

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator):

a) Preliminarmente

Cumpra, 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 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 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 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 4 e 5), 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 16 Estados da Federação (eDOC 37). 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.

Cumpra, ainda, ressaltar, que a Procuradoria Geral da República manifestou-se pela inconstitucionalidade da norma, o que legitimaria a impugnação.

b) Inconstitucionalidade formal

No mérito, ainda que a requerente não tenha inicialmente alegado a inconstitucionalidade formal decorrente da violação ao art. 113 do ADCT, este pedido, compreendido na forma do art. 322, § 2º, do CPC, foi veiculado pela Procuradoria-Geral da República (eDOC 23 e 39).

Tradicionalmente, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal entende que, apesar da causa de pedir aberta, o pedido obedece ao princípio da congruência:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. QUESTÃO DE ORDEM: PEDIDO ÚNICO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE EXAMINAR A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 2. MÉRITO: ART. 65 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA): INEXISTÊNCIA. 1. Questão de ordem resolvida no sentido da impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 dada a circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei, sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma. 2. Iniciado o projeto de lei na Câmara de Deputados, cabia a esta o encaminhamento à sanção do Presidente da República depois de examinada a emenda apresentada pelo Senado da República. O substitutivo aprovado no Senado da República, atuando como Casa revisora, não caracterizou novo projeto de lei a exigir uma segunda revisão. 3. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.

(ADI 2182, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2010, DJe-168 DIVULG 09-09-2010 PUBLIC 10-09-2010 EMENT VOL-02414-01 PP-00129 RTJ VOL-00218-01 PP-00060)

No entanto, tem-se admitido o aditamento a fim de permitir a impugnação de atos normativos conexos:

Ementa: 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 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): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 23/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 06-09-2019 PUBLIC 09-09-2019)

A compreensão que se extrai desse julgamento é que o exercício da jurisdição constitucional concentrada também impõe a necessária efetividade processual (CRFB, art 5º, LXXVIII), prestigiando a prevalência do julgamento de mérito a partir da cooperação das partes (CPC, arts. 4º, 5º, 6º).

Nessa toada, admito o aditamento promovido pela Procuradoria-Geral da República, ente legitimado a incoar o processo constitucional concentrado, ressaltando que os responsáveis pela edição do ato normativo foram devidamente intimados para complementar as informações.

Ainda, a questão do cabimento da presente ação em relação à extensão da previsão do art. 113 do ADCT aos Estados foi assim enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, ocasião em restei vencido:

“Ementa: CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. PROCESSO LEGISLATIVO. CONCESSÃO DE VANTAGEM REMUNERATÓRIA E ANÁLISE DE IMPACTO ORÇAMENTÁRIO. ART. 169, § 1º, INCISO I, DA CF. ART. 113 DO ADCT (REDAÇÃO DA EC 95/2016). EXTENSÃO A TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE NORMAS ESTADUAIS COM FUNDAMENTO NESSE PARÂMETRO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. É possível o exame da constitucionalidade em sede concentrada de atos normativos estaduais que concederam vantagens remuneratórias a categorias de servidores públicos em descompasso com a atividade financeira e orçamentária do ente, com fundamento no parâmetro constante do art. 169, § 1º, inciso I, da Constituição Federal, e do art. 113 do ADCT (EC 95/2016). 2. Agravo Regimental provido.” (ADI 6080 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 25-02-2021 PUBLIC 26-02-2021)

Ainda que esse acórdão faça referência ao art. 169, § 1º, da CRFB, a questão controversa ali tratava, efetivamente, da possibilidade de cabimento por alegada violação ao art. 113 do ADCT, discutindo-se a sua extensão aos Estados. À época, houve duas outras Ações Diretas julgadas pelo Plenário, uma das quais reiterou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao não cabimento naquela hipótese, mas assentou o cabimento nesta, julgando inclusive o mérito do pedido. Vejamos:

“EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO FINANCEIRO. LEI Nº 1.237, DE 22 DE JANEIRO DE 2018, DO ESTADO DE RORAIMA. PLANO DE CARGOS, CARREIRAS E REMUNERAÇÕES DOS SERVIDORES PÚBLICOS EFETIVOS DA ÁREA ADMINISTRATIVA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE RORAIMA – UERR. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 169, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E 113 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS – ADCT. A AUSÊNCIA DE PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA NÃO IMPLICA INCONSTITUCIONALIDADE. IMPEDIMENTO DE APLICAÇÃO DA LEI CONCESSIVA DE VANTAGEM OU AUMENTO DE REMUNERAÇÃO A SERVIDORES PÚBLICOS NO RESPECTIVO EXERCÍCIO FINANCEIRO. NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA QUANTO À SUPOSTA VIOLAÇÃO DO ARTIGO 169, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O ARTIGO 113 DO ADCT DIRIGE-SE A TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. AUSÊNCIA DE ESTIMATIVA DE IMPACTO ORÇAMENTÁRIO E FINANCEIRO DA LEI IMPUGNADA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO E, NA PARTE CONHECIDA, JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. 1. A jurisprudência desta Casa firmou-se no sentido de que a ausência de dotação orçamentária prévia apenas impede a aplicação da legislação que implique aumento de despesa no respectivo exercício financeiro, sem que disso decorra a declaração de sua inconstitucionalidade. Precedentes. Ação direta não conhecida quanto à suposta violação do artigo 169, § 1º, da Constituição Federal. 2. O artigo 113 do ADCT tem caráter nacional e irradia obrigações a todos os entes federativos. Precedentes. 3. A Lei nº 1.237/2018 do Estado de Roraima cria e altera despesas obrigatórias de forma a gerar impacto orçamentário. A ausência de prévia instrução da proposta legislativa com a estimativa do impacto financeiro e orçamentário, nos termos do art. 113 do ADCT, aplicável a todos os entes federativos, implica inconstitucionalidade formal. 4. O ato normativo, não obstante viciado na sua origem, acarretou o pagamento a servidores. O caráter alimentício das verbas auferidas demonstra a inviabilidade de ressarcimento dos valores. Modulação dos efeitos da decisão para proteger a confiança legítima que resultou na aplicação da lei e preservar a boa-fé objetiva. 5. Conhecimento parcial da ação direta e, na parte conhecida, julgado procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 1.237, de 22 de janeiro de 2018, do Estado de Roraima, com efeitos ex nunc a contar da data da publicação da ata do julgamento.” (ADI 6102, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 21/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 09-02-2021 PUBLIC 10-02-2021)

E também:

“EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO. LEI Nº 1.293, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2018, DO ESTADO DE RORAIMA. ISENÇÃO DO IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES (IPVA) PARA PESSOAS PORTADORAS DE DOENÇAS GRAVES. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 150, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E 113 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS – ADCT. O ARTIGO 113 DO ADCT DIRIGE-SE A TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. RENÚNCIA DE RECEITA SEM ESTIMATIVA DE IMPACTO ORÇAMENTÁRIO E FINANCEIRO DA LEI IMPUGNADA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 150, II, DA CARTA MAGNA: CARÁTER EXTRAFISCAL DA ISENÇÃO COMO CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA CONHECIDA E JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. 1. A Lei nº 1.293/2018 do Estado de Roraima gera renúncia de receita de forma a acarretar impacto orçamentário. A ausência de prévia instrução da proposta legislativa com a estimativa do impacto financeiro e orçamentário, nos termos do art. 113 do ADCT, aplicável a todos os entes federativos, implica inconstitucionalidade formal. 2. A previsão de incentivos fiscais para atenuar situações caracterizadoras de vulnerabilidades, como ocorre com os portadores de doenças graves, não agride o princípio da isonomia tributária. Função extrafiscal, sem desbordar do princípio da proporcionalidade. Previsão abstrata e impessoal. Precedentes. Ausência de inconstitucionalidade material. 3. O ato normativo, não obstante viciado na sua origem, acarretou a isenção do IPVA a diversos beneficiários proprietários de veículos portadores de doenças graves, de modo a inviabilizar o ressarcimento dos valores. Modulação dos efeitos da decisão para proteger a confiança legítima que resultou na aplicação da lei e preservar a boa-fé objetiva. 4. Ação direta conhecida e julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.293, de 29 de novembro de 2018, do Estado de Roraima, com efeitos ex nunc a contar da data da publicação da ata do julgamento”.(ADI 6074, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 21/12 /2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-042 DIVULG 05-03-2021 PUBLIC 08-03-2021)

Superada no âmbito do Supremo Tribunal Federal a questão da extensão do art. 113 do ADCT aos demais entes, servindo, pois, de parâmetro de controle, a questão de mérito revela-se singela, tendo em vista o ali disposto:

Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016)

Intimados a apresentarem os referidos documentos, a Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão admitiu que “ *conforme consulta realizada junto aos órgãos/setores desta Assembleia Legislativa, estes apontaram que não há informações no tocante à estimativa do impacto orçamentário financeiro.* ” (eDOC 33).

De fato, a norma impugnada, artigos 1º e 2º da Lei Estadual Maranhense nº 11.011/2019, ao acrescentar a alínea “m” ao 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.

No julgamento da ADI n. 6102, cuja ementa foi transcrita acima, eis as considerações e as referências doutrinárias da e. Min. Rosa Weber, :

“A estimativa de impacto financeiro insere-se, assim, na exigência de sustentabilidade financeira. Como ensina Fernando Facury Scaff: ‘(...) não basta o equilíbrio matemático-contábil de receitas versus despesas. É imperioso verificar se tais receitas – incluindo os empréstimos públicos havidos e as renúncias fiscais – são sustentáveis a médio e longo prazo e não comprometerão as despesas que deverão ser realizadas – inclusive os juros dos empréstimos públicos obtidos – a médio e longo prazos’ (SCAFF, Fernando Facury. Equilíbrio orçamentário, sustentabilidade financeira e justiça intergeracional. Int. Públ. – IP, Belo Horizonte, ano 16, n. 85, maio/jun. 2014, p. 42)

De grande valia para elucidar a questão é o específico comentário doutrinário sobre o artigo 113 do ADCT:

‘(...) A estimativa de ‘impacto orçamentário e financeiro’ nada mais é do que a demonstração do quanto custam as despesas

obrigatórias e as renúncias de receita que se estão a propor. A medida é salutar, uma vez que permite incorporar ao debate legislativo a análise do custo-benefício, que muitas vezes é relegada a segundo plano do debate político, especialmente em matéria de benefícios fiscais.

(...)

Ao elevar a exigência de estimativa do impacto orçamentário e financeiro ao nível da Constituição Federal, no Novo Regime Fiscal, o que antes era tomado como apenas uma causa de arquivamento, passível de superação pelo voto de maioria legislativa eventual, tornou-se um vício de inconstitucionalidade e, como tal, insuscetível de convalidação. Será, portanto, inconstitucional a aprovação de lei que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita, sem que seu processo de deliberação tenha sido devidamente acompanhado de estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.' (CORREIA NETO, Celso de Barros. Arts. 106 a 114 – ADCT. In: GOMES CANOTILHO, J. J. et. al. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 2389; 2390)

Desse modo, o art. 113 do ADCT foi elaborado pelo constituinte derivado para garantir a sustentabilidade financeira proporcionada pela mensuração orçamentária dos impactos gerados pela concessão de benefícios como a isenção em exame. É, pois, um instrumento de gestão financeira que permite projetar, estimar, quantificar e avaliar os efeitos de eventuais criações de despesas ou alterações nas receitas existentes.

O processo legislativo passou a ter um requisito imprescindível, sob pena de originar leis eivadas do vício de inconstitucionalidade formal. Para ser válida, a legislação deve, por conseguinte, conformar-se ao equilíbrio e à sustentabilidade financeira, aferíveis no bojo do processo legislativo que proporcione um diagnóstico do impacto: (i) do montante de recursos necessários para abarcar as despesas criadas ou (ii) da ausência de recursos em razão da renúncia de receitas.”

Como ali citado, além dos julgados ora transcritos, há: 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; ADPF 662 MC, Decisão Monocrática, Relator: Min. Gilmar Mendes, J. 03/04/2020, DJe 07/04/2020.

Trata-se, portanto, de norma que deve ser observada a fim de conformar o devido processo legislativo, já vigente à época da edição da lei impugnada, a qual é, portanto, inconstitucional.

Alega o Estado, no entanto, que, em se tratando de produto novo, a fixação da alíquota não enseja renúncia fiscal.

No entanto, a especificidade do insumo – fécula de mandioca – não afasta a sua classificação genérica anterior – “bebidas alcoólicas, cervejas e chopes” (art. 23, VII, “b”, da Lei n. 7.799/2002, com redação dada pela Lei Lei 10.956/2018) – que estabelecia a alíquota de 28,5%, implicando, como se vê, a redução da alíquota-padrão.

Nos termos do previsto art. 150, § 6º, da CRFB, há um conceito tipológico de benefício fiscal exemplificativo (*numerus apertus*) justamente com o propósito de conferir maior controle a tal prática de modo a não deixá-la infensa a controles fiscais e orçamentários.

Esse conceito foi desenvolvido pelo art. 14, § 1º, da Lei Complementar n. 101/2000, o qual dispõe que “ *a renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.* ”

Trata-se, pois, de benefício fiscal que demanda a devida estimativa do seu impacto financeiro e orçamentário, nos termos do art. 113 do ADCT.

Essa ausência implica a inconstitucionalidade formal da norma impugnada

c) Inconstitucionalidade Material

De todo modo, sustenta-se ainda 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 (CR, art. 155, § 2º, XII, ‘g’).

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.

Por sua vez, a afronta ao art. 37 da Constituição situa-se na individualização do benefício, havendo ofensa à moralidade e à impessoalidade na renúncia fiscal.

Inicialmente, quanto a essa última alegação, acolho a manifestação do Estado no sentido de que a alegada violação ao artigo 37, *caput*, caracterizaria ofensa reflexa, pois a rigor implica a análise das exigências do art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal:

“Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 15.003 /06. RENÚNCIA DE RECEITA. TESE DE VIOLAÇÃO AO ART. 163, I, DA CF E AO ART. 14 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL (LRF). INÉPCIA DA INICIAL. LITÍGIO DE NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DO PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. CAUSA DE PEDIR ABERTA NÃO DISPENSA ÔNUS DE FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. IMPOSSIBILIDADE DE ACRÉSCIMO EM SEDE RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.”

(ADI 3789 AgR, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 24-02-2015 PUBLIC 25-02-2015)

Ademais, o controle que se pretende fundado na moralidade e impessoalidade reside na margem de liberdade para a conformação da política tributária, de modo que, nesse ponto, afigura-se inviável o controle jurisdicional das exonerações tributárias, mormente quando concedidas com esteio em finalidades extrafiscais (MS 34342 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 23 ago. 2017).

No entanto, em relação aos requisitos constitucionais e legais, 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 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 o 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:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO. GUERRA FISCAL. REQUISITO DE 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 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 *discrimen* 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, 2º quadrimestre, 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 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 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, 15% (quinze 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.

Enfim, acolho também a impugnação referente à inconstitucionalidade material da norma, 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 formal e material dos artigos 1º e 2º, 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.

É como voto.