

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Cuida-se de agravo regimental contra decisão em que julguei prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade, em razão da substancial modificação no contexto dos parâmetros de controle de constitucionalidade com o advento da Emenda Constitucional nº 132/23, que incluiu o art. 136 no ADCT.

Para a boa compreensão da controvérsia, faço breve retomada do caso.

Na espécie, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) ajuizou a ação direta contra alguns dispositivos de leis do Estado de Goiás no que versaram sobre a cobrança, realizada no contexto do ICMS, da contribuição destinada ao Fundo Estadual de Infraestrutura (FUNDEINFRA).

Como destaque na decisão ora agravada, 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 lembrar 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**.

Transcrevo trechos do voto proferido por Sua Excelência:

“No caso ora em exame, ainda em sede de cognição perfunctória, fundada em mero juízo de probabilidade, entendo que AUSENTES os requisitos necessários para a concessão da medida liminar que determinou a suspensão de eficácia das leis goianas que instituem e regulamentam o FUNDEINFRA.

No que respeita ao requisito primeiro para acolhimento do pedido cautelar (*fumus bonis iuris*) impende registrar que este mesmo Eg. STF, em julgamento colegiado, apreciou mecanismo alternativo análogo do FUNDERSUL fixando a época entendimento no sentido de tratar-se de contribuição voluntária; o que ementado nos seguintes termos:

(...)

Oportuno registrar que vigoram vários outros fundos estaduais aportados por ‘contribuições voluntárias’ como condicionantes à fruição de incentivos e benefícios fiscais de ICMS, a citar: Rio de Janeiro, Maranhão, Tocantins, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia e Mato Grosso; alguns dos quais já em análise perante este Eg. STF, com destaque para o FETHAB; objeto da ADI n. 6.420, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes, no qual proferido parecer (PGR) assim ementado:

(...)

Nesse cenário jurisprudencial e federativo, considerando os argumentos sustentados pela CNI no sentido da natureza tributária da exação, e refutações trazidas pelo Estado de Goiás pela ausência de compulsoriedade, revela-se inapropriado em sede de juízo perfunctório, inerente ao procedimento cautelar, a definição exata da natureza jurídica da exação do

FUNDEINFRA, prevista no art.5º, I, da Lei n.21.670/2021; razão pela qual me eximo de denominá-la qualquer que seja seu epíteto: 'contribuição facultativa', 'contribuição voluntária', 'adicional de ICMS', 'taxa do agro', 'CIDE estadual' etc.

(...)

Em tempos nos quais cada vez mais necessária a manutenção de uma jurisprudência estável, coerente e íntegra (art. 926, CPC/15), soa razoável não referendar liminar em ADI que vai de encontro a entendimento anteriormente firmado em situação análoga por meio de decisão colegiada (ADI 2.056/MS, rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJ 17/8/2007) sobre a constitucionalidade de exação em realidade jurídica similar, corroborado por julgamentos de Recursos Extraordinários com origem nos Estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul na mesma direção (RE 613.468/DF, rel. Min. Roberto Barroso, DJ 26/10/2015)".

Como se nota, o Tribunal não vislumbrou, em sede de cautelar, inconstitucionalidade no tocante à cobrança da contribuição, alegadamente facultativa, destinada ao FUNDEINFRA, como condição para o gozo do benefício ou incentivo fiscal, do regime especial relacionado ao controle de exportações e do ICMS-ST já mencionados.

Visto isso, cumpre destacar que a presente ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada em março de 2023. Ocorre que, posteriormente, 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 vê, abarca o FUNDEINFRA, destacando-se que esse fundo, instituído em 2022, está relacionado com obras de infraestrutura e reiterando-se 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.**

Nessa toada, a discussão quanto à constitucionalidade da contribuição destinada ao FUNDEINFRA ficou prejudicada, mormente ao se considerar que **eventuais inconsistências** (inclusive no que diz respeito à base de cálculo) existentes nessa contribuição foram convalidadas pela EC nº 132/23.

Aplica-se, por analogia, a jurisprudência da Corte firmada a partir

do julgamento da ADI nº 2.869/RJ, DJ de 13/5/04, na qual o Ministro **Ayres Britto** firmou o entendimento de que a EC nº 42/03 convalidou os adicionais da alíquota do ICMS já criados pelos estados e pelo Distrito Federal, destinados aos fundos de combate à pobreza, ainda que esses adicionais estivessem em discordância com essa própria emenda constitucional, com a anterior EC nº 31/2000 ou com a lei complementar federal de normas gerais relativas ao imposto.

Na oportunidade, Sua Excelência anotou que “**se pairavam dúvidas acerca da constitucionalidade** dos diplomas normativos ora adversados, estas **foram expressamente enxotadas** pelo mencionado art. 4º [da EC nº 42/03]” (grifo nosso). Sobre o assunto, **vide** ainda: RE nº 570.016/RJ-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. **Eros Grau**, DJe de 12/9/08; o ARE nº 999.890/RJ-AgR, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 19/6/17; o RE nº 576.283/RJ-AgR-terceiro-QO, Primeira Turma, Rel. Min. **Alexandre de Moraes**, DJe de 10/8/20; ARE nº 1.463.760/GO-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Cristiano Zanin**, DJe de 26/2/24; ARE nº 1.386.253, Segunda Turma, Relator o Ministro **Nunes Marques**, DJe de 24/1/24.

Esse mesmo racional incide, **mutatis mutandis**, na presente demanda, considerando-se a inclusão do art. 136 no ADCT pela EC nº 132/23. Parafraseando o Ministro **Ayres Britto**, eventuais dúvidas que pairavam sobre a constitucionalidade da contribuição destinada ao FUNDEINFRA foram enxotadas por esse novo dispositivo constitucional, como se viu.

Reitero, portanto, que a EC nº 132/23 modificou, de maneira substancial, **o contexto dos parâmetros de controle de constitucionalidade, de modo que a ação direta ficou prejudicada.**

Eis a jurisprudência da Corte nessa direção:

“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/RJ, 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/DF, 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.

Por fim, destaco que não desconheço o julgamento da ADI nº 6.365/TO, em que a Corte reconheceu a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei tocantinense nº 3.617/19 que versaram sobre contribuição destinada ao Fundo Estadual do Transporte (FET) do Estado do Tocantins.

O fato é que a discussão enfrentada na presente ação direta muito se diferencia daquela trazida por meio da ADI nº 6.365/TO. Atente-se que a contribuição destinada ao FET não era cobrada como condição à aplicação de diferimento, regime especial ou outro tratamento diferenciado, relativos ao ICMS. Sendo assim, não é aplicável à contribuição destinada ao FET o art. 136 do ADCT, incluído pela EC nº 132/23, ao contrário do que ocorre com a contribuição destinada ao FUNDEINFRA. Além do mais, enfatizo que, no próprio julgamento da ADI nº 6.365/TO, foi afastada qualquer possibilidade de sua equiparação com a matéria debatida na presente ação direta (igualmente debatida nas ADI nºs 7.387/GO e 7.366/GO).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

Plenário Virtual - minuta de voto - 29/03/2024 00:00

É como voto.