

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.363 GOIÁS

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
REQTE.(S) : **CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA**
ADV.(A/S) : **CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES**
INTDO.(A/S) : **ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE GOIÁS**
ADV.(A/S) : **PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA**
LEGISLATIVA DO ESTADO DE GOIÁS
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DE GOIÁS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS**
INTDO.(A/S) : **SECRETÁRIA DE ESTADO DA ECONOMIA DO**
ESTADO DE GOIÁS
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), com pedido de liminar, tendo como objeto (i) os arts. 5º, inciso I e parágrafo único; e 12 da Lei nº 21.670/22 do Estado de Goiás, a qual instituiu o Fundo Estadual de Infraestrutura (FUNDEINFRA); bem como (ii) os arts. 1º a 5º da Lei nº 21.671/22 da referida unidade federada, a qual dispôs sobre a contribuição devida para o fundo.

Eis o teor das normas questionadas:

Lei nº 21.670/22:

“Art. 5º Constituem receitas do FUNDEINFRA:

I - contribuição exigida no âmbito do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS como condição para:

- a) a fruição de benefício ou incentivo fiscal;
- b) o contribuinte que optar por regime especial que vise ao controle das saídas de produtos destinados ao exterior ou com o fim específico de exportação e à comprovação da efetiva exportação; e
- c) o imposto devido por substituição tributária pelas

operações anteriores ser:

1. pago pelo contribuinte credenciado para tal fim por ocasião da saída subsequente; ou

2. apurado juntamente com aquele devido pela operação de saída própria do estabelecimento eleito substituto, o que resultará um só débito por período;

(...)

Parágrafo único. A contribuição referida no inciso I deste artigo pode ser cobrada:

I - em percentual não superior a 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento) sobre o valor da operação com as mercadorias discriminadas na legislação do imposto; ou

II - por unidade de medida adotada na comercialização da mercadoria.

(...)

Art. 12. Esta Lei entra em vigor em 1º de janeiro de 2023.”

Lei nº 21.671/22:

“Art. 1º A Lei nº 11.651, de 26 de dezembro de 1991, Código Tributário do Estado de Goiás – CTE, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 38-A. A não incidência a que se referem a alínea 'a' do inciso I do caput do art. 37 e o art. 38, em relação a mercadorias discriminadas em regulamento, fica condicionada à comprovação da efetiva exportação, na forma e no prazo estabelecidos na legislação tributária.

§ 1º Para o controle das operações destinadas ao exterior e a comprovação da efetiva exportação, o regulamento pode:

I - exigir o pagamento do ICMS relativo a cada operação ou prestação no momento da saída da mercadoria do estabelecimento remetente por meio de documento de arrecadação distinto, garantida a restituição

do valor do imposto efetivamente pago após a comprovação da efetiva exportação; e

II - em substituição ao disposto no inciso I deste parágrafo, instituir regime especial ao contribuinte que optar pelo pagamento de contribuição para fundo destinado a investimento em infraestrutura, mediante termo de credenciamento celebrado com a Secretaria de Estado da Economia, na forma, nas condições e nos prazos que dispuser.

§ 2º O valor do ICMS previsto no inciso I do § 1º deste artigo deve ser obtido por meio da aplicação da alíquota prevista para as operações internas com a mercadoria objeto da operação sobre:

I - o valor constante da pauta de valores elaborada pela Secretaria de Estado da Economia vigente no último dia do mês anterior ao da saída da mercadoria; ou

II - o valor da operação, quando inexistir valor estabelecido para a mercadoria objeto da operação na pauta de valores de que trata o inciso I deste parágrafo.

§ 3º A contribuição prevista no inciso II do § 1º deste artigo fica dispensada nas hipóteses em que o correspondente pagamento já houver ocorrido em operações anteriores com a mercadoria objeto da exportação.' (NR)

'Art. 50. ...

§ 1º ...

II - da saída subsequente por ele promovida, ainda que seja isenta ou não tributada, desde que:

a) seja credenciado para tal fim, na forma definida em regulamento e com o atendimento das condições estabelecidas na legislação tributária; e

b) nas hipóteses previstas nos incisos I e II do caput deste artigo, em relação às mercadorias discriminadas em regulamento, contribua para fundo destinado a

investimento em infraestrutura.

§ 1º-A A contribuição para fundo destinado a investimento em infraestrutura referida na alínea “b” do inciso II do § 1º deste artigo incide na operação anterior e apenas uma vez.

§ 2º Na hipótese do inciso II do § 1º deste artigo, ainda será observado o seguinte:

...

V - ...

c) tenha sido feito o pagamento da contribuição para fundo destinado a investimento em infraestrutura referida na alínea 'b' do inciso II do § 1º deste artigo.

(...)' (NR)

Art. 2º A Lei nº 13.194, de 26 de dezembro de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 2º ...

§ 1º Quanto ao disposto no inciso III do caput deste artigo:

I - o imposto devido por substituição tributária integra a base de cálculo do valor do benefício do FOMENTAR a que fizer jus o estabelecimento eleito substituto; e

II - a permissão pode ser condicionada a que o substituto tributário contribua para fundo destinado a investimento em infraestrutura, conforme dispuser o regulamento.

§ 1º-A A contribuição para fundo destinado a investimento em infraestrutura referida no inciso II do § 1º deste artigo incide na operação anterior e apenas uma vez.

(...)' (NR)

Art. 3º A Lei nº 13.453, de 16 de abril de 1999, passa a vigorar com a seguinte alteração:

‘Art. 2º ...

§ 5º Quanto à isenção de que tratam as alíneas 'f', 'g', 'o' e 'w' do inciso II deste artigo, o regulamento pode, em relação a todas ou a algumas das mercadorias ali relacionadas, condicionar a fruição do benefício fiscal ao pagamento de contribuição para fundo destinado a investimento em infraestrutura, hipótese em que o destinatário fica responsável pelo seu pagamento.’ (NR)

Art. 4º Fica o Chefe do Poder Executivo autorizado a condicionar a fruição de benefícios ou incentivos fiscais concedidos mediante a celebração de convênio no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ ao pagamento de contribuição a fundo destinado ao desenvolvimento econômico ou à manutenção do equilíbrio das finanças públicas estaduais.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos, porém, somente até 31 de dezembro de 2026.”

A requerente, logo de início, apresentou a síntese de suas alegações e disse que a legislação questionada pode ser encarada como criadora de novo tributo ou de uma parcela destacada do ICMS.

Na essência, aduziu que, caso se entenda haver novo tributo, estaria esse em desacordo com as competências tributárias previstas no texto constitucional e que teria sido adotada para esse novo imposto mesmo fato gerador e base de cálculo previstos para o ICMS. Apontou também que, caso se entenda haver parcela destacada do ICMS, isso igualmente estaria em desacordo com a Constituição Federal, por ofensa à reserva de lei complementar, por indevida tributação de operações de exportação e por se destinar parcela do tributo a fundo.

Alegou, ainda, que a lei impugnada foi aprovada em dezembro de

ADI 7363 / GO

2022 e que a cobrança do tributo não observou a noventena. Afora isso, indicou que houve violação de direito adquirido dos contribuintes relativo a benefícios fiscais concedidos sob condição onerosa; da isonomia; da não discriminação quanto à origem ou ao destino; da livre concorrência; da neutralidade tributária; da razoabilidade e da proporcionalidade.

Sustentou ter legitimidade ativa e estar preenchido o requisito da pertinência temática. Quanto a esse ponto, asseverou que a matéria em debate é relevante para os contribuintes industriais.

A requerente assentou, ainda, estarem presentes os requisitos para a medida cautelar e disse que são inconstitucionais, por arrastamento, o Decreto nº 10.187/22 e as Instruções Normativas SEE/GO nº 1.542/23 e 1.543/23.

Pediu a concessão de medida liminar para suspender a eficácia do art. 5º, inciso I e parágrafo único, da Lei nº 21.670/22; dos arts. 1º a 5º da Lei nº 21.671/22; do Decreto nº 10.187/22 e das IN SEE/GO nºs 1.542/23 e 1.543/23 até que haja o julgamento definitivo do mérito. Subsidiariamente, pediu concessão de medida cautelar para se evitar a exigência da contribuição para o FUNDEINFRA para todas as hipóteses legais em relação a fatos geradores ocorridos nas competências de janeiro, fevereiro e março de 2023 ou para se permitir a cobrança somente em relação a fatos geradores ocorridos a partir de 7 março de 2023.

No mérito, pediu a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, inciso I e parágrafo único, e do art. 12 da Lei nº 21.670/22; dos arts. de 1º a 5º da Lei nº 21.671/22; do Decreto nº 10.187/22 e das INs SEE/GO nºs 1.542/23 e 1.543/23. Sucessivamente, pediu a declaração de inconstitucionalidade do Convênio ICMS nº 42/16.

O Estado de Goiás, mediante a Petição nº 27.220/23, apresentou manifestação na qualidade de interessado. Preliminarmente, apontou que falta pertinência temática, pois **“a entidade autora é representativa do setor industrial brasileiro, não guardando relação, senão mediata/indireta, com o setor agropecuário”** (grifo no original).

No mérito, ressaltou que as leis impugnadas criaram contribuição meramente facultativa, destinada a fundo de investimento em infraestrutura, e instituíram o FUNDEINFRA.

Ademais, argumentou que: a) a contribuição não tem natureza tributária; b) o que se criou foi simples condicionante para a fruição de alguns benefícios fiscais ou regimes especiais de fiscalização; c) inexistiu majoração indireta de tributo; d) não há restrição à fruição da imunidade; e) em relação ao ICMS-ST, apenas se acresceu uma nova condicionante; f) inexistiu afetação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa ou violação do modelo constitucional de repartição de receitas, na medida em que a contribuição não tem natureza tributária; g) não ocorreu ofensa à Súmula nº 544/STF, à segurança jurídica ou à não surpresa; h) não houve violação da isonomia, da não discriminação quanto à origem ou ao destino de bens e serviços, da livre concorrência, da neutralidade tributária, da razoabilidade ou da proporcionalidade. Afirmou, ainda, não haver probabilidade do direito, perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Na decisão de 3/4/23 (DJe de 4/4/23), deferi em parte a medida cautelar, **ad referendum** do Plenário, para suspender a eficácia do art. 5º, inciso I e parágrafo único, da Lei nº 21.670/22; dos arts. 1º e 2º, na parte em que conferiu nova redação ao inciso II do § 1º e ao § 1º-A do art. 2º da Lei nº 13.194/97; dos arts. 3º e 4º da Lei nº 21.671/22; bem como, por arrastamento, do Decreto nº 10.187/22 e das Instruções Normativas SEE/GO nºs 1.542/23 e 1.543/23.

Por razões de celeridade processual, determinei a intimação das partes, do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República para que se manifestassem, se o desejassem, antes do julgamento do referendo da citada cautelar, possibilitando ainda a apresentação de sustentação oral.

Interpôs o Governador do Estado de Goiás agravo regimental contra a decisão em que deferi em parte a medida cautelar, **ad referendum** do Plenário.

ADI 7363 / GO

O Governador do Estado de Goiás e o Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás prestaram informações pela constitucionalidade das normas impugnadas.

O Advogado-Geral da União se manifestou pelo não referendo da medida cautelar.

O Procurador-Geral da República proferiu parecer pelo referendo da medida cautelar.

Na sessão virtual de 14/4/23 a 24/4/23, o Tribunal Pleno, por maioria, não referendou a liminar concedida, nos termos do voto do Ministro **Edson Fachin**.

Decido.

Cuida-se, em síntese, de ação direta de inconstitucionalidade por meio da qual se questionam disposições relativas à cobrança, realizada no contexto do ICMS, da contribuição destinada ao Fundo Estadual de Infraestrutura (FUNDEINFRA).

Esse fundo, resumidamente, foi criado para “captar recursos financeiros destinados ao desenvolvimento econômico do Estado de Goiás”, tendo por objetivos gerir recursos advindos, além de outras fontes, da produção agrícola, pecuária e mineral bem como implementar, em tal unidade federada, “políticas e ações administrativas de infraestrutura agropecuária, dos modais de transporte, recuperação, manutenção, conservação, pavimentação e implantação de rodovias, sinalização, artes especiais, pontes, bueiros, edificação e operacionalização de aeródromos”.

Uma das receitas do FUNDEINFRA é a contribuição a que se refere o art. 5º, I, da Lei nº 21.670/22, exigida no âmbito do ICMS como condição para: a) a fruição de benefício ou incentivo fiscal relativos ao imposto; b) o contribuinte optar por regime especial relacionado ao controle de exportações de produtos (as quais, vale lembrar, gozam da imunidade quanto ao tributo); c) o ICMS-ST relativo a operações anteriores ser (1) pago pelo contribuinte credenciado para tal fim por ocasião da saída subsequente; ou (2) apurado juntamente com aquele devido pela

operação de saída própria do estabelecimento eleito substituto, o que resultará um só débito por período.

A contribuição destinada ao FUNDEINFRA é cobrada mediante em percentual de até 1,65% sobre o valor da operação com mercadorias discriminadas na legislação do imposto ou por unidade de medida adotada na comercialização da mercadoria.

Insta relembrar que, na tramitação da presente ação direta, deferi em parte a medida cautelar, **ad referendum** do Plenário, para suspender a eficácia do art. 5º, inciso I e parágrafo único, da Lei nº 21.670/22; dos arts. 1º e 2º, na parte em que conferiu nova redação ao inciso II do § 1º e ao § 1º-A do art. 2º da Lei nº 13.194/97; dos arts. 3º e 4º da Lei nº 21.671/22; bem como, por arrastamento, do Decreto nº 10.187/22 e das Instruções Normativas SEE/GO nºs 1.542/23 e 1.543/23. Contudo, o Tribunal Pleno, na sessão virtual de 14/4/23 a 24/4/23, por maioria, **não referendou** a liminar concedida, nos termos do voto do Ministro **Edson Fachin**.

Visto isso, cumpre destacar que a presente ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada em março de 2023. Ocorre que, recentemente, houve substancial modificação no contexto dos parâmetros de controle de constitucionalidade, de modo que a ação direta ficou prejudicada.

Com efeito, a Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023, a qual alterou o Sistema Tributário Nacional, incluiu o art. 136 no ADCT. Tal dispositivo estabelece que os estados possuidores, em 30/4/23, de fundos destinados a investimentos em obras de **infraestrutura** e habitação e financiados por **contribuições sobre produtos primários e semielaborados estabelecidas como condição à aplicação de diferimento, regime especial ou outro tratamento diferenciado, relativo ao ICMS, podem instituir “contribuições semelhantes, não vinculadas ao referido imposto”,** observadas as estipulações referidas nos incisos desse artigo. Um desses incisos, a propósito, prevê que, **ao ser instituída a contribuição semelhante, haverá a extinção da contribuição correspondente vinculada ao ICMS, vigente em 30/4/23.**

Por ser esclarecedor, transcrevo o inteiro teor do art. 136 do ADCT, incluído pela EC nº 132/23:

“Art. 136. Os Estados que possuíam, em 30 de abril de 2023, fundos destinados a investimentos em obras de infraestrutura e habitação e financiados por contribuições sobre produtos primários e semielaborados estabelecidas como condição à aplicação de diferimento, regime especial ou outro tratamento diferenciado, relativos ao imposto de que trata o art. 155, II, da Constituição Federal, poderão instituir contribuições semelhantes, não vinculadas ao referido imposto, observado que:

I - a alíquota ou o percentual de contribuição não poderão ser superiores e a base de incidência não poderá ser mais ampla que os das respectivas contribuições vigentes em 30 de abril de 2023;

II - a instituição de contribuição nos termos deste artigo implicará a extinção da contribuição correspondente, vinculada ao imposto de que trata o art. 155, II, da Constituição Federal, vigente em 30 de abril de 2023;

III - a destinação de sua receita deverá ser a mesma das contribuições vigentes em 30 de abril de 2023;

IV - a contribuição instituída nos termos do caput será extinta em 31 de dezembro de 2043.

Parágrafo único. As receitas das contribuições mantidas nos termos deste artigo não serão consideradas como receita do respectivo Estado para fins do disposto nos arts. 130, II, ‘b’, e 131, § 2º, I, ‘b’, deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.

O novo dispositivo constitucional, como se nota, abarca o

FUNDEINFRA, destacando-se que esse fundo, instituído em 2022, está relacionado com obras de infraestrutura e que o pagamento da contribuição já referida, a ele destinada, é condição para aplicação de diferimento, regime especial ou outro tratamento diferenciado relativo ao ICMS.

Por fim, a jurisprudência da Corte é firme quanto ao reconhecimento da prejudicialidade da ação direta quando se verifica inovação substancial no parâmetro constitucional de controle, orientação que também se aplica no presente caso. Nessa esteira, cito os seguintes precedentes:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 3310/99. COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE INATIVOS E PENSIONISTAS. EC 41/2003. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DO SISTEMA PÚBLICO DE PREVIDÊNCIA. PREJUDICIALIDADE. 1. Contribuição previdenciária incidente sobre os proventos dos servidores inativos e dos pensionistas do Estado do Rio de Janeiro. Norma editada em data posterior ao advento da EC 20/98. Inconstitucionalidade da lei estadual em face da norma constitucional vigente à época da propositura da ação. 2. **Superveniência da Emenda Constitucional 41/2003, que alterou o sistema previdenciário. Prejudicialidade da ação direta quando se verifica inovação substancial no parâmetro constitucional de aferição da regra legal impugnada. Precedentes.** Ação direta de inconstitucionalidade julgada prejudicada” (ADI nº 2.197, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, Tribunal Pleno, julgado em 10/3/04, DJ de 2/4/04).

“Ação direta de inconstitucionalidade. Alteração do parâmetro constitucional para a aferição da inconstitucionalidade da Decisão nº 819/96 proferida pelo Tribunal de Contas da União. - **Quando há, posteriormente ao**

ajuizamento da ação direta, modificação, que interesse à norma impugnada, no parâmetro constitucional que lhe serve de aferição para a declaração de inconstitucionalidade, ou não, dele, esta Corte já firmou o entendimento de que a ação direta fica prejudicada por essa circunstância superveniente. Ação direta de inconstitucionalidade julgada prejudicada, ficando cassada a liminar deferida” (ADI nº 1.691, Rel. Min. **Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 5/2/03, DJ de 4/4/03 — grifo nosso).**

Na mesma direção: ADI nº 2.531/RS-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Carlos Velloso**, DJ de 12/9/03; ADI nº 2.971/RO-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJe de 13/2/15.

Ante o exposto, julgo prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade.

Publique-se.

Brasília, 14 de fevereiro de 2024.

Ministro DIAS TOFFOLI

Relator

Documento assinado digitalmente