Senhor Ministro Edson Fachin: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo partido Solidariedade, em face de normas do Decreto 43.080, de 13 de dezembro de 2002, com redação dada pelos arts. 1o e 2o do Decreto 45.515, de 15 de dezembro de 2010, e pelo art. 1 o do Decreto 46.354, de 26 de novembro de 2013, todos do Estado de Minas Gerais que, posteriormente, revogados pelo Decreto n.48.589/2023 (Novo Regulamento do ICMS do Estado de Minas Gerais).

Tal cadeia normativa veicula um conjunto de incentivos fiscais de ICMS: créditos presumidos e reduções de base de cálculo relativos ao imposto incidente nas *operações de saídas internas* de produtos alimentícios, com destaque para *lácteos, desde que produzidos no Estado de Minas Gerais* , bem como, estabeleceram ICMS/ST para as mercadorias advindas de outros estados; sem tais desonerações.

De acordo com o autor "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" para pretender o reconhecimento de inconstitucionalidade *tão apenas* da parte final dos dispositivos que fixam condicionantes de acordo com a procedência; o que implicaria em ampliar a desoneração para todas as operações.

Em seu voto o i. Ministro-relator, após discorrer sobre *direito fundamental à alimentação* e a diferença entre benefícios e *gastos-tributários* , julga a ação parcialmente procedente, na medida em que reconhece prejudicialidade parcial da ação diante do Novo Regulamento de ICMS, para na parte que conhece da ação julgar parcialmente procedente e proceder *interpretação conforme* 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** .

Em memoriais, o Governador do Estado de Minas Gerais insurge-se em face da ampliação dos incentivos a todas operações sustentando que "decisões aditivas não devem ser fundamentadas em direitos fundamentais

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/09/2023

de baixa densidade normativa, dados os riscos institucionais que estas decisões representam para as próprias capacidades institucionais do Poder Judiciário" citando, inclusive, julgados deste Eg.STF (ADI 2405, rel. Min. Carlos Brito; ADI 1344/ES, rel. Min.Moreira Alves e RE 405.579/PR, rel.Min. Joaquim Barbosa).

Com todas as vênias, antecipo-lhes que **DIVIRJO** do voto Ministro-relator considerando que ausente prejudicialidade da ação diante da revogação, vez que o Decreto n.48.589/2023 incorre em igual inconstitucionalidade, não encontrando-se este Eg.STF adstrito a causa de pedir e o pedido em sede de controle abstrato de inconstitucionalidade, vejamos:

1. **Da causa de pedir e pedido abertos no Controle Abstrato de constitucionalidade- ausência de perda superveniente do objeto:**

Em julgamento, de minha relatoria, que versa, também, sobre controle de incentivos fiscais de ICMS e IPI (ADI n.5553/DF, em curso), votei no sentido de que necessário conferir efetividade à jurisdição constitucional; não implicando a revogação dos normativos hostilizados em perda automática do objeto da ação.

A posição da Corte hoje admite, observadas algumas condições, o controle de constitucionalidade de ato normativo revogado quando operada revogação *superveniente* ao ajuizamento da ação (ADI 3232/TO, Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 03 out. 2008). Nesse sentido, as lições de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

"Essa posição do Tribunal, que obstava o prosseguimento da ação após a revogação da lei, ocasionava, seguramente, resultados insatisfatórios. Se o Tribunal não examinasse a constitucionalidade das leis já revogadas, tornava-se possível que o legislador conseguisse isentar do controle abstrato lei de constitucionalidade duvidosa, sem estar obrigado a eliminar suas consequências inconstitucionais. É que mesmo uma lei revogada configura parâmetro e base legal para os atos de execução praticados durante o período de sua vigência.

Preocupado com essa dimensão potencialmente prejudicial a direitos fundamentais, o STF, ao apreciar questão de ordem na ADI 3.232-TO, reviu, por unanimidade de votos, tal posição para assentar que o fato de a lei objeto de impugnação ter sido revogada no curso do processo abstrato de controle de constitucionalidade não exclui a possibilidade de análise de sua legitimidade constitucional" (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO,

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/09/2023

Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional* . Editora Saraiva, São Paulo, 2018, pp. 1317 e 1318 **)** .

Trata-se de exceções que visam à preservação da força normativa da Constituição e, inclusive, da efetividade da jurisdição constitucional. Uma dessas exceções é a ausência de alteração substancial da norma impugnada diante da superveniência de norma de igual teor.

É o caso. Noticiada a revogação pelo partido SOLIDARIEDADE (o que serve ao aditamento), este anotou que o Decreto n. 48.859/2023, não alterou a norma ora hostilizada em substância, apresentando o mesmo conteúdo normativo *in fine* , com o vício da condicionante que a mercadoria tenha sido produzida no Estado de Minas Gerais. Assim, o controle concentrado de constitucionalidade permanece viável, nos termos da jurisprudência desta Corte:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 81 E 82 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR CRIADAS PELO ESTADO E MANTIDAS PELA INICIATIVA PRIVADA. SUPERVISÃO PEDAGÓGICA DO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. ALCANCE. OFENSA AO ARTIGO 22, XXIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL 70/2005. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. (...). A modificação do artigo 82 do ADCT da Constituição mineira pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005 não gerou alteração substancial da norma. Ausência de prejudicialidade da presente ação direta. (ADI 2501, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-01 PP-00074 RTJ VOL-00207-03 PP-01046)

Citando essa decisão, eis as palavras do saudoso Min. Teori Zavaski na ADI n. 2418 (ADI 2418, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2016): *Portanto, não havendo desatualização significativa no conteúdo do instituto, entendo que não há obstáculo para o conhecimento da ação, conclusão que não é estranha à jurisprudência deste Plenário (ver, por todas, a ADI 2501, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 19 /12/08).* E ainda:

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/09/2023

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO CONHECIDA EM PARTE, E NELA INDEFERIDA A CONCESSÃO DE LIMINAR. ART. 33 DA LEI 8.212/1991. SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. CONCURSO DE PROGNÓSTICOS. ORÇAMENTO FISCAL DA UNIÃO. 1. Não há perda superveniente do objeto na hipótese, uma vez que o suposto vício de inconstitucionalidade, se houver, permaneceria no ordenamento jurídico. Isso porque as contribuições sociais ainda integram o orçamento da Seguridade Social, assim como a Receita Federal remanesce responsável pelas contribuições sociais incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos. (...) (ADI 763, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 25/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-245 DIVULG 03-12-2015 PUBLIC 04-12-2015)

Ademais, há inúmeras decisões que permitem essa conclusão *a contrario sensu* :

Direito constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Criação de unidades de ensino técnico pela União. Cooperação com Estados, Distrito Federal e Municípios. 1. Ação direta originalmente contra a MP nº 1.549-31 /1997, que, ao incluir os §§ 5º, 6º e 7º no art. 3º da Lei nº 8.948/1994, estabeleceu regime de parceria entre a União, Estados, DF e Municípios no âmbito do ensino técnico. Diante das sucessivas reedições da MP, o pedido foi aditado algumas vezes, para, ao final, compreender o art. 47 da Lei nº 9.649/1998, resultante da conversão da MP nº 1.651-43/1998. 2. A jurisprudência do STF se firmou no sentido de que a revogação ou alteração substancial, que implique exaurimento da eficácia dos dispositivos questionados, resulta na perda de objeto da ação (ADI 3.416-AgR, Rel. Min. Edson Fachin). O § 5º do art. 3º da Lei nº 8.948/1994 teve a redação alterada pela Lei nº 11.195/2005, não tendo havido aditamento à petição inicial após a promulgação desse diploma. Por esse motivo, houve prejudicialidade parcial desta ação. 3. Não há inconstitucionalidade no atual § 7º do art. (....) (ADI 1629, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 23/08/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 05-09-2019 PUBLIC 06-09-2019)

DIREITO ORGANICIDADE PROCESSO OBJETIVO PEDIDO PREJUÍZO DECLARAÇÃO RELATOR ATUAÇÃO POSSIBILIDADE. (...) Ausente aditamento, a superveniente alteração substancial de norma impugnada implica o prejuízo de pedido formalizado em processo objetivo. (ADI 4571 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno,

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/09/2023

julgado em 20/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 04-10-2018 PUBLIC 05-10-2018)

Dita e constatada essa circunstância, averbe-se que o objeto material que enseja a hipótese de inconstitucionalidade reside na condição de que a mercadoria tenha sido produzida no Estado de Minas Gerais (*conteúdo local);* o que reproduzido em seguida no 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.

Assim, diante da causa de pedir e pedido aberto, merece ser conhecida a presente ADI, para apreciar o mérito, que, por sua vez, não se restringe ao exame de que (in)constitucional apenas a condicionante "produzido no Estado de Minas Gerais" mediante *interpretação conforme;* o que implicaria na extensão das desonerações à todas operações independentemente da procedência.

Atualmente, vige a regra processual de que *a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé* . (CPC, art. 322, § 1º). Trata-se de norma aplicável ao processo constitucional, de modo que a vocação deste Supremo Tribunal Federal para o debate contramajoritário aqui fundado na tutela da unidade da federação e do mercado nacional permite interpretar o pedido como sendo de declaração de inconstitucionalidade da norma que veicula o próprio incentivo fiscal de ICMS, não apenas da condição de *conteúdo local* . Todo o contraditório neste processo, afinal, teve essa cognição.

Prevalece, aqui, a regra que prestigia o julgamento de mérito, como bem ponderou o Governador do Estado de Minas Gerais. Sob essa perspectiva:

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADITAMENTO DA PETIÇÃO INICIAL PARA INCLUIR DISPOSITIVOS QUE APRESENTAM ESTREITA RELAÇÃO COM AS NORMAS ORIGINALMENTE IMPUGNADAS, INTEGRANDO O MESMO COMPLEXO NORMATIVO E SUJEITOS AO MESMO VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO. POSSIBILIDADE. APRESENTAÇÃO DE NOVAS INFORMAÇÕES E MANIFESTAÇÕES. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO. AGRAVO NÃO PROVIDO. **1. O princípio do pedido no processo objetivo da jurisdição constitucional deve ter sua aplicação dimensionada a partir da perspectiva institucional do sistema de controle abstrato de normas, que**

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/09/2023

não se presta à tutela de direitos subjetivos dos atores processuais, mas à salvaguarda da higidez da ordem jurídica. 2. Admite-se o aditamento ao pedido inicial formulado pelo Procurador-Geral da República por ocasião de seu parecer, em casos em que tal aditamento tenha o objetivo de incluir normas que fazem parte do mesmo complexo normativo em que estão inseridas as normas objeto do pedido inicial, desde que lhes seja comum o fundamento jurídico invocado. Precedentes: ADI 2.928-QO, rel. min. Gilmar Mendes, Plenário, DJ de 12/11/2004; ADI 3.660, rel. min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe de 9/5/2008; ADI 5.260, rel. min. Alexandre de Moraes, Plenário, DJe de 29/10/2018; ADI 3.434-MC, rel. min. Joaquim Barbosa, Plenário, DJ de 28/9/2007; ADI 4.342-AgR, rel. min. Alexandre de Moraes, Plenário, DJe de 2/2/2018; ADI 4.265-AgR, rel. min. Alexandre de Moraes, Plenário, DJe de 17/5/2018. 3. Os artigos 7º, § 1º, da Lei 9.726/1988 do Estado de Minas Gerais e 289 da Constituição mineira apresentam estreita relação com as normas originalmente impugnadas (artigo 10 da Lei 10.254/1990 do Estado de Minas Gerais), integrando o mesmo complexo normativo e sujeitos ao mesmo vício de inconstitucionalidade suscitado. 4. Ausência de prejuízo ao contraditório, pois foram apresentadas novas informações e manifestações pelas autoridades requeridas, pela Advogada-Geral da União e pela Procuradora-Geral da República após o aditamento da exordial. 5. Agravo não provido. (ADI 5267 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 23/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 06-09-2019 PUBLIC 09-09-2019)

Seria, ademais, uma usurpação de poderes conhecer da ação para analisar exclusivamente a (in)constitucionalidade do *conteúdo local* e, por um formalismo processual, ao suprimir tal vício proceder a extensão das desonerações para as operações mercantis internas e interestaduais a despeito de lei (art.150, I, §6º) e estudos de impactos financeiro-orçamentários (art.113, ADCT, EC n. 95/2016).

Assim, não só é cabível a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, mas, também, não se limita a reconhecer a (in)constitucionalidade da parte final do dispositivo condicionante de *conteúdo local,* ao que passo a apreciar:

2. Do princípio federativo e da não-discriminação (art.152):

No mérito, entendo que as normas hostilizadas veiculam flagrante inconstitucionalidade ao vulnerar não só o princípio federativo (art.1º) e a

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/09/2023

regra da não-discriminação geográfica (arts.19, 150 e 152), mas, por conseguinte a própria unidade do mercado nacional e equilíbrio fiscal-orçamentário (art.113, ADCT).

Em relação ao caráter discriminatório e anti-federativo da legislação impugnada, convém apontar os paradigmas constitucionais relevantes ao deslinde da controvérsia:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

(…)

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, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

(…)

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.

A despeito de se reconhecer a plena competência do Estado-membro para dispor sobre não-incidência tributária sobre contribuinte específicos, seja por ausência de capacidade contributiva, seja por opção legislativa em termos de conveniência e oportunidade, o exercício desse poder não pode contrariar o pacto federativo, mediante ofensas diretas à isonomia tributária perante a lei e na lei.

A respeito dessa distinção, colhe-se excerto da ementa do MI 58, de relatoria do Ministro Carlos Velloso e com acórdão redigido pelo Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19.04.1991:

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica - suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/09/2023

princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, ocorreu ofensa na elaboração do objeto, logo perante a lei, ao instituir critérios desamparados de lastro constitucional e com consequências contrárias aos fundamentos constitucionais da unidade federativa e do mercado nacional, por propiciar tratamento tributário discriminatório a partir de *conteúdo local* .

Cito os seguintes julgados do STF em sentido desabonador ao comportamento de discriminação tributária por critério espacial:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUTÁRIO. ICMS. BENEFÍCIO FISCAL . REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA CONDICIONADA À ORIGEM DA INDUSTRIALIZAÇÃO DA MERCA DORIA. SAÍDAS INTERNAS COM CAFÉ TORRADO OU MOÍDO. DECRETO DE 35.528/2004 DO ESTA DO DO RIO DE JANEIRO. VIOLAÇÃO DO ART. 152 DA CONSTITUÇÃO. O Decreto 35.528/2004, do estado do Rio de Janeiro, ao estabelecer um regime diferenciado de tributação para as operações das quais resultem a saída interna de café torrado ou moído, em função da procedência ou do destino de tal operação, v iola o art. 152 da Constituição. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente.(ADI 3389, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, DJe 01.02.2008)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 356 /97, ARTIGOS 1º E 2º. TRATAMENTO FISCAL DIFERENCIADO AO TRANSPORTE ESCOLAR VINCULADO À COOPERATIVA DO MUNICÍPIO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E ISONOMIA. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. POSSIBILIDADE. CANCELAMENTO DE MULTA E ISENÇÃO DO

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/09/2023

PAGAMENTO DO IPVA. MATÉRIA AFETA À COMPETÊNCIA DOS ESTADOS E À DO DISTRITO FEDERAL. TRATAMENTO DESIGUAL A CONTRIBUINTES QUE SE ENCONTRAM NA MESMA ATIVIDADE ECONÔMICA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Norma de efeitos concretos. Impossibilidade de conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade. Alegação improcedente. O fato de serem determináveis os destinatários da lei não significa, necessariamente, que se opera individualização suficiente para tê-la por norma de efeitos concretos. Preliminar rejeitada. 2. Lei Estadual 356/97. Cancelamento de multa e isenção do pagamento do IPVA. Matéria afeta à competência dos Estados e à do Distrito Federal. Benefício fiscal concedido exclusivamente àqueles filiados à Cooperativa de Transportes Escolares do Município de Macapá. Inconstitucionalidade. A Constituição Federal outorga aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir o Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores e para conceder isenção, mas, ao mesmo tempo, proíbe o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem na mesma situação econômica. Observância aos princípios da igualdade, da isonomia e da liberdade de associação. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 1655, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, DJ 02.04.2004)

3. Da vulneração ao mercado interno (art.219) e à livre-concorrência (art. 170, IV):

Por último, tem-se ainda, que as normas em questão vão de encontro ao mercado único e indiferenciado do ponto de vista tributário, reflexo da própria soberania nacional, como patrimônio nacional, conforme previsão constitucional no art. 219, justamente por consistir em elemento desagregador da unidade política e econômica do país.

Nesses termos, constata-se na espécie desigualação federativa, sem respaldo em finalidade constitucional idônea, pois não se justificou critério de discrímen ao concederem-se créditos presumidos e reduções de base de cálculo nas saídas de mercadorias condicionadas à procedência no Estado de Minas Gerais em detrimento da competitividade nas operações interestaduais; o que rompe não só com a regra da não-discriminação geográfica, mas com a própria unidade do mercado interno como patrimônio nacional (art.219).

A Professora Titular Cláudia Lima Marques (UFRGS) ao comentar tal dispositivo indica com propriedade o *status* constitucional do mercado

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/09/2023

interno como patrimônio nacional discorrendo sobre a dimensão do mercado como "ponto de encontro" entre a *oferta* e a *demanda* :

(...) O mercado de bens (e serviços) é onde os consumidores (demandantes) entregam seu dinheiro para obter das empresas ou do estado (ofertantes) este bens e serviços de seu interesse. O mercado dos fatores é onde empresas (demandantes) procuram os fatores de produção, trabalho e capital para produzir estes bens e serviços e utilidades. No capitalismo, o mercado é aberto a entrada de novos demandantes e ofertantes, guiados pela concorrência leal (na visão macro) e pelas lealdade frente aos consumidores (na visão micro). (In: CANOTILHO, JJ Gomes, MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W. e STRECK, Lênio (Coord). *Comentários à Constituição do Brasil.* 2ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 2115).

A partir dessa compreensão fundamental assegurar neutralidade ao mercado sendo vedado ao estado intervir no ambiente de livre-concorrência (art.170, IV), quanto ao menos por meio de uma condicionante de *conteúdo local.*

A esse respeito, recorre-se ao escólio doutrinário do Professor Titular Luís Eduardo Schoueri (USP):

As referidas limitações [dentre as quais a vedação à discriminação tributária em razão da origem ou do destino] devem ser compreendidas à luz do objetivo da unidade política do País. Refletem, em primeiro lugar, a liberdade de ir e vir e a liberdade do comércio, apoiada também no Princípio do Federalismo. Também estão em consonância com o artigo 219 do texto constitucional, que assegura a proteção do mercado interno, enquanto patrimônio nacional, com a Soberania Econômica e com o Princípio da Livre Concorrência (artigo 170, I e IV, da Constituição Federal). Enquanto estes Princípios asseguram, de um lado, um tratamento tributário diferenciado, visando à sua promoção, surgem, simultaneamente, num caráter negativo, por meio das limitações acima.

Os termos nos quais formulado o pedido do partido político SOLIDARIEDADE pela *interpretação conforme* da parte final dos dispositivos "...produzidos no estado", o que implicaria em contemplar, também, as operações interestaduais representa ofensa mais grave à Constituição na medida em que vulnera não só a neutralidade tributária (art.170, IV), mas, simultaneamente, o princípio fundamental da separação

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/09/2023

dos poderes (art.1º) e do equilíbrio fiscal-orçamentário (art.113, ADCT, EC n. 95/2016).

O parcial acolhimento do pedido pelo Ministro-relator, com estribo no resguardo do *direito fundamental à alimentação,* não se revela procedente com a racionalidade das relações econômicas, vez que a desoneração tributária promovida pelo Estado de Minas Gerais não tem por destinatário o consumidor que, embora *contribuinte de fato* , não se vê como beneficiário-final da redução do ônus fiscal, que termina por ser absorvido pelo próprio agente econômico em *abuso de poder econômico* frente aos seus concorrentes sitos em outros estados da federação.

A extensão pelo Poder Judiciário das desonerações tributárias previstas às operações interestaduais, também, não se revela abrigada pela Constituição na medida em que, não só rompe com a livre concorrência, mas vulnera a regra constitucional da separação dos poderes que tem entre seus consectários a regra da legalidade tributária específica (art.150, §6º).

A propósito da sindicabilidade dos incentivos fiscais de ICMS pelo Poder Judiciário sob a perspectiva da separação dos poderes assim se posiciona a doutrina tributária: "...violados, porventura, os princípios da igualdade e da livre concorrência, o ato submete-se ao controle do Poder Judiciário, ao qual incumbe, a anulação do incentivo fiscal concedido; não lhe sendo autorizada, por óbvio, a extensão do incentivo àqueles agentes econômicos não contemplados, visto tratar-se de matéria exclusiva do legislador."(BEVILACQUA, Lucas. *Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional.* Doutrina Tributária, vol. IX. São Paulo: IBDT /Quartier Latin, 2013, p.113)

Este Eg. STF, há muito afastou a pretensão dos contribuintes em suprir o *déficit* da inconstitucionalidade mediante a extensão do incentivo fiscal, em nome da igualdade tributária, a despeito de previsão legal, vejamos:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. PNEUS. BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO DE 40% DO VALOR DEVIDO NAS OPERAÇÕES REALIZADAS POR MONTADORAS. PEDIDO DE EXTENSÃO A EMPRESA DA ÁREA DE REPOSIÇÃO DE PNEUMÁTICOS POR QUEBRA DA ISONOMIA. IMPOSSIBILIDADE. LEI FEDERAL 10.182 /2001. CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ARTS. 37 E 150, II). CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (ART. 111). **Sob o pretexto de tornar efetivo o princípio da isonomia tributária, não pode o Poder Judiciário estender benefício fiscal sem que haja previsão legal específica.** No caso em exame, a

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/09/2023

eventual conclusão pela inconstitucionalidade do critério que se entende indevidamente restritivo conduziria à inaplicabilidade integral do benefício fiscal. A extensão do benefício àqueles que não foram expressamente contemplados não poderia ser utilizada para restaurar a igualdade de condições tida por desequilibrada. Precedentes. Recurso extraordinário provido. (RE 405579, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/2010, DJe-149 DIVULG 03-08-2011 PUBLIC 04-08-2011 EMENT VOL-02559-02 PP-00144 RTJ VOL-00224-01 PP-00560)

Em matéria de ICMS, imposto de caráter eminentemente nacional, a pretensão do autor revela-se ainda mais distante do regramento constitucional que prevê diferentes instâncias de harmonização e controle, conforme apreciei quando do julgamento da ADI n. 5929/DF, por unanimidade, vejamos:

CONCESSÃO INCENTIVO FISCAL DE ICMS. NATUREZA AUTORIZATIVA DO CONVÊNIO CONFAZ. 1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESPECÍFICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA. 2. TRANSPARÊNCIA FISCAL E FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA-ORÇAMENTÁRIA. 1. O poder de isentar submete-se às idênticas balizar do poder de tributar com destaque para o princípio da legalidade tributária que a partir da EC n.03/1993 adquiriu destaque ao prever lei específica para veiculação de quaisquer desonerações tributárias (art.150 §6º, in fine). 2. Os convênios CONFAZ têm natureza meramente autorizativa ao que imprescindível a submissão do ato normativo que veicule quaisquer benefícios e incentivos fiscais à apreciação da Casa Legislativa. 3. A exigência de submissão do convênio à Câmara Legislativa do Distrito Federal evidencia observância não apenas ao princípio da legalidade tributária, quando é exigida lei específica, mas também à transparência fiscal que, por sua vez, é pressuposto para o exercício de controle fiscal-orçamentário dos incentivos fiscais de ICMS. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 5929, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 14/02/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 05-03-2020 PUBLIC 06-03-2020)

Nesse cenário normativo-jurisprudencial, a edição de lei específica para concessão de incentivos fiscais de ICMS é imprescindível como instrumento de controle fiscal-orçamentário, sobretudo, a partir do que previsto no art. 113, do ADCT, introduzido pela Emenda Constitucional n.95/2016:

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/09/2023

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE DE IGREJAS E TEMPLOS DE QUALQUER CRENÇA. ICMS. TRIBUTAÇÃO INDIRETA. GUERRA FISCAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO FISCAL E ANÁLISE DE IMPACTO ORÇAMENTÁRIO. ART. 113 DO ADCT (REDAÇÃO DA EC 95 /2016). EXTENSÃO A TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A imunidade de templos não afasta a incidência de tributos sobre operações em que as entidades imunes figurem como contribuintes de fato. Precedentes. 2. A norma estadual, ao pretender ampliar o alcance da imunidade prevista na Constituição, veiculou benefício fiscal em matéria de ICMS, providência que, embora não viole o art. 155, § 2º, XII, "g", da CF – à luz do precedente da CORTE que afastou a caracterização de guerra fiscal nessa hipótese (ADI 3421, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 5/5/2010, DJ de 58/5/2010) –, **exige a apresentação da estimativa de impacto orçamentário e financeiro no curso do processo legislativo para a sua aprovação. 3. A Emenda Constitucional 95 /2016, por meio da nova redação do art. 113 do ADCT, estabeleceu requisito adicional para a validade formal de leis que criem despesa ou concedam benefícios fiscais, requisitos esse que, por expressar medida indispensável para o equilíbrio da atividade financeira do Estado, dirigi-se a todos os níveis federativos** . 4. Medida cautelar confirmada e Ação Direta julgada procedente. (ADI 5816, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 25-11-2019 PUBLIC 26-11-2019)

Antes mesmo da edição da Emenda Constitucional n.95/2016 que, basicamente, reproduz prescrição do art.14, da Lei de Responsabilidade Fiscal, este Eg. Supremo Tribunal Federal já se revelava cônscio de sua (in) capacidade institucional para avaliação e métrica dos incentivos fiscais sendo fundamental a garantia da transparência e equilíbrio fiscal:

"Como é cediço, a regra do art. 14 da Lei Complementar n. 101 disciplina os requisitos para concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária dos quais decorra renúncia de receita.

O escopo e o destinatário do art. 14 da LRF são conhecidos. A regra tem como destinatário primeiro o legislador ordinário, que há de submeter-se a seus ditames para edição de leis que impliquem renúncia fiscal. Seu objetivo principal é afirmar a necessidade de planejamento nas contas públicas e conferir transparência ao processo legislativo relativo à concessão de benefícios fiscais.

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/09/2023

A disposição impõe que o debate legislativo concernente à concessão de incentivos fiscais leve a sério os custos orçamentários envolvidos nos programas de incentivo, isto é, o efeito de renúncia de receita tributária que ensejam para a arrecadação tributária. Trata-se, ao fim e ao cabo, de combater a prática legislativa recorrente no Brasil de relegar a segundo plano o debate quanto aos custos isto é, os impactos orçamentários dos programas de incentivo fiscal instituídos e considerar apenas os objetivos visados pelas leis concessivas. (ADI 3.796/PR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Dje 01.08.2017).

Não se ignora que a Lei Complementar n. 160, de 29 de dezembro de 2017, inaugurou um novo regime para concessão de incentivos fiscais de ICMS que, no entanto, não derrogou a exigência de submissão do convênio celebrado no âmbito do CONFAZ às Assembleias Legislativas.

A edição da Lei Complementar 160 muito antes do fim da competição tributária entre os Estados veio a inaugurar um novo capítulo do que antes já conhecido fenômeno da *guerra fiscal* , que muito mais agora demanda instrumentos efetivos de controle da prática de concessão de incentivos fiscais.

Diante da grave ofensa que a cadeia normativa hostilizada representa aos princípios da separação dos poderes e federativo (art1º e 19), bem como, às regras constitucionais da legalidade (art.150, I), isonomia (150, II) e da não-discriminação geográfica (art.152), tem-se, por evidente, a inconstitucionalidade presente; o que, diante de razões de segurança jurídica reclama aplicação da técnica de modulação do efeitos da decisão, vejamos.

4. Segurança jurídica na tributação e eficácia pró-futuro da decisão:

O conjunto normativo hostilizado vige há mais de duas década e contemplam diferentes agentes econômicos mineiros de diversas cadeia produtivas de alimentos que com boa-fé fruíram de tais incentivos; o que consectário do próprio princípio da presunção de constitucionalidade das leis, que aliado à "convalidação" da Lei Complementar 160, conferem um âmbito de *proteção da confiança* aos contribuintes beneficiários.

Nessas mais de duas décadas toda uma série de relações jurídicas, não só tributárias, mas, também, empresariais e consumeristas foram pactuadas considerando a carga fiscal incidente tendo em conta os incentivos fiscais aqui hostilizados, ao que rompe com a segurança jurídica empreender

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/09/2023

efeitos *ex tunc* na presente decisão conforme já reconhecido por este Eg. STF (ADI 4481/PR, Min.Roberto Barroso, julgado em 19.05.2015).

Nesse cenário, diante das razões presentes de segurança jurídica e interesse social (art.27, Lei n.9868/1999), impende conferir eficácia *ex nunc* à decisão que julga por inconstitucionais os incentivos fiscais praticados pelo Estado de Minas Gerais nos normativos aqui hostilizados.

5. Dispositivo:

Diante de todo o exposto, **DIVIRJO** do Ministro-relator Luiz Fux para **conhecer da presente ação em sua integralidade e julgo-a procedente** para declarar inconstitucionais os incentivos fiscais veiculados nas seguintes disposições do Decreto 48.589/2023 do Estado de Minas Gerais (RICMS /MG): i) item 14 e 14.1 da Parte 1 do Anexo X; (ii) As alíneas "a.1", "a.2" e "b" do Item 22 da Parte 1 do Anexo II; (iii) Art. 45 do Regulamento e itens 10 e 11 da Parte 01 do Anexo IV; (iv) Item 1 da alínea "f" do inciso I do art. 112 do Regulamento; (v) Inciso IX do art. 185 do Regulamento; (vi) Itens 4, 5, 8, 9, 10, 11, 13, 57 e 58 da Parte 6 do Anexo II; (vii) Inciso II, alíneas "a", "b", "c" e "d" do art. 323, do capítulo XLII da Parte 01 Anexo VIII; (viii) Art. 153, incisos I e II da Parte 1 do Anexo VII; (ix) Itens 16, 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 constante na Parte 2 do Anexo VII, com eficácia pró-futuro à decisão, a partir da publicação da ata de julgamento.

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/09/2023