Plenário Virtual - minuta de voto - 03/05/2024 00:00

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Cumpre, inicialmente, analisar a preliminar arguida quanto à ilegitimidade ativa da Associação Brasileira de Bebidas – ABRABE.

Consoante dispõe o art. 103, IX, da CRFB, são legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional. A legitimidade das entidades, por sua vez, pressupõe, conforme entendimento deste Supremo Tribunal Federal, o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) que estas sejam compostas por pessoas naturais ou jurídicas; (ii) sejam representativas de categorias econômicas e profissionais homogêneas; e (iii) tenham âmbito nacional, o que significa ter representação em, pelo menos, 9 (nove) Unidades da Federação, por aplicação analógica do art. 7º, § 1º, da Lei 9.096/1995 (ADI 4294 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno).

Ainda, na esteira de pacífica jurisprudência deste Tribunal, as entidades listadas no art. 103, IX, da CRFB, embora legitimadas à propositura das ações de controle concentrado, devem demonstrar possuir pertinência temática entre o objeto da ação e a finalidade institucional constante do respectivo estatuto.

Embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal venha afirmando que, para os efeitos do referido art. 103, IX, da Constituição Federal, não são consideradas como entidades de classe aquelas que apenas reúnem fração de determinada categoria profissional (ADIn 1.875-AgRg, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 20.06.2001, DJe 12.12.2008), é preciso de igual modo reconhecer que a compreensão sobre esta matéria foi, com o passar do tempo, se elastecendo no âmbito deste Tribunal.

Essa interpretação extensiva permite ampliar democraticamente o acesso à jurisdição constitucional concentrada.

O acesso à jurisdição constitucional não deve ser visto de maneira a levar a efeito uma compreensão que, na interpretação constitucional, prestigie sentido que dificulte ou impossibilite o exercício dessa importante atribuição constitucional.

Como asseverou o e. Min. Luís Roberto Barroso, em obra acadêmica, a exigência deve ser interpretada com cautela, sob pena de produzir

Plenário Virtual - minuta de voto - 03/05/2024 00:00

efeito inverso ao que se pretendia obter, privilegiando entidades caracterizadas por vínculo associativo excessivamente genérico e, por isso mesmo, menos aptas a representar de maneira efetiva os interesses de seus membros (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 188).

E, de fato, em algumas oportunidades, a Corte vem mitigando o requisito acerca da necessidade de representação da categoria em sua totalidade, ante a necessidade de atendimento aos ditames democráticos da Carta de 1988.

Do mesmo modo, reconhece-se a legitimidade quando o ato normativo questionado repercute diretamente em interesse específico de determinada categoria (ADI 5610, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-253 DIVULG 19-11-2019 PUBLIC 20-11-2019). Cito, para exemplificar:

> "Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE FIXA PRAZOS MÁXIMOS, SEGUNDO A FAIXA ETÁRIA DOS USUÁRIOS, PARA A AUTORIZAÇÃO DE EXAMES PELAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. 1. Encontra-se caracterizado o direito de propositura. Os associados da requerente estão unidos pela comunhão de interesses em relação a um objeto específico (prestação do serviço de assistência suplementar à saúde na modalidade autogestão). Esse elemento caracteriza a unidade de propósito na representação associativa, afastando a excessiva generalidade que, segundo esta Corte, impediria o conhecimento da ação. 2. Por mais ampla que seja, a competência legislativa concorrente em matéria de defesa do consumidor (CF/88, art. 24, V e VIII) não autoriza os Estados-membros a editarem normas acerca de relações contratuais, uma vez que essa atribuição está inserida na competência da União Federal para legislar sobre direito civil (CF/88, art. 22, I). 3. Os arts. 22, VII e 21, VIII, da

Plenário Virtual - minuta de voto - 03/05/2024 00:00

Constituição Federal atribuem à União competência para legislar sobre seguros e fiscalizar as operações relacionadas a essa matéria. Tais previsões alcançam os planos de saúde, tendo em vista a sua íntima afinidade com a lógica dos contratos de seguro, notadamente por conta do componente atuarial. 4. Procedência do pedido."

(ADI 4701, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-163 DIVULG 22-08-2014 PUBLIC 25-08-2014)

"Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL Nº 11.516/07. CRIAÇÃO DO INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. VIOLAÇÃO DO ART. 62, CAPUT E § 9º, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO EMISSÃO DE PARECER PELA COMISSÃO MISTA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, CAPUT, E 6º, CAPUT E PARÁGRAFOS 1º E 2º, DA RESOLUÇÃO Nº 1 DE 2002 DO CONGRESSO NACIONAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA NULIDADE (ART. 27 DA LEI 9.868/99). AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A democracia participativa delineada pela Carta de 1988 se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais, por isso que é de se conjurar uma exegese demasiadamente restritiva do conceito de entidade de classe de âmbito nacional previsto no art. 103, IX, da CRFB. 2. A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como consectário de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional. 3. In casu, a entidade proponente da ação sub judice possuir ampla gama

Plenário Virtual - minuta de voto - 03/05/2024 00:00

> de associados, distribuídos por todo o território nacional, e que representam a integralidade da categoria interessada, qual seja, a dos servidores públicos federais dos órgãos de proteção ao meio ambiente. (…)"
>
> (ADI 4029, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012 RTJ VOL-00223-01 PP-00203)

Nos presentes autos, a demanda foi proposta por entidade associativa que congrega empresas fabricantes de bebidas em geral (eDOC 9, 10 e 11), o que indica a sua homogeneidade. Ainda que a questão dos autos atinja apenas os fabricantes de cervejas, a requerente alega que só as suas associadas no setor abrangem 11 Estados da Federação. A abrangência nacional está, portanto, devidamente demonstrada.

Do mesmo modo, verifica-se estreita vinculação da norma questionada nesta ação direta com os objetivos institucionais da entidade requerente, de maneira tal que não há razão para deixar de reconhecer legitimidade ativa à Associação Brasileira de Bebidas – ABRABE.

No tocante ao mérito, sustenta-se que a lei impugnada, ao promover a redução da alíquota, seria materialmente inconstitucional tendo em vista a concessão unilateral de incentivo fiscal sem observância dos requisitos estabelecidos pela Lei Complementar n.º 24/75 e da prévia aprovação pelo CONFAZ (art. 155, § 2º, XII, 'g', CRFB).

Além disso, haveria afronta ao art. 150, II, da CRFB, ao estabelecer condições tributárias desiguais para contribuintes em situação equivalente. E ao art. 170, II, da CRFB, tendo em vista o desequilíbrio concorrencial decorrente da redução.

E haveria afronta ao art. 155, § 2º, III, da CRFB, por ofensa ao princípio da seletividade, não havendo justificativa quanto à essencialidade decorrente da matéria-prima.

Em relação aos requisitos constitucionais e legais, a concessão de incentivos fiscais de ICMS é ato complexo que demanda necessariamente

Plenário Virtual - minuta de voto - 03/05/2024 00:00

a integração de vontades de distintas autoridades públicas, inclusive, de diferentes ordens federativas, dado o seu caráter eminentemente nacional. Assim, tratando-se a redução de alíquota de efetivo benefício fiscal, a Constituição exige, nos termos do art. 155, § 2º, XII, "g", a celebração de Convênio, o qual foi disciplinado pelas Leis Complementares n. 24/1975, bem como pela Lei Complementar n 160/2017.

Esta última Lei Complementar, inclusive, representou um "freio de arrumação" aos tantos benefícios concedidos unilateralmente no âmbito do fenômeno apelidado de "guerra fiscal". Permitiu-se a sua convalidação, mas se impôs maior rigor à exigência, sendo, além de pouco razoável, ofensivo à segurança jurídica iniciar-se novamente um processo de relativização.

Há, inclusive, como bem recordou a requerente, proposta de edição de súmula vinculante com o seguinte teor: "*Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional.*"

É equívoca a afirmação que as alíquotas poderiam ser reduzidas se adotado o valor mínimo fixado pelo Senado Federal, uma vez que se trata de faculdade que não exclui a necessidade do convênio para a sua redução.

As alíquotas internas não podem ser inferiores às das operações interestaduais, exceto se o convênio assim definir, mas desde que não seja inferior à resolução do Senado Federal. Tratam-se o convênio e a resolução do Senado de instrumentos com fito de evitar a guerra fiscal.

No mais, a despeito dos substanciais argumentos do Estado de não-violação à livre concorrência e seletividade, estes não correspondem à jurisprudência atual do STF. No julgamento da ADI 5472, o Supremo Tribunal Federal assim entendeu:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO. GUERRA FISCAL. REQUISITO DE

Plenário Virtual - minuta de voto - 03/05/2024 00:00

FRUIÇÃO DE REGIME FAVORECIDO TRIBUTÁRIO E ECONÔMICO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. INDÚSTRIA AUTOMOBILÍSTICA. SUBSÍDIOS FISCAIS E ECONÔMICOS. DISCRIMINAÇÃO TRIBUTÁRIA EM RAZÃO DA ORIGEM. DESIGUALDADES REGIONAIS. DESENVOLVIMENTO NACIONAL. FEDERALISMO FISCAL COOPERATIVO E DE EQUILÍBRIO. DESESTABILIZAÇÃO CONCORRENCIAL. LIVRE INICIATIVA E LIBERDADE DE CONTRATAR. 1. Os conceitos de determinabilidade e individualização não se confundem, de modo que a lei possuir destinatário determináveis não retira o caráter abstrato e geral de seus mandamentos normativos, nem acarreta em sua definição como lei de efeitos concretos. Precedentes: ADI-MC 2.137, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 12.05.2000; e ADI 1.655, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, DJ 02.04.2004. 2. Não há inconstitucionalidade formal, porquanto a lei impugnada não veicula temática trabalhista ou de transporte. O objeto hostilizado representa legítima manifestação da competência legislativa concorrente sobre direito financeiro, tributário e econômico, nos termos do art. 24, I, do Texto Constitucional. 3. Ofende a vedação à discriminação tributária de natureza espacial a fixação de reserva de mercado a prestadores domiciliados em determinado Estado-membro como requisito para a fruição de regime tributário favorecido e de acesso a investimentos públicos. 4. Não é justificável a discriminação em razão da origem ou do destino com base na redução das desigualdades regionais, porquanto arrosta o mercado único e indiferenciado do ponto de vista tributário, reflexo da própria soberania nacional e da unidade política e econômica da República. 5. A cotização do percentual mínimo de prestadores de serviço de transporte e a atribuição de encargos incompatíveis à iniciativa privada representam ofensa direta às liberdades fundamentais da empresa, pois não guarda correção jurídica a atribuição de deveres instrumentais que praticamente equiparam o agente econômico privado à Administração Pública, com mera finalidade de persecução de

Plenário Virtual - minuta de voto - 03/05/2024 00:00

> política financeira estadual em contexto de guerra fiscal. 6. Há desequilíbrio concorrencial no mercado interno, quando ato legislativo incentiva a concentração de mercados e eventual cartelização das cadeias produtivas. No caso, atentam contra a livre concorrência os requisitos para fruição dos subsídios financeiros e econômicos criados por ente federativo às sociedades empresárias do ramo automobilístico sediadas em seu território. 7. Ação direta de inconstitucionalidade a que se dá procedência."
>
> (ADI 5472, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-164 DIVULG 13-08-2018 PUBLIC 14-08-2018)

Como ali consignei em relação ao caráter discriminatório da legislação impugnada, não há aqui critério de discrímen ao estabelecer a renúncia fiscal em razão da matéria-prima, a qual parece possuir destinatário específico. Tal como ali, entendo que a norma acarreta desigualdade inconstitucional (CRFB, artigo 150, II) e desequilíbrio concorrencial.

Por fim, a seletividade em função da essencialidade está prevista, no caso do ICMS, no art. 155, § 2º, III, da Constituição, havendo surgido no Brasil com a Emenda Constitucional nº 18/65 apenas quanto ao IPI, imposto marcadamente extrafiscal. O ICMS, por outro lado, dado seu caráter eminentemente nacional e de imposto de mercado vincado pela neutralidade tributária possuía, na época, alíquota uniforme (SILVA, Lázaro Reis Pinheiro; BEVILACQUA, Lucas. Incentivos fiscais de ICMS e seletividade ambiental. Revista Direito Tributário Atual n.45. Ano 38. p.239-257. São Paulo: IBDT, 2ºquadrimestre, 2020, p.240).

Apesar da Constituição prever o vocábulo "poderá ser seletivo", o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 745 de Repercussão Geral, RE 714139, fixou a seguinte tese: "*Adotada, pelo legislador estadual, a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior*

Plenário Virtual - minuta de voto - 03/05/2024 00:00

ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços."

Nesse julgamento, explicitou-se que a adoção de alíquotas com percentuais distintos basta a indicar a opção do Estado pela seletividade. É o caso.

O princípio da seletividade tributária é fixado a partir do critério da essencialidade dos bens e serviços que, de acordo com Luís Eduardo Schoueri, tem duas perspectivas:

> "(…) o ponto de vista individual dos contribuintes e as necessidades coletivas. Sob a última perspectiva, tal conceito deve ser entendido a partir dos objetivos e valores constitucionais: o essencial será o bem que se aproxime da concretização daqueles . Assim, tanto será essencial o produto consumido pelas camadas menos favorecidas da população, dado o objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e a marginalização (artigo 3º, III, da Constituição Federal), como aquele que corresponda aos auspícios da Ordem Econômica, diante do objetivo de garantir o desenvolvimento nacional (artigo 3º, II)." (SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 300-301.)

Dessa forma, analisa-se, aqui, o primeiro aspecto mencionado: o plano individual dos contribuintes, que se resume na fiscalidade. Para isso, entende-se que a capacidade para contribuir é revelada pelo consumidor de serviços e bens enquanto destinatário final, e não pelo agente econômico que vende ou presta serviço.

Assim, analisando o princípio sob o ponto de vista dos contribuintes, a seletividade em função da essencialidade faz com que a incidência dos impostos não atinja parcela de riqueza que corresponda ao mínimo existencial dos indivíduos, visando alcançar justiça fiscal. Busca-se beneficiar as camadas menos favorecidas da população, que têm parte mais significativa da renda comprometida com a aquisição de mercadorias e serviços indispensáveis a um padrão mínimo de

Plenário Virtual - minuta de voto - 03/05/2024 00:00

dignidade, e, por esse motivo, acabam suportando uma carga tributária proporcionalmente mais elevada.

Destarte, busca-se a justa repartição do ônus tributário entre os indivíduos de acordo com sua capacidade econômica, garantindo um padrão mínimo de vida a todos os cidadãos. É isso que faz com que, em nome da justiça fiscal, haja redução da base de cálculo ou da alíquota dos tributos sobre mercadorias consideradas indispensáveis e essenciais ao consumo humano, a exemplo dos alimentos.

Não parece, entretanto, ser o caso da mercadoria cuja alíquota foi reduzida: cervejas que contenham, no mínimo, 16% (dezesseis por cento) de fécula de mandioca em sua composição.

O que sobressai são apenas as finalidades extrafiscais com vistas, como se extraem das informações, a fomentar atividade econômica e a geração de emprego, o que, entretanto, não é algo que guarda especificidade com a operação subsidiada.

Destaco, que o Tribunal, inclusive, já teve oportunidade de reafirmar essas diretrizes no julgamento unânime da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.152, de minha Relatoria, na sessão virtual encerrada em 30.09.2022. Naquela ocasião, o Plenário declarou a inconstitucionalidade de normas estaduais de conteúdo idêntico ao ora impugnado, em acórdão que restou assim ementado:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL MARANHÃO 11.011/2019. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA. OPERAÇÕES COM CERVEJAS DE FÉCULA DE MANDIOCA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. ART. 113 DO ADCT. RENÚNCIA DE RECEITA. ESTIMATIVA DE IMPACTO ORÇAMENTÁRIO. AUSÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO. NECESSIDADE. DESEQUILÍBRIO CONCORRENCIAL. PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE.

Plenário Virtual - minuta de voto - 03/05/2024 00:00

1. O artigo 113 do ADCT aplica-se aos estados e ao Distrito Federal. Precedentes. A norma impugnada, artigos 1º e 2º da Lei Estadual Maranhense nº 11.011/2019, ao acrescentar a alínea mao inciso II do artigo 23 da Lei Estadual nº 7.799/2002, também do Estado do Maranhão, reduziu a alíquota de ICMS (12%) para as operações com cervejas que contenham, no mínimo, 15% (quinze por cento) de fécula de mandioca em sua composição. A lei, porém, não foi instruída com a devida estimativa do seu impacto financeiro e orçamentário. Inconstitucionalidade formal reconhecida.

2. A concessão de incentivos fiscais de ICMS é ato complexo que demanda necessariamente a integração de vontades de distintas autoridades públicas, inclusive, de diferentes ordens federativas, dado o seu caráter eminentemente nacional. Assim, tratando-se a redução de alíquota de efetivo benefício fiscal, a Constituição exige, nos termos do art.155, § 2º, XII, g, a celebração de Convênio, o que não ocorreu.

3. No mais, a despeito dos substanciais argumentos do Estado de não-violação à livre concorrência e seletividade, estes não correspondem à jurisprudência atual do STF (ADI 5472, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2018). Não há aqui critério de discrímen ao estabelecer a renúncia fiscal em razão da matéria-prima, a qual parece possuir destinatário específico. Tal como ali, entendo que a norma acarreta desigualdade inconstitucional (CRFB, artigo 150, II) e desequilíbrio concorrencial.

4. Pedido julgado procedente para declarar a inconstitucionalidade formal e material dos artigos 1º e 2º

Plenário Virtual - minuta de voto - 03/05/2024 00:00

> da Lei Estadual Maranhense nº 11.011, de 24.04.2019, que acrescentou a alínea m ao inciso II do artigo 23 da Lei Estadual nº 7.799, de 19 de dezembro de 2002, também do Estado do Maranhão.

Enfim, acolho a impugnação referente à inconstitucionalidade material das normas, tendo em vista a violação ao art. 150, II, § 2º, III e ao art. 170, II, da CRFB.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade material do artigo 1º, da Lei Estadual nº 20.882/2020, que acrescentou a alínea "i" ao inciso II do artigo 27 da Lei Estadual nº 11.651/1991**; e do art. 27,** III, alínea "b", da Lei Estadual nº 11.651/1991, todas do Estado de Goiás.

É como voto.