviltamento do papel do controle concentrado de constitucionalidade, pela via da competência originária do Supremo Tribunal Federal, eventual procedência do pedido formulado pelo Requerente não implicaria a criação nem a extensão de benefício fiscal em substituição ao legislador.

Nossos modelos de pacto federativo e republicano incorporados à Constituição Federal de 1988 tomam a separação de Poderes em sua dúplice acepção político-funcional. De um lado, os artigos 2º e 60, § 4º, III, da Constituição Federal resguardam a legitimidade popular, exercida via sufrágio universal direto, para impedir que agentes desprovidos de amparo eleitoral vinculem a população com a produção reiterada de normas gerais e abstratas.

Por outro lado, por inspiração de **Hamilton** , a separação de Poderes também assume imprescindível papel na composição das salvaguardas da formação da vontade política do Estado. A vontade popular majoritária, manifestada pelos representantes devidamente eleitos, é inafastável, porém insuficiente.

Conforme observado por **James Buchanan** e **Geofrrey Brennan** , uma proteção eficiente dos objetivos públicos contra a manipulação egoísta das normas tributárias pressupõe um arcabouço normativo constitucional sólido, que densifique o pacto social, ao lado do controle periódico por meio das eleições.

A propósito, **Buchanan** e **Brennan** assim sintetizam a racionalidade que orienta um pacto constitucional e, por derivação, a ideia de uma *Constituição Fiscal* :

> *" Of course, to the extent that government could be predicted to act 'perfectly' - whatever that may mean - in all periods, there would be no conceptual or logical basis for imposing constitutional limits; such limits could only prevent government from taking actions that are, by definition, 'desirable'. In this sense, the constitutional perspective is irreconcilably at odds with the benevolent despot model, which in its various guises underlies the orthodox analysis of public policy generally and of conventional tax theory in particular. The logic of constitutional restrictions is embodied in the implicit prediction that any power assigned to government may be, over some ranges and on some occasions, exercised in ways that are at variance with the desired usage of such power, as defined by citizens behind the veil of ignorance. As emphasized throughout modern public-*

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/08/2023 15:10

choice theory, persons who act in agency roles, as 'governors', are not basically different from their fellow citizens, and methodological consistency suggests that the same motivations for behavior be imputed to persons in public and private choices. We need not, of course, rule out the possibility of 'moral' (or, more accurately, 'altruistic') behavior on the part of those persons who make governmental decisions."

Nesse contexto, é teoricamente possível que a concessão de um benefício fiscal viole o pacto constitucional de duas formas diversas: *i)* por criar um direito a quem não lhe faça jus; *ii)* por negar expressa ou implicitamente um direito a um indivíduo legítimo.

Essa distinção entre os modos de violação constitucional não esgota a dimensão do problema. O intérprete constitucional deve também indagar se o "benefício" em questão se traduz num mandamento inexorável do pacto constitucional, ou, diferentemente, se a concessão insere-se num contexto de maior latitude de escolha política, motivada pela baixa essencialidade do objeto assegurado ou pela alternatividade.

Em um primeiro momento, a palavra "benefício" sugere a segunda alternativa. O Estado, mais próximo do modelo primitivo a que aludiu **Franz Oppenheimer** , dispensa aos súditos uma graça, uma regalia, um privilégio marcado integralmente pelo sabor discricionário. Já nos Estados Democráticos de Direito, Republicanos, inexiste espaço para idiossincrasia, e os poderes constituídos devem levar a sério as consequências de suas ações. O espaço para ação discricionária é inexistente ou muito reduzido, porquanto condicionado ao pacto constitucional.

Assim, para evitar que a palavra escolhida oculte neste exame um preconceito, devemos nos referir à norma não como um "benefício", mas como um **gasto tributário** (*tax expenditure*). De fato, as vertentes mais precisas das Ciências da Economia e das Finanças Públicas estudam esse tipo de fenômeno político-normativo para aferir em que medida as escolhas públicas fomentam ou arrefecem a obtenção das metas assumidas pelo Estado.

É teoricamente possível que a violação constitucional surja das consequências ou dos efeitos normativos.

Inexiste um conceito único para gasto tributário nas Ciências, do mesmo modo que inexiste um conceito normativo cogente. A Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB) construiu um bom conceito especulativo, assim enunciado:

> " *Gastos tributários são gastos indiretos do governo realizados por intermédio do sistema tributário, visando a atender objetivos econômicos e sociais e constituem-se em uma exceção ao sistema tributário de referência, reduzindo a arrecadação potencial e,*

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/08/2023 15:10

consequentemente, aumentando a disponibilidade econômica do contribuinte."

A principal contribuição do conceito especulativo construído pela SRFB é ajustar-se às linhas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que tomam os objetivos próprios das despesas públicas como parâmetro de identificação.

Noutro dizer, os gastos tributários devem atender à mesma racionalidade dos programas e das ações públicas que formam o núcleo das prestações do Estado.

É neste ponto que o conteúdo do pacto constitucional assume relevância. Substancialmente e para uma quadra espaço-temporal específica, o pacto constitucional indicará os programas e as ações públicas que o Estado está obrigado a executar, sem margem para disposição pelos titulares da agência pública (do agir ou da ação).

Diferentemente, se a norma examinada estiver total ou substancialmente dissociada da finalidade pública, estar-se-á diante de um verdadeiro benefício, dentro ou não do escopo da legalidade.

Em conclusão, diante de um gasto tributário autêntico, legítimo, o Estado não pode simplesmente cogitar sua negativa, pois a prestação será obrigatória.

Da inafastabilidade do gasto tributário extrai-se uma característica relevante para o controle de constitucionalidade. Como o gasto é obrigatório, o juízo lógico que o reconhece terá alcance meramente declaratório. Não há risco de substituição do legislador, pois o legislador mesmo não poderia agir de modo diverso.

Em relação à proteção dos direitos fundamentais, faz parte de nossa técnica de controle de constitucionalidade reconhecer que a retirada de restrições inconstitucionais não implica usurpação das funções legislativas ou até executivas.

Por mera conjectura, não teríamos maiores dúvidas em considerar inconstitucional parte de hipotético texto legal que vinculasse o acesso ao Sistema Único de Saúde (SUS) apenas aos brasileiros natos. Parece inequívoco que todos os brasileiros, qualquer que seja o modo de aquisição da nacionalidade, bem como os estrangeiros que se encontram em território nacional, fazem jus ao SUS. Retirar a restrição seria a única solução viável, dadas as violações colaterais que a retirada pura e simples do direito (*tout court*) ou a persistência da restrição causariam nas expectativas legítimas da população.

Em abono, registro três exemplos nos quais o Supremo Tribunal Federal assegurou a eficácia de direitos fundamentais, sem qualquer contrariedade à separação de Poderes nem às regras orçamentárias.

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/08/2023 15:10

O Plenário desta Suprema Corte já decidiu que a insistência da União em permanecer em mora quanto à regulamentação da imunidade tributária teria por consequência o reconhecimento desse direito constitucional, sem cogitar que essa salvaguarda tributária fosse um mero benefício fiscal (MI 232, Plenário, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 27/3/1992).

De modo semelhante, assentou-se que o Município de Santo André/SP estava obrigado a assegurar a matrícula de crianças em creches, como dão conta os seguintes julgados:

> *" RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças de zero a seis anos de idade' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder*

Plenário Virtual - minuta de voto - 07/08/2023 15:10

Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à 'reserva do possível'. Doutrina. " (RE 410.715-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 3/2/2006)

" DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido. " (RE 464.143-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* e de 19/2/2010)

Por fim, relevante apontar o julgamento do RE 592.581, Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* e de 1º/2/2016, quando se assentou ser: " *(...) lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais"*.

In casu , estamos diante de gasto tributário destinado a fomentar operações com a **cesta básica.**

Entre nós, a versão atual de cesta básica tem origem na normatização do salário-mínimo pelo Governo Vargas, em 1938. Como era necessário mensurar os dispêndios de um trabalhador médio com alimentação, dado que essa parcela deveria compor o salário-mínimo, a Lei 185/1936 e o Decreto-lei 399/1938 definiram uma lista de alimentos que atenderia às necessidades humanas e que posteriormente seria adaptada segundo as preferências e disponibilidades de cada região do país. O poder público e a sociedade civil coletavam os valores dos preços dos alimentos listados para compor a referida parcela "alimentação" do salário-mínimo.

Curiosamente, o produto "leite" deveria constar obrigatoriamente de todas as listas regionais . Aliás, tratava-se do único produto pertencente ao grupo essencial.

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/08/2025 15:10

Hoje é a sociedade civil, na qual se destaca o **Dieese** , que estuda e afere com grande intensidade o papel da cesta básica.

Dispõe a Constituição Federal de 1988, textualmente:

> *" Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*
>
> *(…)*
>
> *Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*
>
> *(...)*
>
> *IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;*
>
> *(...)*
>
> *Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:*
>
> *(...)*
>
> *VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.*
>
> *(...)*
>
> *§ 4º Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.*
> *"*

Fomentar o acesso à cesta básica significa dar concreção ao direito fundamental à alimentação.

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/09/2023 15:10

E, como bem aponta estudo do **Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA)** , a incidência do ICMS distorce a disponibilidade para acesso à cesta básica:

> *" Os resultados mostram que, dependendo do salário-mínimo vigente na época, com uma alíquota nominal de 17,7%, o total do ICMS pago sobre os produtos da cesta básica poderia atingir valor superior a 25,0% do salário-mínimo em Natal, no ano de 1994, com uma média, para os três anos e todas as regiões metropolitanas em consideração, da ordem de 19,9%. Essa alíquota é aplicada em alguns Estados que não têm uma cesta básica tributária definida. Para uma alíquota de 12%, os resultados mostram que o ICMS pago sobre os produtos da cesta básica poderia atingir valor superior a 18% do salário-mínimo no Rio de Janeiro, no ano de 1994. O percentual médio para todos os anos e as regiões metropolitanas seria de 15,0%.*
>
> *Com a alíquota de 7%, já aplicada por grande parte dos estados que têm uma cesta básica tributária definida, os resultados mostram que o ICMS pago poderia representar até 11,8% do valor do salário-mínimo em Fortaleza, no ano de 1994. O percentual médio para todos os anos e as regiões metropolitanas seria de 9,4%.*
>
> *Esses valores evidenciam a necessidade da redução das alíquotas do ICMS incidente sobre a cesta básica, e mostram que mesmo as alíquotas de 12% ou 7%, adotadas por alguns estados para certos produtos, ainda seriam elevadas, considerando-se o grande peso relativo dos gastos com alimentação da população de mais baixa renda."*

Não estamos diante de um mero benefício. Ao reduzir a carga tributária da cesta básica, o Estado de Minas Gerais dá densidade ao direito fundamental à alimentação, que inadmite restrições.

Por estarmos diante da proteção a um direito fundamental, não há que se falar em usurpação de competência, nem de atropelo deletério à separação entre os Poderes.

Pelo contrário.

Afirmar que o Judiciário não poderia reconhecer que o Estado de Minas Gerais deve assegurar o direito à alimentação independentemente da procedência dos respectivos produtos implicaria sequestrar o direito à própria subsistência em prol de objetivo também nobre, mas que não justifica o aviltamento do valor da vida: o fomento das atividades empresariais locais.

Afinal, o valor nutricional dos alimentos da cesta básica ignora se o leite provém de Minas Gerais ou de qualquer outro Estado da Federação.

Mantivéssemos o não conhecimento do pedido, chegaríamos a um dilema nefasto. A violação mais óbvia é que reduziríamos um instrumento

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/08/2023 15:10

de ampliação do direito à alimentação ao interesse puramente arrecadatório do Estado de Minas Gerais. Porém, também estaríamos a afirmar que a única resposta do controle concentrado ao problema seria a extirpação de todo o gasto tributário, de modo a prejudicar a população mais sensível ao custo da cesta básica.

Proponho que a Corte resolva esse dilema com o reconhecimento de que violações aos direitos fundamentais, cuja fruição não pode ser restrita, podem ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade.

Portanto, diante do caráter inalienável do direito alegadamente ofendido pelo texto impugnado, que conduz ao dever de reparar o quadro sem que se cogite de violação à separação de Poderes, o exame do mérito da presente ação é medida que se impõe.

Prejudicialidade da ação quanto aos dispositivos revogados

Nada obstante, a presente ação comporta conhecimento apenas parcial. É que o Decreto 43.080/2002 do Estado de Minas Gerais (antigo Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - RICMS/MG), vigente à época da propositura da ação, foi posteriormente revogado pelo Decreto 48.589/2023 do Estado de Minas Gerais (atual Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - RICMS/MG), que basicamente repetiu o teor das normas originalmente impugnadas.

Portanto, a presente ação resta prejudicada quanto aos dispositivos impugnados do Decreto 43.080/2002 do Estado de Minas Gerais.

Deveras, o objetivo da ação direta é a declaração, em tese, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e o seu consequente expurgo do ordenamento jurídico, razão pela qual a revogação do dispositivo impugnado implica a prejudicialidade da ação, por perda de seu objeto.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que a revogação superveniente do ato normativo impugnado ou o exaurimento de sua eficácia impede o prosseguimento da própria ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4.365, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 8/5/2015; ADI 4.663-MC-Ref, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* de 16/12/2014).

Saliente-se que eventuais lesados em seus direitos subjetivos por consequências advindas da vigência de norma revogada ou exaurida devem buscar a reparação em ação própria, uma vez que o controle concentrado não tem por escopo a satisfação de direitos subjetivos individuais ou coletivos (ADI 4.620-AgR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 1º/8/2012; ADI 1.445-QO, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 29/4/2005; ADI 709, Plenário, Rel. Min. Paulo Brossard, *DJ* de 20/5/1994).

Plenário Virtual - minuta de voto - 02/08/2023 15:10

Dessa forma, impõe-se o conhecimento parcial da ação direta de inconstitucionalidade, tão somente quanto aos artigos 45; 112, I, "f", 1; e 185, IX; à expressão " *desde que produzidos no Estado* " presente no Item 22, "a" e "b", da Parte 1 e aos Itens 4, 5, 8, 9, 10, 11, 13, 57 e 58 da Parte 6 do Anexo II; aos Itens 10 e 11 da Parte 1 do Anexo IV; ao artigo 153, I e II, da Parte 1 do Anexo VII; aos Itens 16.0, 16.1, 17.0, 17.1, 18.0, 18.1, 24.0, 24.1, 24.2, 24.3, 24.4 e 24.5 da Tabela 17 da Parte 2 do Anexo VII; ao artigo 323, II, "a", "b", "c" e "d", da Parte 1 do Anexo VIII; e à expressão " *produzidos no Estado* " constante dos Itens 14 e 14.1 da Parte 1 do Anexo X, todos do Decreto 48.589/2023 do Estado de Minas Gerais (atual Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - RICMS /MG), de seguinte teor:

> " *Art. 45 - Fica assegurado crédito presumido nas hipóteses previstas no Anexo IV.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 112 - O recolhimento do imposto será efetuado:*
>
> *I - relativamente às próprias operações ou prestações do contribuinte:*
>
> *(...)*
>
> *f) até o dia quinze do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, quando se tratar de:*
>
> *1 - laticínio, quando preponderar a saída de queijo, requeijão, manteiga, leite em estado natural ou pasteurizado, ou de leite UHT - UAT;*
>
> *(...)*
>
> *Art. 185 - Para os efeitos de aplicação da legislação do imposto:*
>
> *(...)*
>
> *IX - leite in natura compreende o leite cru, o leite fresco, os leites dos tipos A, B e C e o leite UHT - UAT;*
>
> *(...)*
>
> *ANEXO II*
>
> *DA REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO*
>
> *PARTE 1*
>
> *DAS HIPÓTESES DE REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO*
>
> *(...)*
>
> *Item 22 - Operação de saída interna dos produtos alimentícios (eficácia até 31/12/2032):*

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/08/2025 15:10

a) relacionados nos itens 4, 5, 8 a 11, 16 a 21, 23, 26 a 32, 52 a 55, 59 e 60, ***desde que produzidos no Estado*** *, e nos itens 1 a 3, 6, 7, 12 a 15, 22, 24, 25, 33 a 35, 41 a 45, 56 a 58, todos da Parte 6 deste anexo, observado o disposto nas alíneas 'c' e "d", tributada à alíquota de:*

a.1) 18% (dezoito por cento); Redução de (%) 61,11

a.2) 12% (doze por cento); Redução de 41,66

b) relacionados nos itens 36 a 38, ***desde que produzidos no Estado*** *, e nos itens 39, 40 e 46 a 51, da Parte 6 deste anexo; Redução de (%) 33,33*

(...)

PARTE 6

PRODUTOS ALIMENTÍCIOS

(...)

Item 4 - Produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino ou suíno, em estado natural, resfriados ou congelados.

Item 5 - Carne bovina ou suína, salgada ou seca.

(...)

Item 8 - Leite pasteurizado tipo 'A'.

Item 9 - Leite pasteurizado tipo 'B'.

Item 10 - Leite pasteurizado tipo 'C'.

Item - 11 Leite UHT (UAT).

(...)

Item 13 - Mistura pré-preparada de farinha de trigo classificada no código 1901.20.00 da NBM/SH.

(...)

Item 57 - Produtos comestíveis resultantes do abate de aves, exceto os relacionados no item 62 desta parte, de peixes ou de gado bufalino, caprino ou ovino, em estado natural, resfriados ou congelados.

Item 58 - Carne bufalina, caprina ou ovina, salgada ou seca.

(...)

ANEXO IV

DO CRÉDITO PRESUMIDO

PARTE 1

DAS HIPÓTESES DE CRÉDITO PRESUMIDO

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/08/2023 15:10

(...)

Item 10 - Estabelecimento industrial, na operação de saída interna com leite pasteurizado tipo 'A', 'B' ou 'C' ou leite UHT - UAT destinadas ao comércio, em embalagem que permita sua venda a consumidor final (eficácia até 31/12/2032). Crédito presumido: 100% (cem por cento) do imposto incidente na operação. Eficácia até 31/12 /2023.

(...)

Item 11 - Estabelecimento industrial, na operação de saída interestadual com leite pasteurizado tipo 'A', 'B' ou 'C' ou leite UHT - UAT destinadas ao comércio, em embalagem que permita sua venda a consumidor final. Crédito presumido: De forma que a carga tributária resulte em 1% (um por cento) do valor da operação. Eficácia até 31/12 /2032.

(...)

ANEXO VII

DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

PARTE 1

DOS REGIMES DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

(...)

CAPÍTULO XIV

DAS OPERAÇÕES COM PRODUTOS ALIMENTÍCIOS

(...)

Art. 153 - A substituição tributária prevista para as operações subsequentes com queijos não se aplica nas operações internas promovidas por produtor rural, hipótese em que a responsabilidade pela apuração e recolhimento do imposto recairá:

I - sobre o estabelecimento industrial ou de cooperativa de produtores rurais, ao promover a saída da mercadoria com destino a outro contribuinte;

II - sobre o estabelecimento atacadista ou varejista, no momento da entrada da mercadoria no estabelecimento.

(...)

PARTE 2

DAS MERCADORIAS PASSÍVEIS DE SUJEIÇÃO AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RELATIVO ÀS OPERAÇÕES

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/09/2023 15:10

SUBSEQUENTES, DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E DAS MARGENS DE VALOR AGREGADO

(...)

TABELA 17. PRODUTOS ALIMENTÍCIOS

Âmbito de Aplicação da Substituição Tributária:

17.1 Interno e nas seguintes unidades da Federação: Alagoas (Protocolo ICMS 188/09), Amapá (Protocolo ICMS 188/09), Distrito Federal (Protocolo ICMS 30/13), Mato Grosso (Protocolo ICMS 188/09), Paraná (Protocolo ICMS 188/09), Rio de Janeiro (Protocolo ICMS 188 /09), Santa Catarina (Protocolo ICMS 188/09) e São Paulo (Protocolo ICMS 28/09).

17.2 Interno e nas seguintes unidades da Federação: Espírito Santo, Mato Grosso do Sul e Pará (Protocolo ICMS 21/91).

** Relativamente aos açúcares que não sejam de cana, o âmbito de aplicação é 17.3 (interno)*

17.3 Interno

17.4 Inaplicabilidade do regime de Substituição Tributária

(...)

Item 16.0 - Leite 'longa vida' (UHT - 'Ultra High Temperature'), em recipiente de conteúdo inferior ou igual a 2 litros. Âmbito de aplicação: 17.3. MVA (%): 15.

Item 16.1 - Leite 'longa vida' (UHT - 'Ultra High Temperature'), em recipiente de conteúdo superior a 2 litros e inferior ou igual a 5 litros. Âmbito de aplicação: 17.3. MVA (%): 15.

Item 17.0 - Leite em recipiente de conteúdo inferior ou igual a 1 litro. Âmbito de aplicação: 17.3. MVA (%): 15.

Item 17.1 - Leite em recipiente de conteúdo superior a 1 litro e inferior ou igual a 5 litros. Âmbito de aplicação: 17.3. MVA (%): 15.

Item 18.0 - Leite do tipo pasteurizado em recipiente de conteúdo inferior ou igual a 1 litro. Âmbito de aplicação: 17.3. MVA (%): 15.

Item 18.1 - Leite do tipo pasteurizado em recipiente de conteúdo superior a 1 litro e inferior ou igual a 5 litros. Âmbito de aplicação: 17.3. MVA (%): 15.

(...)

Item 24.0 - Queijos, exceto os dos CEST 17.024.01, 17.024.02, 17.024.03, 17.024.04 e 17.024.05. Âmbito de aplicação: 17.3. MVA (%): 45.

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/08/2023 15:10

Item 24.1 - CEST 17.024.01 - Queijo muçarela. Âmbito de aplicação: 17.3. MVA (%): 38.

Item 24.2 - CEST 17.024.02 - Queijo minas frescal. Âmbito de aplicação: 17.3. MVA (%): 40.

Item 24.3 - CEST 17.024.03 - Queijo ricota. Âmbito de aplicação: 17.3. MVA (%): 56.

Item 24.4 - CEST 17.024.04 - Queijo petit suisse *. Âmbito de aplicação: 17.3. MVA (%): 65.*

Item 24.5 CEST 17.024.05 - Queijo cremoso ('cream cheese'). Âmbito de aplicação: 17.3. MVA (%): 60.

(...)

ANEXO VIII

PARTE 1

DAS DISPOSIÇÕES ESPECIAIS DE TRIBUTAÇÃO

(...)

CAPÍTULO XLII

DAS OPERAÇÕES RELATIVAS A LEITE, CREME DE LEITE E QUEIJO MINAS ARTESANAL

(...)

Art. 323 - Nas operações com leite, além do regime tributário previsto neste capítulo, aplicam-se, até o dia 31 de dezembro de 2032, os seguintes benefícios:

(...)

II - nas operações com leite pasteurizado tipo 'A', 'B' ou 'C' ou leite UHT - UAT, em embalagem que permita sua venda a consumidor final:

a) crédito presumido, nos termos do item 10 do Anexo IV, de valor equivalente ao imposto devido, nas operações internas promovidas pelo estabelecimento industrial destinadas ao comércio;

b) crédito presumido, nos termos do item 11 do Anexo IV, de modo que a carga tributária resulte em 1% (um por cento), nas operações interestaduais promovidas pelo estabelecimento industrial destinadas ao comércio;

c) isenção do imposto, nos termos do item 14 da Parte 1 do Anexo X, nas operações internas promovidas por estabelecimento varejista ou atacadista;

d) redução de base de cálculo, nos termos do item 22 da Parte 1 do Anexo II, de forma que a carga tributária resulte em 7% (sete por

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/08/2023 15:19

cento), nas operações internas promovidas por estabelecimento industrial.

(...)

ANEXO X

DAS ISENÇÕES

PARTE 1

DAS HIPÓTESES DE ISENÇÃO

(...)

Item 14 - Operação de saída interna de leite pasteurizado tipo 'A', 'B' ou 'C' ou leite UHT (UAT), em embalagem que permita sua venda a consumidor final, ***produzidos no Estado*** *, promovida por estabelecimento atacadista ou varejista. Eficácia até 31/12/2032*

Item 14.1 No período de 1º de janeiro de 2029 a 31 de dezembro 2032, a isenção de que trata este item será parcial, ficando o benefício reduzido em 20% (vinte por cento) a cada ano a partir de 2029, resultando nos seguintes percentuais de redução de base de cálculo:

a) 80% (oitenta por cento), de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2029;

b) 60% (sessenta por cento), de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2030;

c) 40% (quarenta por cento), de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2031;

d) 20% (vinte por cento), de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2032 ." (grifos nossos)

Mérito:

Concessão de "benefício fiscal"a produtos da cesta básica - Validade condicionada à aplicação a todos os produtos da espécie indicada, sem restrições quanto à respectiva origem

Vencida a preliminar, passo ao exame de mérito.

A questão não é nova no âmbito desta Suprema Corte. Por ocasião do julgamento da ADI 3.410, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe* de 8/6/2007, o Plenário decidiu que "benefício fiscal" concedido a produto da cesta básica somente seria válido se aplicável a todos os produtos da espécie indicada, sem restrições quanto à respectiva origem. Por oportuno, transcrevo a seguinte passagem do voto do eminente Relator:

" *A concessão de benefício fiscal às operações de circulação de farinha de trigo e mistura pré-preparada de farinha de trigo das quais resulte a saída interna do produto não é, em si, inconstitucional, pois tem amparo em convênio. Com efeito, o Convênio Confaz-ICMS 128*

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/08/2023 15:10

/1994 (…) autoriza os estados e o Distrito Federal a instituir carga tributária reduzida para as operações internas com mercadorias da cesta básica (cláusula primeira).

Haveria, sim, inconstitucionalidade em eventual limitação do benefício fiscal às operações de saída interna com as mercadorias provenientes do estado de Minas Gerais, excluindo-se do âmbito de aplicação, por conseqüência, as mercadorias provenientes de outros estados (...) cuja tributação se dá por antecipação (...) por ausência de previsão em convênio (...) e por ofensa à proibição de estabelecimento de tratamento diferenciado em razão da procedência ou destino das operações (art. 152, da Constituição).

Ainda, a norma violaria a reserva de previsão em convênio se outorgasse o benefício às operações interestaduais com os produtos mencionados.

A violação se caracterizaria na medida em que o convênio que fundamenta a concessão do benefício não estabelece como critério para redução da carga tributária a circunstância de as operações anteriores à operação beneficiada também terem sido beneficiadas. Determina, sim, tão-somente, que as operações beneficiadas sejam de saída interna de produtos da cesta básica.

Contudo, ao exemplificar a interpretação e aplicação das normas impugnadas, o requerido reconhece a redução da base de cálculo para as operações de saída das mercadorias originadas do estado do Paraná e tributadas por antecipação (fls. 123)."

O referido precedente recebeu a seguinte ementa:

" *CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS. FARINHA DE TRIGO E MISTURA PRÉ-PREPARADA DE FARINHA DE TRIGO. DECRETO 43.891/2004 DO ESTADO DE MINAS GERAIS. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 146, III; 150, § 6º, e 155, II, § 2º, e XII,* g *, todos da Constituição. A concessão de benefício fiscal às operações com farinha de trigo e mistura pré-preparada de farinha de trigo, nos termos do art. 422, § 3º, do Capítulo LIV da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/MG, introduzido pelo Decreto 43.891/2004, não viola a proibição de outorga de tratamento diferenciado a bens e mercadorias, em função da origem ou destino, à medida que for aplicado indistintamente às operações com mercadorias provenientes do estado de Minas Gerais e às mercadorias provenientes dos demais estados. Também não se reconhece a alegada violação da reserva de convênio interestadual para autorização da outorga de benefício fiscal, porquanto a norma em exame tem amparo no Convênio Confaz ICMS 128/1994. Ação*

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/08/2023 15:10

Direta de Inconstitucionalidade conhecida tão-somente em relação ao artigo 422, § 3º, do RICMS-MG/2002, e, na parte conhecida, julgada improcedente."

In casu , ao limitar o gasto tributário aos produtos com base na respectiva origem, o Estado de Minas Gerais criou inadmissível distinção entre entes federados e entre contribuintes, em franco prejuízo aos consumidores, de modo a violar o artigo 152 da Constituição Federal.

Ex positis , diante das premissas e fundamentos expostos, **CONHEÇO PARCIALMENTE** da ação direta de inconstitucionalidade e, na parte conhecida, **JULGO PROCEDENTES** os pedidos formulados, para declarar a inconstitucionalidade das expressões " *desde que produzidos no Estado* " presente no Item 22, "a" e "b", da Parte 1 do Anexo II, e " *produzidos no Estado* " constante dos Itens 14 e 14.1 da Parte 1 do Anexo X do Decreto 48.589/2023 do Estado de Minas Gerais (atual Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - RICMS/MG), bem como para **DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO** aos artigos 45; 112, I, "f", 1; e 185, IX; aos Itens 4, 5, 8, 9, 10, 11, 13, 57 e 58 da Parte 6 do Anexo II; aos Itens 10 e 11 da Parte 1 do Anexo IV; ao artigo 153, I e II, da Parte 1 do Anexo VII; aos Itens 16.0, 16.1, 17.0, 17.1, 18.0, 18.1, 24.0, 24.1, 24.2, 24.3, 24.4 e 24.5 da Tabela 17 da Parte 2 do Anexo VII; e ao artigo 323, II, "a", "b", "c" e "d", da Parte 1 do Anexo VIII, todos do Decreto 48.589 /2023 do Estado de Minas Gerais (atual Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - RICMS/MG), **de modo a afastar qualquer restrição à respectiva aplicação ou aplicação diferenciada baseada na origem dos bens tributados** .

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/08/2023 15:10