



**Guilherme Silva Galdino Cardin**

**PROPOSTA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 69:  
Análise dos precedentes e o teor do enunciado**

**Monografia apresentada à  
Escola de Formação da  
Sociedade Brasileira de  
Direito Público - SBDP,  
sob a orientação do  
Professor  
Roberto Codorniz Leite  
Pereira.**

**SÃO PAULO**

**2014**

**Resumo:** A presente monografia tem como objetivo analisar as reiteradas decisões referentes aos benefícios fiscais relativos ao ICMS. Dentro desse escopo, há duas questões centrais a serem debatidas: como o Supremo Tribunal Federal decidiu acerca da concessão de benefícios relativos ao ICMS sem o amparo do CONFAZ; e de que forma esse Tribunal utilizou suas "reiteradas decisões" para apontar precedentes na proposta de súmula vinculante nº 69. Constatou-se que o STF se posicionou firmemente a respeito dessa guerra fiscal. Todavia, houve um mau uso das "reiteradas decisões" para indicar os precedentes que fundamentam a PSV nº 69, em razão da falta de coerência e de respaldo. Ademais, não foi possível estabelecer qualquer previsão categórica acerca de uma possível modulação de efeitos da PSV nº 69.

**Acórdãos citados:** ACO 541; ADI-MC 84-5; ADI 84-5; ADI 260; ADI 286; ADI-MC 930; ADI-MC 1179; ADI 1179; ADI-MC 1247; ADI 1247; ADI-MC 1276; ADI 1276; ADI 1308; ADI-MC 1467; ADI 1467; ADI-MC 1522; ADI-MC 1577; ADI 1587; ADI-MC 1978; ADI-MC 1999; ADI-MC 2021; ADI-MC 2056; ADI 2122; ADI-MC 2155; ADI-MC 2157; ADI-ED 2157; ADI 2345; ADI-MC 2352; ADI-MC 2376; ADI 2376; ADI-MC 2377; ADI-MC 2405; ADI-MC 2439; ADI 2439; ADI-MC 2458; ADI 2458; ADI 2459; ADI 2529; ADI 2548; ADI 2645; ADI 2688; ADI-MC 2823; ADI 2866; ADI 2906; ADI 3246; ADI 3312; ADI-MC 3389; ADI 3389; ADI 3576; ADI 3664; ADI 3674; ADI 3702; ADI 3794; ADI 3803; ADI 3809; ADI-MC 3936; ADI 4152; ADI 4276; ADI-MC 4565; ADI-REF-MC 4705; AI-AgR 449.522; AI-AgR 637.392; AI-ED 654.845; ARE 630.705; ARE 637.959; ARE 752.603; ARE 774.821; RE 539.130; RE 572.762.

**Palavras-chave:** guerra fiscal; reiteradas decisões; precedentes judiciais; benefícios fiscais; proposta de súmula vinculante nº 69.

*A Dirceu, Valéria, Lucas e Heloíze.*

## **Lista de Abreviaturas**

ACO - Ação Cível Originária

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AgR – Agravo Regimental

AI - Agravo de Instrumento

CONFAZ - Conselho Nacional de Política Fazendária

CF - Constituição Federal

EC – Emenda Constitucional

ED - Embargos de Declaração

ICMS - Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação

MC – Medida Cautelar

PSV - Proposta de Súmula Vinculante

RE – Recurso Extraordinário

SS - Suspensão de Segurança

STF – Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>1. DA GUERRA FISCAL À PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE nº 69.....</b>	<b>7</b>
1.1. Da função promocional do Direito e da Guerra Fiscal.....	7
1.2. Da proposta de súmula vinculante: justificativa do tema e escopo da pesquisa .....	13
<b>2. METODOLOGIA DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>17</b>
2.1. Do método da seleção das decisões.....	17
2.2. Dos Acórdãos Selecionados e dos Não Selecionados.....	18
<b>3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>20</b>
3.1. Das decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito dos benefícios fiscais concedidos sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ.....	26
3.1.1. Dos diversos aspectos acerca das decisões.....	26
3.1.2. Dos argumentos utilizados nos acórdãos.....	43
3.2. Do uso das "reiteradas decisões" para estabelecer precedentes.....	54
3.2.1. Da utilização de precedentes entre as "reiteradas decisões".....	54
3.2.2. Dos precedentes citados na Proposta de Súmula Vinculante nº 69.....	56
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>61</b>
<b>REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO.....</b>	<b>66</b>

## **Introdução<sup>1</sup>**

A possibilidade de aprovação da Proposta de Súmula Vinculante nº 69 (PSV nº 69) que objetiva acabar com a guerra fiscal tem causado preocupação, uma vez que a não modulação de efeitos levaria à cobrança retroativa de impostos das empresas que receberam os benefícios fiscais. Ao mesmo tempo, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem decidindo diversos casos a respeito do tema, defendendo a Constituição Federal (CF) a fim de que normas inconstitucionais não gerem mais insegurança jurídica e tampouco estados-membros continuem prejudicando a si mesmos e os demais.

Para aprovar essa PSV nº 69, porém, é preciso que o STF indique os precedentes que fundamentem o enunciado. Isso porque uma súmula vinculante deve gerar maior segurança jurídica e eliminar/atenuar a multiplicação de processos sobre tal problema. E uma boa seleção de precedentes vai ao encontro dessa perspectiva e de um melhor uso de mecanismos de revisão e cancelamento das súmulas vinculantes.

Desse modo, o escopo deste trabalho é analisar as reiteradas decisões referentes aos benefícios fiscais relativos ao ICMS. Esse exame é de crucial importância para averiguar se houve uma boa indicação dos precedentes que fundamentam a proposta, bem como para verificar o correto sentido que se deve dar ao enunciado da PSV nº 69. Mesmo porque, como se verá no tópico 1.2, a PSV nº 69 é bem genérica e, por isso, precisa ser bem explicitada para que a mesma cumpra suas finalidades, caso aprovada.

Tem-se como hipótese que o STF, apesar de ter reiteradas decisões sobre benefícios concedidos ao arripio da CF, faz um mau uso delas, pois não seleciona os precedentes de maneira adequada a fim de que estes cumpram três pontos: coerência; constância; e respaldo.

---

<sup>1</sup> Agradeço às sugestões dos professores, Roberto Codorniz Leite Pereira, meu orientador, e Rubens Eduardo Glezer, membros da banca examinadora de minha monografia (10.12.2014). Os comentários e recomendações de ambos foram devidamente considerados para a versão revisada. Além disso, a análise e a estrutura do trabalho foram revisitadas de maneira mais crítica e atenciosa por conta das propostas debatidas na arguição.

Para tanto, este trabalho se divide em três capítulos: da guerra fiscal à proposta de súmula vinculante nº 69 (1.); metodologia da pesquisa jurisprudencial (2.); e análise propriamente dita (3.).

O primeiro capítulo é dividido em dois momentos: (1.1) da função promocional do Direito e da guerra fiscal; e (1.2) da proposta de súmula vinculante: justificativa do tema e escopo da pesquisa. No tópico 1.1 é feita uma introdução ao tema, apresentando-se a guerra fiscal no Brasil e a sua relação com o STF. Já o ponto 1.2 tem como foco a PSV nº 69 e a pesquisa desta monografia.

Posteriormente, o segundo capítulo trata da metodologia da pesquisa jurisprudencial. Ele é composto por dois tópicos: (2.1) do método da seleção das decisões; e (2.2) dos acórdãos selecionados e dos não selecionados. Como os próprios nomes dizem, no 2.1 discute-se as chaves de busca utilizadas e a amostra angariada, e no 2.2 é esmiuçado como foi a seleção dos casos e os motivos da mesma.

Por fim, no capítulo 3 é feita a análise propriamente dita. Como o trabalho debate duas questões centrais, cada tópico focou em uma. O ponto 3.1 visa discutir como o STF vem decidindo a respeito do tema, ou seja, analisa-se as reiteradas decisões<sup>2</sup> selecionadas pelas chaves de busca. Já o tópico 3.2 problematiza o uso dessas decisões para apontar precedentes que fundamentam a PSV nº 69.

## **1. Da Guerra Fiscal à Proposta de Súmula Vinculante nº 69**

### **1.1. Da Função promocional do Direito e da Guerra Fiscal**

Este tópico tem como escopo fazer uma introdução ao tema para que se possa dar um contexto à guerra fiscal no Brasil e situar a PSV nº 69. Por isso, primeiro se relaciona a função promocional do Direito com a guerra fiscal para depois posicionar o STF na importância deste debate.

---

<sup>2</sup> A definição de "reiteradas decisões" será discutida mais adiante - ponto 2.2.

Conforme explicita BOBBIO<sup>3</sup>, do ponto de vista funcional, a categoria do direito promocional composta<sup>4</sup> por sanções positivas (prêmios) e incentivos não pode mais ser compreendida como uma forma de controle social, mas de direção social. O direito não se limita a reprimir, mas estimula ou promove. Dentro dessa perspectiva, o autor<sup>5</sup> supra citado explica que o Estado contemporâneo exerce seu poder econômico para condicionar os comportamentos dos indivíduos, a fim de conseguir os efeitos desejados ou impedir os indesejados.

Da mesma forma, segundo FERRAZ JR., é no direito brasileiro:

"Na Constituição de 1988, as tarefas são postas ao Estado, o que não só leva à multiplicação de normas, mas também à sua modificação estrutural, põem a descoberto as suas destinações. Exige-se do Estado a responsabilidade pela transformação social adequada da sociedade, ou seja, colocam-se para ele outras funções que não se casam plenamente com a função de bloqueio dos velhos modelos constitucionais. Ora, estas transformações afetam fundamentalmente o sentido do Estado Federativo".<sup>6</sup>

Nota-se que essa recente função impacta em uma nova concepção do federalismo, a qual passa a exigir a cooperação entre os entes federados. As relações entre as entidades que compõem esse federalismo solidário devem ter como objetivo o fomento das finalidades comuns<sup>7</sup>. Todavia, essa cooperação deve ser concorrente, não no sentido de eliminar um ao outro, mas de assegurar as condições básicas de competir. Mesmo porque "o Estado, como agente normativo e regulador, atua em nome do interesse comum, nunca em nome de interesses privados e, ao fazê-lo, deve guardar

---

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função: novos estudos de Teoria do Direito*. São Paulo: Manole, 2007. p. 79.

<sup>4</sup> Ibid, p. 72.

<sup>5</sup> Ibid, p. 76.

<sup>6</sup> FERRAZ JÚNIOR, T. S. . Guerra Fiscal, Fomento e Incentivo na Constituição Federal. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio (Org.). *Direito tributário: Estudos em Homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 277.

<sup>7</sup> Ibid, p. 278.

a imparcialidade própria do interesse comum"<sup>8</sup>. Daí o fomento como atividade capaz de remover desigualdades básicas oriundas de condições econômicas adversas, numa região ou num setor, que, devem ser compensadas por incentivos<sup>9</sup>.

Um desses incentivos que merece destaque é o benefício fiscal relativo ao Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação (ICMS).

Na opinião de FERRAZ JR. o cuidado constitucional com esse incentivo fiscal, em termos de bloqueio, tem sua explicação:

"[...] por ser o ICMS um imposto instituído por lei estadual, cuja receita se reparte entre Estado e municípios, mas que, pela própria natureza da circulação de mercadorias, repercute a economia das demais unidades estaduais da Federação, há um risco permanente de que, na disciplina de benefícios fiscais, uma unidade possa prejudicar outra unidade federativa"<sup>10</sup>.

Ressalta-se que esse cuidado também se deve ao que tem acontecido no Brasil nas últimas décadas: os estados-membros têm participado de uma competição para atrair investimentos visando ao aproveitamento da mão de obra ociosa. Essa competição consiste basicamente no oferecimento de vantagens para que uma empresa escolha instalar a sua fábrica no seu estado <sup>11</sup>. Isso pode trazer tanto desvantagens (menor arrecadação

---

<sup>8</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Princípio da neutralidade concorrencial do estado. In: RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; BERARDI, Luciana Andrea (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem à Professora Maria Garcia*. São Paulo: IOB, 2007, p. 494.

<sup>9</sup> FERRAZ JÚNIOR, T. S. . Guerra Fiscal, Fomento e Incentivo na Constituição Federal. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio (Org.). *Direito tributário: Estudos em Homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 278.

<sup>10</sup> Ibid, p. 278.

<sup>11</sup> ANDRADE, Eduardo de Carvalho. Externalidades. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE Paulo (Org.). *Economia do Setor Público no Brasil*. São Paulo: Campus, 2005, p. 25.

temporal de impostos estaduais) como vantagens (mais empregos; desenvolvimento industrial e etc.)<sup>12</sup>.

Devido aos potenciais efeitos era preciso regular essas disputas. A forma adotada pelo Brasil foi de internalizar<sup>13</sup> essas concessões de benefícios. O Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), formado pelos secretários de Fazenda de todos os estados da federação, tem como uma de suas funções evitar a concessão exagerada de benefícios, ou seja, impedir que um estado-membro conceda incentivos além dos permitidos pela lei, à revelia dos demais.

Para entender essa internalização, é essencial a leitura dos dispositivos da Constituição Federal (CF) que tratam desses benefícios:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

§ 6.º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, **sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.**

[...]

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

---

<sup>12</sup> ANDRADE, Eduardo de Carvalho. Externalidades. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE Paulo (Org.). *Economia do Setor Público no Brasil*. São Paulo: Campus, 2005, p. 25-26.

<sup>13</sup>Ibid, p. 26.

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

XII - cabe à **lei complementar**:

[...]

**g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.** [grifou-se].

Por ser o ICMS um imposto de vocação nacional, cujos efeitos econômico-financeiros ultrapassam as fronteiras de um estado, atribuiu-se ao legislador equidistante a tarefa de implementar normas comuns aplicáveis no âmbito nacional<sup>14</sup>. A Lei Complementar nº 24/1975 é a responsável<sup>15</sup> por estabelecer como tais benefícios serão concedidos e revogados:

Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de **convênios<sup>16</sup> celebrados**

---

<sup>14</sup> HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 455.

<sup>15</sup> Lei que foi recepcionada de acordo com o art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: §8º Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, *b*, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria. Em virtude da Emenda Constitucional nº 3/1993, a referência ao art. 155, I, *a* e *b*, passou a ser ao art. 155, I e II.

<sup>16</sup> Um dos objetivos do convênio é exatamente o de assegurar a aplicação uniforme no âmbito nacional de normas sobre tais benefícios fiscais, conforme as prescrições constitucionais. HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 471.

**e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal,** segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data. [grifou-se].

Apesar desses dispositivos, há uma grande quantidade de ações atinentes à matéria de inconstitucionalidade da concessão unilateral de benefícios fiscais relacionados ao ICMS pelas Unidades da Federação<sup>17</sup>. Isso ocorre devido aos incentivos terem sido concedidos ao arripio dessas normas vigentes. Por consequência, uma das arenas de disputa passa a ser o Supremo Tribunal Federal (STF), pois cabe a ele julgar as ações diretas de (in)constitucionalidade - nos termos do art. 102, I, *a* - estabelecendo o que deve ser objeto de convênio e determinando os efeitos que a norma deve sofrer.

Percebe-se, assim, que essas condutas dos estados-membros, apesar de condizentes com o direito promocional, são rechaçadas pela CF, o que levou a uma judicialização de tais benefícios fiscais.

---

<sup>17</sup> OLIVEIRA, Júlio M. de. ICMS e Guerra Fiscal: origem, destino, natureza e extinção do direito ao crédito. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Org). *Direito Tributário - Homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 919.

## 1.2. Da proposta de súmula vinculante: justificativa do tema e escopo da pesquisa

Após julgar diversas leis estaduais, o STF publicou<sup>18</sup>, em 2012, uma proposta de Súmula Vinculante (PSV nº 69) para tratar dessa questão denominada "Guerra Fiscal". De acordo com o edital<sup>19</sup> da proposta:

"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".

O art. 103-A da CF trata das súmulas vinculantes e dele se pode retirar o objeto e os requisitos para que a mesma seja aprovada:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após **reiteradas decisões sobre matéria constitucional**, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo **a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas**, acerca das quais haja **controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a**

---

<sup>18</sup> O Min. Gilmar Mendes foi o responsável pela proposta, afirmando que várias ações já foram julgadas sobre o assunto e que pelo menos 20 estão na fila. CANÁRIO, Pedro. Supremo publica edital de súmula sobre guerra fiscal, *Consultor Jurídico*, 25 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-25/stf-publica-edital-proposta-sumula-vinculante-guerra-fiscal>>. Acesso em 19 de jul. de 2014.

<sup>19</sup> SECRETARIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Edital da proposta de Súmula Vinculante nº 6, 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3143828&tipoApp=RTF>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

**administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.** [grifou-se].

Compreende-se como objeto da súmula vinculante: a validade, a interpretação e a eficácia das normas em que se atende determinados requisitos. E tais requisitos podem ser divididos em quatro itens: (i) reiteradas decisões sobre matéria constitucional; (ii) haver controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública; (iii) existir controvérsia que acarrete grave insegurança jurídica e (iv) relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Portanto, para que a PSV nº 69 seja aprovada pelo STF, esses quatro requisitos precisam ser atendidos.

Entretanto, a possibilidade de aprovação dessa PSV nº 69 tem causado preocupação em outras esferas, uma vez que a não modulação de efeitos levaria à cobrança retroativa de impostos das empresas que receberam os benefícios. Fato este que causaria uma grande insegurança jurídica, afinal diversas empresas, muitas das quais mudaram para estados onde tiveram, por lei, direito de usufruir de algum benefício fiscal direto ou indireto em troca de forte investimento, correriam o risco de pagar uma grande dívida de um dia para o outro<sup>20</sup>.

Desse modo, analisar as "reiteradas decisões" referentes a esses benefícios é de crucial importância para verificar o correto sentido que se deve dar ao enunciado da súmula proposta. Sendo imprescindível identificar quais os tipos de benefícios concedidos e se houve alguma medida que não foi considerada benefício pela jurisprudência do STF.

Entende-se por "reiteradas decisões" todos os casos que possam servir como precedentes para justificar a edição de uma súmula vinculante. Porém, os precedentes que buscam respaldar uma súmula precisam corresponder de forma satisfatória ao enunciado proposto a fim de que a controvérsia em questão seja remediada. Ou seja, os precedentes citados

---

<sup>20</sup> SCAFF, Fernando Facury. STF deve modular efeitos da súmula contra guerra fiscal, *Consultor Jurídico*, 12 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-12/contas-vista-stf-modular-efeitos-sumula-guerra-fiscal>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

devem gerar maior segurança jurídica e eliminar/atenuar a multiplicação de processos sobre tal problema.

Todavia, demonstrar um entendimento seguro para corresponder de forma satisfatória ao enunciado proposto também requer que o mesmo seja constante como a própria expressão constitucional expressa - "reiteradas decisões". Isto é, deve haver um período de tempo uniforme entre os precedentes citados.

Assim, para corresponder de forma adequada as "reiteradas decisões" citadas como precedentes<sup>21</sup> precisam cumprir três aspectos: (i) ser coerentes entre si; (ii) ter um período de tempo uniforme entre eles; e (iii) respaldar o enunciado da súmula vinculante apropriadamente.

A hipótese deste trabalho é que o STF, apesar de ter "reiteradas decisões" sobre benefícios concedidos ao arrepio da CF, faz um mau uso delas, pois não seleciona os precedentes de maneira adequada a fim de que estes cumpram esses três pontos: coerência; constância; e respaldo. Deve-se ter em foco a necessidade de uma boa utilização de precedentes, para que haja maior segurança jurídica e permita um melhor uso de mecanismos de revisão e cancelamento das súmulas vinculantes.

Portanto, não são examinados apenas os precedentes<sup>22</sup> que fundamentam a proposta, mas também outros acórdãos que tratam da mesma questão, isto é, de benefícios relativos ao ICMS. Essa análise de grande parte das "reiteradas decisões" que não foram citadas como precedentes é necessária para testar a hipótese deste trabalho. Afinal, é preciso que a própria jurisprudência do STF ratifique<sup>23</sup> a presença de outras "reiteradas decisões" sobre a guerra fiscal que poderiam ser citadas juntamente ou no lugar dos precedentes apresentados a fim de que se

---

<sup>21</sup> Logo, não necessariamente o STF precisa indicar todas as suas "reiteradas decisões" sobre a matéria como precedentes, uma vez que estes devem amparar um entendimento seguro do que expressa aquela súmula vinculante e podem existir decisões que, por exemplo, tenham sido superadas por outras.

<sup>22</sup> Os precedentes que fundamentam a proposta são: ADI 1179; ADI 1247; ADI 1308; ADI 2548; ADI 2645; ADI 2906; ADI 3312; e ADI 3794. PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Parecer sobre a proposta de Súmula Vinculante nº 69, 31 mar. 2014. P. 2. Disponível em: <[http://noticias.pgr.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdfs/Parecer%20em%20PSV%20n%2069.pdf](http://noticias.pgr.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/Parecer%20em%20PSV%20n%2069.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2014.

<sup>23</sup> Isso porque é o STF o órgão responsável por aprovar súmulas vinculantes.

discuta o (bom/mau) uso das mesmas. Ademais, compreender o correto sentido da PSV nº 69 significa, também, identificar medidas que não foram consideradas benefícios pela jurisprudência do STF. Por isso, há a necessidade de se examinar como o STF vem tratando a guerra fiscal.

Dessa forma, esta pesquisa se pautará em duas questões centrais: (a) como o STF vem decidindo a respeito dos benefícios fiscais concedidos sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ? (b) como o STF usa suas "reiteradas decisões" para apontar os precedentes neste caso?

Além disso, outras questões devem ser observadas:

(i) Como o STF lidou com a demanda dessas ações questionando os benefícios? O que aconteceu com as normas e os seus efeitos? Nos casos de inconstitucionalidade, houve cobrança retroativa ou a modulação de efeitos?<sup>24</sup> É importante obter tal informação, pois, como já explicitado, a possível cobrança retroativa de todos os benefícios acarretaria uma grande insegurança jurídica<sup>25</sup> para as empresas.

(ii) Os ministros utilizam quais argumentos além do critério constitucional da necessidade de realização do convênio? Há alguma preocupação concorrencial ou de desequilíbrio fiscal? Tais indagações também são essenciais uma vez que os ministros podem adotar como critério de divisão entre as concessões sujeitas ao convênio ou não.

(iii) Ao julgar tais casos, o STF utilizou precedentes para justificar a decisão? Se usou, como esses precedentes foram apreciados?

---

<sup>24</sup> Lei Complementar nº 24/75: Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente: I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria; II - a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente. Parágrafo único - As sanções previstas neste artigo poder-se-ão acrescer a presunção de irregularidade das contas correspondentes ao exercício, a juízo do Tribunal de Contas da União, e a suspensão do pagamento das quotas referentes ao Fundo de Participação, ao Fundo Especial e aos impostos referidos nos itens VIII e IX do art. 21 da Constituição federal.

<sup>25</sup> Argumento que poderá ser exposto no debate da PSV nº 69.

## 2. Metodologia da Pesquisa Jurisprudencial

### 2.1 Do método de seleção das decisões

Os acórdãos utilizados são todos aqueles resultantes das chaves de busca "guerra adj2 fiscal" e "benefício e ICMS"<sup>26</sup>. A primeira chave tem como motivo a (in)constitucionalidade da concessão unilateral ter como fundamento a chamada "Guerra Fiscal"<sup>27</sup>. Nela trinta e quatro acórdãos e uma repercussão geral foram encontrados. Já a segunda chave se justifica pelo fato da necessidade de se ampliar o espectro para que se possa angariar outras formas de benefício do que apenas aquelas em que houve na ementa/indexação o termo "Guerra Fiscal". Ademais, sua busca também tem por razão descobrir aqueles benefícios relativos ao ICMS, mas que por algum motivo não vêm acompanhado do termo "fiscal". Essa pesquisa teve como resultado cento e sessenta e três acórdãos e duas repercussões gerais.

Para não haver dupla contagem, utilizou-se como chave final "guerra adj2 fiscal ou (benefício e ICMS)". O resultado final<sup>28</sup> foi de cento e setenta e cinco acórdãos e duas repercussões gerais.

Conforme se nota, a pesquisa, apesar de quantitativa, não é exaustiva uma vez que não se procurou por todos os termos presentes na PSV nº 69. Isso se dá principalmente porque o foco da pesquisa é apenas estabelecer grande parte das "reiteradas decisões", analisando quais os benefícios (não) compreendidos e o uso de precedentes. Preferiu-se, também, usar "guerra adj2 fiscal" e "benefício e ICMS" justamente por eles serem os termos mais abrangentes, não só<sup>29</sup> pelo número de acórdãos que a pesquisa oferece, mas, principalmente, pela maior possibilidade de ter as

---

<sup>26</sup> A data de início foi 05/10/1988 em razão da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, marco importante e divisor de águas para o ordenamento pátrio. Já a data limite de pesquisa de acórdão foi o dia 20/09/2014.

<sup>27</sup> FERRAZ JÚNIOR, T. S. . Guerra Fiscal, Fomento e Incentivo na Constituição Federal. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio (Org.). *Direito tributário: Estudos em Homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 279.

<sup>28</sup> 22 acórdãos uma repercussão geral estavam se repetindo.

<sup>29</sup> Ressalva-se que apesar de "incentivos" ser utilizado como um vocábulo abrangente no art. 1º, IV do parágrafo único, da Lei Complementar nº 24/75, o resultado de sua busca ao substituir benefícios tem apenas 82 acórdãos, demonstrando, assim, um menor uso comparado a "benefício".

outras expressões configuradas em acórdãos que eles estejam presentes. Afinal, a própria proposta utiliza "benefício fiscal relativo ao ICMS" como termo genérico/equivalente aos demais. E "guerra fiscal" é, como já falado, a denominação em que se fundamenta a necessidade de convênio.

## 2.2. Dos Acórdãos Selecionados e dos Não Selecionados

Dos cento e setenta e cinco acórdãos resultantes da busca, sessenta e oito acórdãos foram selecionados<sup>30</sup>. Como esse número de escolhidos deve ser somado com os precedentes que fundamentam a PSV nº 69, têm-se no total sessenta e nove acórdãos<sup>31</sup>.

Os outros cento e sete acórdãos e as duas repercussões gerais<sup>32</sup> que focam temas periféricos não foram selecionados. Isso porque se buscou apenas decisões cujo objeto fossem normas prescrevendo benefícios fiscais que foram questionados por não terem sido concedidos mediante prévia deliberação no CONFAZ, ou que a *ratio decidendi*<sup>33</sup> contivesse argumentos que ratificassem essa posição.

Esses acórdãos não selecionados trataram de diversas matérias como: a composição da base de cálculo de imposto<sup>34</sup>; a correção monetária<sup>35</sup>; o direito ao crédito ou estorno<sup>36</sup>; o GATT<sup>37</sup>; a imunidade ou a

---

<sup>30</sup> ACO 541; ADI-MC 84-5; ADI 84-5; ADI 260; ADI 286; ADI-MC 930; ADI-MC 1179; ADI 1179; ADI 2122; ADI-MC 1247; ADI 1247; ADI-MC 1276; ADI 1276; ADI 1308; ADI-MC 1467; ADI 1467; ADI-MC 1522; ADI-MC 1577; ADI 1587; ADI-MC 1978; ADI-MC 1999; ADI-MC 2021; ADI-MC 2056; ADI-MC 2155; ADI-MC 2157; ADI-ED 2157; ADI 2345; ADI-MC 2352; ADI-MC 2376; ADI 2376; ADI-MC 2377; ADI-MC 2405; ADI-MC 2439; ADI 2439; ADI-MC 2458; ADI 2458; ADI 2529; ADI 2548; ADI 2549; ADI 2688; ADI-MC 2823; ADI 2866; ADI 2906; ADI 3246; ADI 3312; ADI-MC 3389; ADI 3389; ADI 3576; ADI 3664; ADI 3674; ADI 3702; ADI 3794; ADI 3803; ADI 3809; ADI-MC 3936; ADI 4152; ADI 4276; ADI-MC 4565; ADI-REF-MC 4705; AI-AgR 449.522; AI-AgR 637.392; AI-ED 654.845; ARE 630.705; ARE 637.959; ARE 752.603; ARE 774.821; RE 539.130; RE 572.762.

<sup>31</sup> Dos 8 precedentes citados na PSV nº 69 apenas um não entrou nas chaves de busca, ADI 2645.

<sup>32</sup> O elevado número de julgados não selecionados deve-se ao fato de ter-se usado chaves de busca genéricas e de muitos abordarem matérias apenas indiretamente ligadas à PSV nº 69.

<sup>33</sup> "Correspondem aos fundamentos definitivos para decidir, à prescrição que pode ser aplicada a casos futuros". MENDES. Conrado Hübner. Lendo uma decisão: *obiter dictum* e *ratio decidendi*. Racionalidade e retórica na decisão. Disponível em: <<http://migre.me/jREWt>>. Acesso em: 27 out. 2014, p. 2.

<sup>34</sup> AI-AgR 495.421.

<sup>35</sup> ARE-ED 411.861

não incidência<sup>38</sup>; a inconstitucionalidade de convênio<sup>39</sup>; a isonomia tributária<sup>40</sup>; o momento de incidência do ICMS<sup>41</sup>; as isenções relativas ao IPI<sup>42</sup>; o princípio da não-cumulatividade<sup>43</sup>; o regime de tributação<sup>44</sup>; a transferência de bens<sup>45</sup>; e as questões formais<sup>46</sup> não pertinentes (controvérsia legal; vício de iniciativa; reexame da causa; reexame de leis locais; entre outros);

Por mais que algumas dessas questões<sup>47</sup> possam repercutir de forma indireta nos benefícios fiscais, elas não servem para o que se pretende pesquisar por não abordarem normas que prescrevem benefícios fiscais relativos ao ICMS e por não terem uma *ratio decidendi* tratando disso.

Outro acórdão não selecionado para a análise foi a ADI 3410, mas porque o benefício questionado estava, segundo os ministros, amparado por convênio. Portanto, sua análise não tem relevância uma vez que não houve afronta aos dispositivos constitucionais, como ao art. 150, §6º, e ao art. 155, §2º, inciso XII, alínea g. Caso se tratasse de alguma medida que não

---

<sup>36</sup> AI-AgR 516.150; AI-AgR 669.557; AI-AgR 781.344; AI-AgR 792.910; ARE 228.355; ARE 445.065; ARE 522.716; RE-RG 628.075. Ressalta-se que glosar os créditos dos contribuintes de seus territórios é um dos caminhos que os estados adotam quando se sentem prejudicados pela lei concessiva de benefícios relativos ao ICMS aprovada à revelia do CONFAZ. PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Parecer sobre a proposta de Súmula Vinculante nº 69, 31 mar. 2014. P. 33-34. Disponível em: <[http://noticias.pgr.mpf.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdfs/Parecer%20em%20PSV%20n%2069.pdf](http://noticias.pgr.mpf.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/Parecer%20em%20PSV%20n%2069.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2014.

<sup>37</sup> AI-AgR 708.736; AI-AgR 845.360; RE 107.562; ARE 632.778.

<sup>38</sup> ACO-MC-AgR 1095; ADI 3421; AI-AgR 400.969; AI-AgR 421.917; AI-AgR 550.643; AI-AgR 731.786; ARE 296.199; ARE-ED 338.681; ARE 555.450; ARE 663.552; ARE 690.382; RE 170.784; RE 174.476; RE 193.074; RE 196.527; RE 198.088; RE 201.703; RE 210.251; RE 203.859; RE-RG 600.010; SS-AgR 1492; SS-AgR 1836; SS-AgR 1887; SS-AgR 2242; SS-AgR 3273.

<sup>39</sup> ADI 310; ADI-MC 1502; ADI-MC 1851; ADI 1851; ADI 2320; Rcl-AgR 2494; RE 403.205.

<sup>40</sup> AI-AgR 817.074.

<sup>41</sup> AI-AgR 653.654; RE 228.520; RE 405.457.

<sup>42</sup> AI-AgR 360.461; ARE 589.031; RE 353.657; RE 370.682.

<sup>43</sup> ARE 230.543; ARE 284.120; AI-AgR-ED 389.871; AI-AgR 418.412; AI-AgR 526.737; AI-AgR 659.690; AI-AgR 689.912; AI-AgR 783.509; ARE 201.764; ARE 541.166; RE 161.031; RE 240.395; RE-ED 247.077; RE 255.340.

<sup>44</sup> ADI 2588 e RE 611.586.

<sup>45</sup> AI-AgR 810.921 e ARE 725.544.

<sup>46</sup> ADI 2659; AI-AgR 328.808; AI-AgR 446.523; AI-AgR 617.405; AI-AgR 631.655; ARE 693.487; AI-AgR 695.583; AI-AgR 735.910; AI-AgR 746.289; AI-AgR 763.848; AI-AgR 790.417; AI-AgR 828.549; AI-AgR 829.378; ARE 355.847; ARE 413.300; ARE 477.811; ARE 505.944; ARE-ED 522.716; ARE 543.132; ARE 596.619; ARE 601.161; ARE 601.783; ARE 609.754; ARE 612.006; ARE 665.392; ARE 665.395; ARE 716.582; ARE 770.641; ARE 761.469; ARE 765.032; MS 21953; RE 576.155; RE-ED 586.980; Rcl-AgR 15819.

<sup>47</sup> Principalmente imunidade ou não incidência, direito ao crédito ou estorno, e inconstitucionalidade de convênio.

tivesse sido considerada benefício, teria sido selecionada, como a ADI-MC 2056 e a ADI-MC 2405.

### 3. Análise Jurisprudencial<sup>48</sup>

Neste capítulo se dá a análise propriamente dita. Primeiro aborda-se a distinção entre os acórdãos selecionados que foi essencial para um melhor exame da pesquisa. Secundariamente, é explicada a estrutura da análise em tópicos e subtópicos bem como as constatações obtidas nos mesmos. A partir disso, adentra-se em cada tópico e subtópico para um exame mais detalhado de cada questão apresentada. Ressalta-se, que a estrutura foi desenvolvida para testar a hipótese deste trabalho, qual seja: o STF, apesar de ter "reiteradas decisões" sobre benefícios concedidos ao arripio da CF, faz um mau uso delas, pois não seleciona os precedentes de maneira adequada a fim de que estes sejam coerentes e constantes entre si e que respaldem o enunciado da PSV nº69.

Como esboçado no parágrafo anterior, os acórdãos foram divididos em característicos e não-caraterísticos. Os primeiros<sup>49</sup> são aqueles em que há normas prescrevendo benefícios fiscais que foram questionados por não terem sido concedidos mediante a prévia deliberação no CONFAZ. Já os não-característicos<sup>50</sup> são aqueles que não tratam diretamente<sup>51</sup> das normas, mas sua *ratio decidendi* é importante por abordar diretamente os argumentos referentes à posição do STF no que toca a essa guerra fiscal

---

<sup>48</sup> Os acórdãos selecionados que são da mesma ação, isto é, quando ocorre medida cautelar e depois o julgamento final ou embargos de declaração, são considerados como um só, mas nas citações diretas há distinção. Logo, o número de acórdãos selecionados passa a ser 59, ou seja, em nove ADIs encontradas na busca e selecionadas houve medida cautelar e, também, julgamento final - ADIs 84; 1.179; 1.276; 1.247; 1.467; 2.376; 2.439; 2.458; 3.389 - e em uma houve embargos de declaração, ADI-MC-ED 2.157.

<sup>49</sup> São 49 acórdãos característicos: ACO 541; ADI 84; ADI 260; ADI 286; ADI-MC 930; ADI 1179; ADI 2122; ADI 1247; ADI 1276; ADI 1308; ADI 1467; ADI-MC 1522; ADI-MC 1577; ADI 1587; ADI-MC 1978; ADI-MC 1999; ADI-MC 2021; ADI-MC 2056; ADI-MC 2155; ADI-MC-ED 2157; ADI 2345; ADI-MC 2352; ADI 2376; ADI-MC 2377; ADI-MC 2405; ADI 2439; ADI 2458; ADI 2529; ADI 2548; ADI 2549; ADI 2688; ADI-MC 2823; ADI 2866; ADI 2906; ADI 3246; ADI 3312; ADI 3389; ADI 3576; ADI 3664; ADI 3674; ADI 3702; ADI 3794; ADI 3803; ADI 3809; ADI-MC 3936; ADI 4152; ADI 4276; ADI-MC 4565; ADI-REF-MC 4705. A ADI 2645 que deveria ser um acórdão característico, não o é e isso só é discutido no ponto 3.2.

<sup>50</sup> São 9 acórdãos não-característicos: AI-AgR 449.522; AI-AgR 637.392; AI-ED 654.845; ARE 630.705; ARE 637.959; ARE 752.603; ARE 774.821; RE 539.130; RE 572.762.

<sup>51</sup> Isso se deve muito ao fato de que se tratam de recursos e agravos.

Quanto à estrutura da análise, ela é dividida em dois momentos. Enquanto no primeiro (3.1) pretende-se responder como o STF vem decidindo a respeito de tais normas que concedem benefícios ao arripio do CONFAZ, no segundo (3.2) analisa-se o uso de precedentes entre as "reiteradas decisões" e o emprego de determinados casos como precedentes na PSV nº 69.

O tópico 3.1 é composto por dois subtópicos. No primeiro (3.1.1) busca-se analisar as questões que não envolvem os motivos pelos quais o STF decidiu (não) suspender a vigência ou determinar a (in)constitucionalidade das normas questionadas. São examinados diversos aspectos como: (i) a quantidade e as partes presentes nas ações; (ii) as formas de benefícios concedidos; (iii) os atos normativos utilizados; (iv) o uso de medidas cautelares; (v) o status das normas (constitucionais ou não); e (vi) se houve modulação de efeitos (retroativos/prospectivos). Ressalta-se que os acórdãos não-característicos não são usados devido ao não tratamento direto às normas. Já no segundo subtópico<sup>52</sup> (3.1.2) explicita-se a argumentação do STF para declarar a (in)constitucionalidade ou (não) suspender a vigência das normas que prescrevem tais benefícios. Diferentemente, neste ponto (3.1.2), os acórdãos não-característicos entram na análise.

No ponto (3.1.1), constatou-se que (i) houve um grande número de ações, quarenta e nove, sendo que vários estados-membros estavam envolvidos como requerentes/requeridos. Um ponto que se destaca é o relevante número de questionamentos partindo da própria unidade federativa. Além disso, em seis casos houve reincidência, mostrando um desrespeito com relação às decisões do STF já tomadas. Notou-se, também, que (ii) vários tipos de vantagens foram prescritas e isso ocorreu por (iii) quatro atos normativos: constituição estadual; leis estaduais; decretos estaduais; e Termo de Acordo de Regime Especial (TARE).

---

<sup>52</sup> Baseia-se nos acórdãos característicos e não-característicos.

Ressalta-se, ainda, o (iv) elevado uso de medidas cautelares (MCs)<sup>53</sup>, sendo que em um primeiro momento o STF se mostrou apenas deferente com relação aos (vi) pedidos de modulação retroativa, concedendo efeitos *ex tunc* em MCs<sup>54</sup> quando pedido e, posteriormente, teve uma postura mais ativa ao determinar efeitos *ex tunc* na ADI-Ref-MC 4705 mesmo com a requerente pedindo apenas suspensão até a decisão final.

Outro aspecto de relevância desse subtópico (3.1.1) foi o fático dia 01/06/2011 em que foram julgados onze casos a respeito do tema, sendo que em três<sup>55</sup> deles aparece a discussão sobre como lidar com a guerra fiscal. O Presidente do STF naquele período era o Min. Cezar Peluso que, expondo seu poder de agenda, explicitou a necessidade de se julgarem todos esses casos no mesmo dia.

No que diz respeito aos benefícios que não se enquadram na guerra fiscal, foi observado nesse mesmo ponto (3.1.1) que houve divergência a respeito do diferimento uma vez que em um<sup>56</sup> caso não foi considerado benefício enquanto em outros<sup>57</sup> houve enquadramento como benefício fiscal. Já na ADI-MC 2405 foi decidido que a moratória para pagamento de saldo devedor e a extinção de débito tributário por meio de dação em pagamento não são benefícios fiscais.

Dos casos analisados nesse subtópico (3.1.1), trinta e um foram julgados em definitivo decidindo pela (v) inconstitucionalidade das normas e todos seguindo a regra geral - *ex tunc*. E apenas na ADI 3246 houve pedido para que se desse (vi) efeito prospectivo, o qual não foi concedido por unanimidade.

Resumindo, no ponto (3.1.1) concluiu-se que o STF demonstrou uma forte preocupação (visualizado pelo poder de agenda e pelo cuidado ao tratar da modulação de efeitos) e um posicionamento firme a respeito da guerra fiscal. Ademais, como só em quatro casos de quarenta e nova houve a discussão de modulação de efeitos não é possível estabelecer qualquer

---

<sup>53</sup> Das quarenta e nove ações analisadas, houve pedido de MCs em quarenta e cinco delas.

<sup>54</sup> ADI-MC 2458 e ADI-MC 4565.

<sup>55</sup> ADI 3664, ADI 3803 e ADI 4152.

<sup>56</sup> ADI-MC 2056.

<sup>57</sup> ADI-MC 2155, ADI 2548, ADI-MC 2823, ADI 3246, ADI 3702 e ADI 3803.

previsão categórica acerca da PSV nº 69, apenas que o STF tem a tendência de ser rigoroso<sup>58</sup> quanto aos benefícios considerados inconstitucionais. No tocante aos tipos de benefícios concedidos, seria necessário que houvesse uma definição quanto às hipóteses cabíveis de diferimento para que haja uma maior segurança jurídica acerca do posicionamento do STF<sup>59</sup>.

Quanto aos resultados do segundo subtópico<sup>60</sup> (3.1.2), o qual teve como objeto a argumentação do STF para declarar a (in)constitucionalidade ou (não) suspender a vigência das normas que prescrevem tais benefícios, foi constatado que o STF justificou seu posicionamento se baseando em vários argumentos, uns mais centrais e outros mais periféricos.

Dentre os motivos mais relevantes têm-se: (a) o critério constitucional da necessidade de deliberação no CONFAZ; (b) o perfil nacional do ICMS e a conseqüente violação do pacto federativo ao se prescrever benefício fiscal ilícito; (c) os impactos gerados pela guerra fiscal (para o próprio estado-membro, para outro, entre empresas e para os municípios); e (d) o motivo teleológico da forma como a CF regulamenta os benefícios relativos ao ICMS, isto é, impedir a guerra fiscal.

Já os argumentos secundários utilizados foram: (e) o fato de o convênio ser um pressuposto para a concessão de benefícios; (f) a constatação de que a LC 24/1975 foi recepcionada pela CF, bem como a discussão acerca de tais normas ser constitucional e não infraconstitucional; e (g) a possibilidade de exame de decretos em ADIs.

Demonstra-se nesse subtópico (3.1.2) que apesar de o STF ter justificado bem acerca do assunto, dois problemas precisam ser tratados no debate da PSV nº 69. Um se refere à importância da definição do que seja guerra fiscal, uma vez que houve noções distintas apresentadas que podem apresentar resultados diversos, já que a discussão do enquadramento de

---

<sup>58</sup> Rigoroso, pois retroagiu em três MCs a fim de dar efeitos *ex tunc* em um julgamento cautelar e não concedeu efeito prospectivo quando foi pedido em uma decisão definitiva.

<sup>59</sup> Ressalva-se que isso depende da indicação dos precedentes citados, pois se o caso em que o diferimento não foi considerado benefício (ADI-MC 2056) não estiver entre os precedentes e haja algum precedente em que o diferimento tenha sido considerado benefício, implicitamente, o STF estará demonstrando que entendimento na ADI-MC 2056 foi superado. Essa questão será mais debatida no subtópico 3.2.2.

<sup>60</sup> Baseia-se nos acórdãos característicos e não-característicos.

uma vantagem ser ou não benefício fiscal está intrinsecamente ligada a uma concepção do que seja guerra fiscal. E como o termo da proposta "outro benefício fiscal relativo ao ICMS" é muito genérico, dúvidas poderão surgir a respeito de determinada(s) medida(s). Já outra incerteza jurídica se dá nas normas que foram consideradas constitucionais e que prescreviam a possibilidade de o Poder Executivo estadual adotar medidas necessárias à proteção da economia do estado, sendo que o STF apenas rechaçou a alternativa de se promulgar normas concedendo benefícios fiscais de forma inconstitucional.

No segundo tópico deste capítulo (3.2) analisou-se o uso de precedentes entre as "reiteradas decisões" e o emprego de determinados casos como precedentes na proposta de súmula vinculante nº 69. Esse tópico ficou dividido em dois subtópicos. No primeiro (3.2.1) é abordado se os ministros utilizaram precedentes no decorrer dos quarenta e nove acórdãos característicos. Posteriormente (3.2.2), examinou-se o (bom/mau) uso dos precedentes citados, isto é, verificou-se se o STF selecionou os precedentes de maneira adequada a fim de que estes sejam coerentes e constantes entre si e que respaldem o enunciado da PSV nº69.

Constatou-se no ponto 3.2.1 que houve um bom uso de precedentes entre as "reiteradas decisões" <sup>61</sup>. Os ministros se referiram a sua jurisprudência de forma bem satisfatória, uma vez que a média foi maior que quatro casos como precedentes por decisão. Ou seja, a própria jurisprudência do STF ratificou muitos casos como possíveis precedentes da guerra fiscal.

Já no ponto 3.2.2 tentou-se diagnosticar o (bom/mau) uso dessas reiteradas decisões para selecionar os precedentes que fundamentam a PSV nº 69. Para fazer esse exame, foi preciso: (i) verificar a coerência entre os precedentes, ou seja, checar se há alguma decisão destoante das demais; (ii) averiguar se as decisões citadas tiveram um período uniforme entre si; e (iii) apurar se tais precedentes respaldam satisfatoriamente o enunciado da PSV nº 69.

---

<sup>61</sup> Entende-se por "reiteradas decisões" todos os casos que possam servir como precedentes para justificar a edição de uma súmula vinculante. Isso será mais detalhado no ponto 3.2.1.

O que se verificou foi a ratificação da hipótese deste trabalho, ou seja, houve um mau uso das reiteradas decisões para indicar os precedentes que respaldam a PSV nº 69. Entretanto, os problemas encontrados podem ser resolvidos durante o debate de (não) aprovação da PSV nº 69 pelos ministros do STF.

Quanto à (i) coerência entre eles, notou-se que apenas a ADI-MC 2645 é destoante das demais e por isso deve ser excluída, mas dentre os outros sete precedentes, não há divergência entre si. Por isso, basta que durante o debate de (não) aprovação da PSV nº 69 seja feita a exclusão da ADI-MC 2645.

Ao (ii) averiguar o período uniforme entre os precedentes, foi verificado que devido ao poder de agenda do Min. Cezar Peluso críticas sobre o que seja "reiterado" devem ser feitas com cautela. E fica difícil estabelecer uma linha divisória do que seja a quantidade ideal de precedentes citados e do tempo entre eles. Constatou-se que apesar de os ministros terem pelo menos outras vinte e cinco ações que poderiam, de acordo com a própria jurisprudência do STF, ser precedentes da PSV nº 69, sete precedentes aparentam ser um número razoável em um intervalo de nove anos.

Para (iii) apurar se tais precedentes respaldam satisfatoriamente o enunciado da PSV nº 69, analisou-se sobre quais tipos de benefícios fiscais os precedentes tratam. Isso foi necessário para examinar se há uma boa convergência entre eles e o texto da proposta. Afinal, a correspondência entre precedentes e enunciado é essencial para fins de reclamação e revisão e/ou cancelamento da súmula .

Foi constatado que embora os sete<sup>62</sup> precedentes tenham sido bem selecionados, eles são insuficientes para respaldar satisfatoriamente o enunciado da PSV nº 69. Isso porque em três tipos de benefícios não se têm uma definição exata ou sequer implícita (como a do diferimento<sup>63</sup>).

---

<sup>62</sup> Exclui-se a ADI-MC 2645 pelo fato de a mesma ser destoante das demais.

<sup>63</sup> Implicitamente, as decisões apontadas indicam o diferimento como um benefício fiscal. Ver mais no subtópico 3.2.2.

Todavia, tais indefinições poderão ser sanadas no debate de (não) aprovação da PSV nº 69.

Dessa forma, visualizou-se que o mau uso decorreu da (i) falta de coerência entre os precedentes e do (iii) insuficiente respaldo que os mesmos dão ao enunciado da PSV nº 69. Com relação à constância das decisões, foi verificado uma razoável uniformidade entre os precedentes.

### **3.1. Das decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito dos benefícios fiscais concedidos sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ**

Como já expresse anteriormente, este tópico 3.1 é composto por dois subtópicos. No primeiro<sup>64</sup> (3.1.1) busca-se analisar as questões que não envolvem os motivos pelos quais o STF decidiu (não) suspender a vigência ou determinar a (in)constitucionalidade das normas questionadas. Ou seja, exceto os argumentos são examinados diversos aspectos, como: as partes presentes nas ações; as formas de benefícios concedidos; os atos normativos utilizados; o uso de medidas cautelares; o status das normas (constitucionais<sup>65</sup> ou não); e se houve modulação de efeitos. Já no segundo subtópico<sup>66</sup> (3.1.2) explicita-se a argumentação do STF para declarar a (in)constitucionalidade ou (não) suspender a vigência das normas que prescrevem tais benefícios.

#### **3.1.1. Dos Diversos aspectos acerca das decisões**

Para que se compreenda bem o que vem ocorrendo, cabe analisar o organograma e a tabela a seguir que mostram um dos caminhos de como os estados e outros agentes vêm agindo quando se sentem prejudicados pela lei concessiva de benefícios relativos ao ICMS aprovada à revelia do CONFAZ.

---

<sup>64</sup> Os acórdãos não-característicos não são usados devido ao não tratamento direto às normas.

<sup>65</sup> Não pelo motivo de ter sido amparado pelo convênio, mas se tal medida não foi considerada um benefício e, portanto, não passível de inconstitucionalidade.

<sup>66</sup> Baseia-se nos acórdãos característicos e não-característicos.

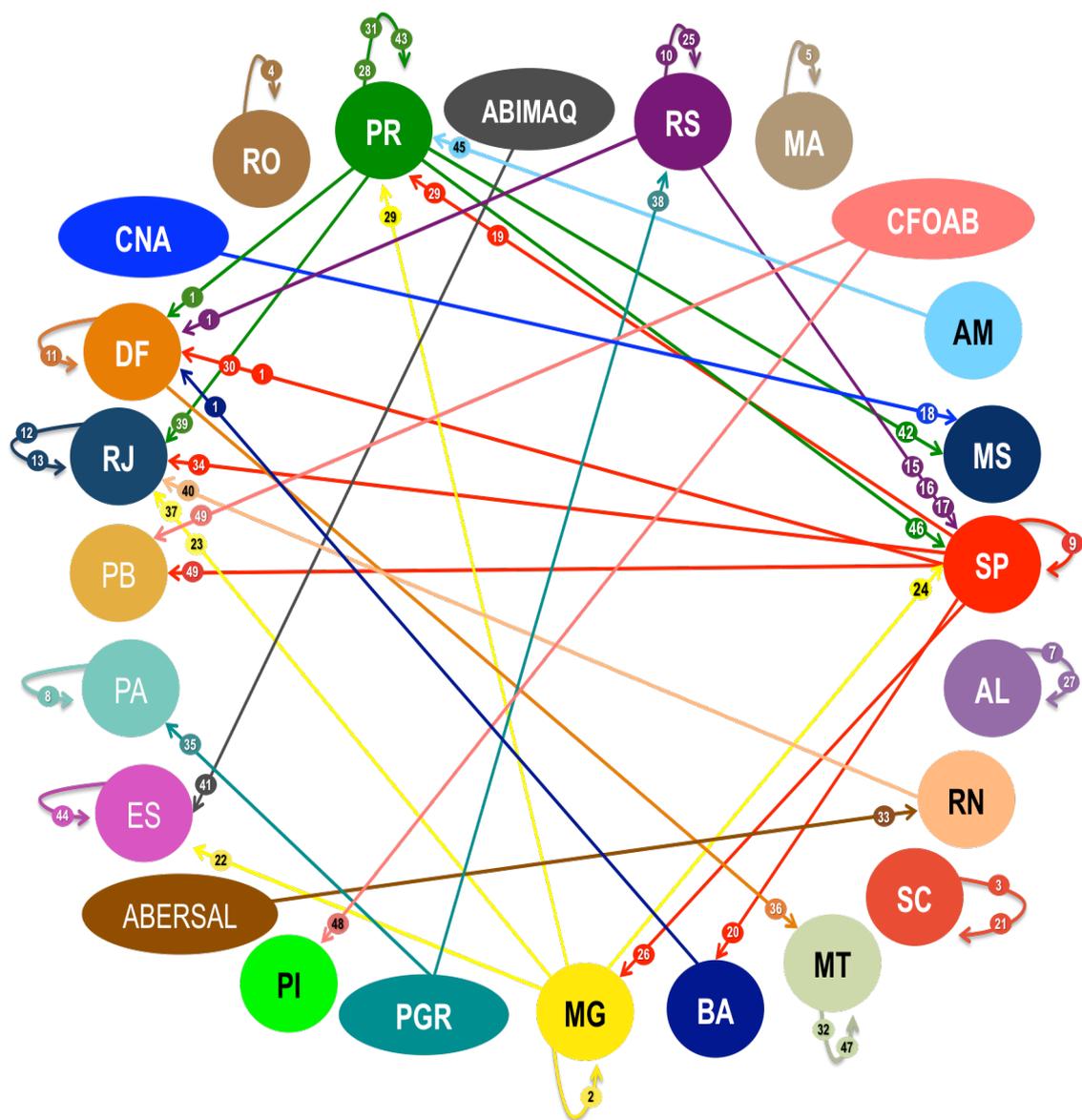
Enquanto o organograma serve para visualizar o emaranhado de ações e atores<sup>67</sup> envolvidos na guerra fiscal, a tabela objetiva fornecer dados de cada uma delas. No organograma, cada seta representa uma conduta do outro ator, a qual pode conter uma ou mais demandas judiciais. Sendo que a seta aponta para o requerido e tem como base o requerente<sup>68</sup>. Aquelas que tiverem como base e destino final a mesma unidade federativa é porque o governador da mesma questionou o ato normativo promulgado pelo órgão responsável<sup>69</sup>. Já cada número representa um acórdão, ou seja, há quarenta e nove ações representadas no organograma.

---

<sup>67</sup> A unidade federativa é representada por sua respectiva sigla e a referência dos outros atores envolvidos está melhor detalhada na tabela.

<sup>68</sup> Demandas com mais de um requerente estão presentes na seta de cada requerente. Assim, um número pode estar presente em mais de uma seta.

<sup>69</sup> Dentre os órgãos estão: Assembleia Legislativa do Estado; Assembleia Constituinte do Estado; e Câmara Legislativa (no caso do Distrito Federal).



(Organograma 1 - Fonte: elaboração do autor em conjunto com Luiz Gerardo do Carmo Gomes).

Número indicado no organograma	Ação	Requerente(s)	Requerido
1	ACO 541	Bahia, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo <sup>70</sup>	Distrito Federal <sup>71</sup>
2	ADI 84	Minas Gerais	Minas Gerais

<sup>70</sup> O Estado do Paraná e o do Rio Grande do Sul entraram como litisconsorte ativo.

<sup>71</sup> Outro requerido presente foi a Martins Comércio e Distribuição S/A.

3	ADI 260	Santa Catarina	Santa Catarina
4	ADI 286	Rondônia	Rondônia
5	ADI-MC 930	Maranhão <sup>72</sup>	Maranhão
6	ADI 1179	São Paulo	Rio de Janeiro
7	ADI 2122	Alagoas	Alagoas
8	ADI 1247	Pará <sup>73</sup>	Pará
9	ADI 1276	São Paulo	São Paulo
10	ADI 1308	Rio Grande do Sul	Rio Grande do Sul
11	ADI 1467	Distrito Federal	Distrito Federal
12	ADI-MC 1522	Rio de Janeiro	Rio de Janeiro
13	ADI-MC 1577	Rio de Janeiro	Rio de Janeiro
14	ADI 1587	Distrito Federal	Distrito Federal
15	ADI-MC 1978	Rio Grande do Sul	São Paulo
16	ADI-MC 1999	Rio Grande do Sul	São Paulo
17	ADI-MC 2021	Rio Grande do Sul	São Paulo
18	ADI-MC 2056	Confederação Nacional da Agricultura (CNA)	Mato Grosso do Sul
19	ADI-MC 2155	São Paulo	Paraná
20	ADI-MC-ED 2157	São Paulo	Bahia
21	ADI 2345	Santa Catarina	Santa Catarina
22	ADI-MC 2352	Minas Gerais	Espírito Santo
23	ADI 2376	Minas Gerais	Rio de Janeiro
24	ADI-MC 2377	Minas Gerais	São Paulo
25	ADI-MC 2405	Rio Grande do Sul	Rio Grande do Sul

<sup>72</sup> O requerente foi, na verdade, o Procurador-Geral da República, porém foi a pedido do Município de São Luís que o mesmo ingressou com a ação.

<sup>73</sup> Neste caso, foi o Procurador-Geral da República que demandou, mas foi a pedido do Sindicato do Grupo Ocupacional Tributação, Arrecadação e Fiscalização, da Secretaria do Estado do Pará - SINDITAF/PA.

26	ADI 2439	São Paulo	Minas Gerais
27	ADI 2458	Alagoas	Alagoas
28	ADI 2529	Paraná	Paraná
29	ADI 2548	Minas Gerais e São Paulo	Paraná
30	ADI 2549	São Paulo	Distrito Federal
31	ADI 2688	Paraná	Paraná
32	ADI-MC 2823	Mato Grosso	Mato Grosso
33	ADI 2866	Associação Brasileira dos Extratores e Refinadores de Sal (ABERSAL)	Rio Grande do Norte
34	ADI 2906	São Paulo	Rio de Janeiro
35	ADI 3246	Procurador-Geral da República (PGR)	Pará
36	ADI 3312	Distrito Federal	Mato Grosso
37	ADI 3389	Minas Gerais	Rio de Janeiro
38	ADI 3576	Procurador-Geral da República (PGR)	Rio Grande do Sul
39	ADI 3364	Paraná	Rio de Janeiro
40	ADI 3674	Rio Grande do Norte	Rio de Janeiro
41	ADI 3702	Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos (ABIMAQ)	Espírito Santo
42	ADI 3794	Paraná	Mato Grosso do Sul
43	ADI 3803	Paraná	Paraná
44	ADI 3809	Espírito Santo	Espírito Santo
45	ADI-MC 3936	Amazonas	Paraná
46	ADI 4152	Paraná	São Paulo
47	ADI 4276	Mato Grosso	Mato Grosso
48	ADI-MC 4565	Conselho Federal da Ordem dos Advogados (CFOAB)	Piauí

49	ADI-REF-MC 4705	Conselho Federal da Ordem dos Advogados (CFOAB) e São Paulo	Paraíba
----	-----------------	---	---------

(Tabela 1 - Fonte: elaboração do autor).

Percebe-se a repercussão nacional dessa guerra fiscal, pois variados estados-membros demandaram judicialmente. É importante, também, o número de acórdãos (quarenta e nove) e o fato de que em vinte<sup>74</sup> acórdãos houve o questionamento da própria unidade federativa, isto é, o governador (ou outro ator do estado-membro) ingressou com ação contra o ato normativo emanado pelo órgão competente para tanto.

Outro ponto interessante a respeito dessas ações, é a reincidência dos mesmos benefícios. Em seis<sup>75</sup> acórdãos, houve questionamento de benefício semelhante<sup>76</sup> a outro já impugnado por motivo de inconstitucionalidade em razão da falta de prévia deliberação no CONFAZ. Fato esse que demonstra um desrespeito às decisões já tomadas pelo STF.

Quanto aos atos normativos utilizados, verifica-se que diferentes tipos prescreveram tais benefícios fiscais, como: Constituição Estadual<sup>77</sup>; leis estaduais<sup>78</sup>; decretos estaduais<sup>79</sup>; e Termo de Acordo de Regime Especial (TARE)<sup>80</sup>. Nota-se que em cinco acórdãos<sup>81</sup> houve o questionamento de decretos e leis estaduais.

<sup>74</sup> ; ADI 84; ADI 260; ADI 286; ADI-MC 930; ADI 1247; ADI 1276; ADI 1308; ADI 1467; ADI-MC 1522; ADI-MC 1577; ADI 2122; ADI 2345; ADI 2376; ADI-MC 2405; ADI 2458; ADI 2688; ADI-MC 2823; ADI 3803; ADI 3809; ADI 4276.

<sup>75</sup> ADI-MC 1522 e ADI-MC 1577; ADI-MC 1978 e ADI-MC 2021; ADI 2122 e ADI 2458; ADI 1179 e ADI 2906; ADI-MC 2155 e ADI 2548 e ADI 3803. As três últimas ADIs tratavam de matéria semelhante. E na ADI 2906 houve uma adequação dos efeitos resultantes da ADI 1179.

<sup>76</sup> Os requerentes e os próprios ministros disseram que eram benefícios similares ou idênticos.

<sup>77</sup> ADI 84 e ADI 260.

<sup>78</sup> São 36 ADIs: ADI 286; ADI-MC 930; ADI 1179; ADI 2122; ADI 1247; ADI 1276; ADI 1308; ADI 1467; ADI-MC 1522; ADI-MC 1577; ADI 1587; ADI-MC 1.978; ADI-MC 2021; ADI-MC 2056; ADI-MC 2155; ADI-MC-ED 2157; ADI 2345; ADI-MC 2405; ADI 2458; ADI 2529; ADI 2548; ADI 2549; ADI 2688; ADI-MC 2823; ADI 2866; ADI 2906; ADI 3246; ADI 3576; ADI 3674; ADI 3794; ADI 3803; ADI 3809; ADI-MC 3936; ADI 4276; ADI-MC 4565; ADI-REF-MC 4705.

<sup>79</sup> São 16 ADIs: ADI 1999; ADI-MC 2155; ADI-MC 2.157; ADI-MC 2352; ADI 2376; ADI-MC 2377; ADI 2439; ADI 2549; ADI 2906; ADI 3312; ADI 3389; ADI 3664; ADI 3674; ADI 3702; ADI 4152.

<sup>80</sup> ACO 541.

<sup>81</sup> ADI-MC 2155; ADI-MC-ED 2157; ADI 2549; ADI 2906; ADI 3674.

No que diz respeito aos tipos de benefícios, constata-se que diversos foram questionados. Separando o enunciado<sup>82</sup> do edital da proposta em sete termos<sup>83</sup> pode-se visualizar a quantidade de ações por benefício:

i) isenção: ADI 84, ADI 286, ADI-MC 1522, ADI 2122, ADI-MC 2377, ADI 2458, ADI 2459, ADI 2548, ADI 3246, ADI 3794 e ADI 4276;

ii) incentivo: ADI 1276, ADI 2459 e ADI 3794;

iii) redução de alíquota: ADI 1179, ADI-MC 1978, ADI-MC 2021, ADI 3674, ADI 3809 e ADI-MC 4565;

iv) redução de base de cálculo<sup>84</sup>: ADI 84, ADI-MC 1577, ADI 2459, ADI 2529, ADI 2548, ADI 3246, ADI 3389, ADI 3664, ADI 3803 e ADI 4152;

v) crédito presumido: ACO 541, ADI 1587, ADI-MC 1999, ADI 2122, ADI-MC 2155, ADI-MC 2157, ADI-MC 2352, ADI 2439, ADI 2458, ADI 2459, ADI 2529, ADI 2548, ADI-MC 2823, ADI 3246, ADI 3312, ADI 3576 e ADI 3803;

vi) dispensa de pagamento: ADI 2459 e ADI 3312;

vii) outro benefício fiscal relativo ao ICMS

a) Não-incidência: ADI 260, ADI-MC 930, ADI 1308, ADI 1467, ADI-MC 1522 e ADI 2866;

b) De forma genérica (a depender do Poder Executivo<sup>85</sup>): ADI 1247, ADI 2688, ADI 2866, ADI 3674 e ADI-MC 3936;

c) Prazo especial de pagamento ou parcelamento: ADI 1179, ADI-MC 2155, ADI-MC 2439, ADI 2906 e ADI-REF-MC 4705;

---

<sup>82</sup> "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".

<sup>83</sup> Todos os termos estão dispostos de acordo com o que disse o ato normativo ou o que o STF decidiu (prevalecendo este em caso de divergência).

<sup>84</sup> O STF decidiu na ADI 84 a equivalência entre isenção parcial e redução de base de cálculo.

<sup>85</sup> Nessas ações, os atos normativos autorizavam o Poder Executivo a conceder, provisoriamente, independentemente de deliberação do CONFAZ, benefícios fiscais ou financeiros, que poderão importar em redução ou exclusão do ICMS. STF: ADI 1247/PA, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 01/06/2011, p. 3.

- d) Diferimento: ADI-MC 2056<sup>86</sup>, ADI-MC 2155, ADI 2548, ADI-MC 2823, ADI 3246, ADI 3702 e ADI 3803;
- e) Suspensão: ADI 2906 e ADI 3246;
- f) Cancelamento de notificações fiscais: ADI 2345;
- g) Moratória para o pagamento de saldo devedor: ADI-MC 2405<sup>87</sup>;
- h) Extinção de débito tributário por meio de dação em pagamento: ADI-MC 2405<sup>88</sup>;

Obviamente, em algumas ações<sup>89</sup> mais de um tipo de benefício foi questionado por não ter amparo em convênio. É interessante visualizar também as formas que foram consideradas benefícios fiscais mesmo que o termo não esteja disposto nos dispositivos constitucionais (art. 150, §6º, e art. 155, XII, §2º, g) e infraconstitucionais (incisos I, II, III, IV do art. 1º da Lei Complementar n. 24/1975).

Já as medidas cautelares (MCs), cujo emprego está associado à finalidade de suspender os efeitos do benefício concedido inconstitucionalmente, foram muito utilizadas. Foi pedido em quarenta e cinco ADIs<sup>90</sup>, ou seja, em apenas quatro<sup>91</sup> não houve o pedido. Dessas quarenta e cinco ações em que se pediu MC: (i) em uma<sup>92</sup> houve perda de objeto e a ação restou prejudicada; (ii) em apenas outra<sup>93</sup> não foi conhecida a ação; (iii) em somente duas<sup>94</sup> foram indeferidas; (iv) em vinte e cinco<sup>95</sup>

---

<sup>86</sup> Não foi considerado benefício fiscal nessa medida cautelar.

<sup>87</sup> Não foi considerado benefício fiscal nessa medida cautelar.

<sup>88</sup> Não foi considerado benefício fiscal nessa medida cautelar.

<sup>89</sup> ADI 84; ADI 1179; ADI 2122; ADI-MC 2155; ADI-MC 2405; ADI 2458; ADI 2529; ADI 2548; ADI 2549; ADI 2866; ADI 3246; ADI 3312; ADI 3674; ADI 3803.

<sup>90</sup> ADI 84; ADI 260; ADI 286; ADI-MC 930; ADI 1179; ADI 2122; ADI 1247; ADI 1276; ADI 1308; ADI 1467; ADI-MC 1522; ADI-MC 1577; ADI 1587; ADI-MC 1978; ADI-MC 1999; ADI-MC 2021; ADI-MC 2056; ADI-MC 2155; ADI-MC-ED 2157; ADI 2345; ADI-MC 2352; ADI 2376; ADI-MC 2377; ADI-MC 2405; ADI 2439; ADI 2458; ADI 2529; ADI 2548; ADI 2549; ADI 2688; ADI-MC 2823; ADI 2866; ADI 2906; ADI 3246; ADI 3312; ADI 3389; ADI 3576; ADI 3664; ADI 3674; ADI 3702; ADI 3794; ADI 3803; ADI 3809; ADI-MC 3936; ADI 4152; ADI 4276; ADI-MC 4565; ADI-REF-MC 4705.

<sup>91</sup> ACO 541; ADI 1308; ADI 2529; ADI 3794. Na ADI 1308 e na ADI 3794 foi falado expressamente que não houve o pedido de medida cautelar, já na ADI 2529 não se falou nada a respeito, tampouco foi abordado se houve a adoção do art. 12 da Lei nº 9868/1999.

<sup>92</sup> ADI-MC 1978. Ressalta-se que na ADI-MC 2.155 parte dela ocorreu a mesma coisa e para o restante foi concedida a suspensão (*ex nunc*).

<sup>93</sup> ADI 2122. Esta será melhor tratada no próximo tópico.

<sup>94</sup> ADI-MC 2056; ADI-MC 2405.

foram concedidas as MCs com suspensão *ex nunc*<sup>96</sup>; (v) em três<sup>97</sup> foram concedidas as MCs conforme a regra especial, isto é, houve suspensão *ex tunc*<sup>98</sup>; e (vi) em treze<sup>99</sup> ADIs adotou-se o rito do art. 12 da Lei n. 9868/99<sup>100</sup>.

No tocante às concessões de MCs para conferir efeitos *ex tunc* (v) houve uma maior preocupação por parte do STF a respeito da temática da guerra fiscal. Em um primeiro momento o STF se mostrou apenas deferente e depois um pouco mais ativo<sup>101</sup>. A primeira medida cautelar concedida com efeitos retroativos foi a ADI-MC 2458<sup>102103</sup>. A maioria, seguindo o Min. Ilmar Galvão, concluiu "pela plausibilidade dos fundamentos da inicial e da conveniência da liminar pleiteada"<sup>104</sup>. De modo contrário, o Min. Sepúlveda Pertence e o Min. Marco Aurélio votaram contra os efeitos *ex tunc*, mas a favor da suspensão *ex nunc* (regra geral). Segundo o Min. Marco Aurélio "[...] a esta altura, em um julgamento precário, efêmero, como é o ligado à liminar, concluir-se pela eficácia *ex tunc*, desde o aperfeiçoamento do diploma legal, é introduzir, no cenário, a insegurança jurídica"<sup>105</sup>.

Quase dez anos depois, foi concedida outra medida cautelar que pleiteava efeitos retroativos - ADI-MC 4565<sup>106</sup>. Novamente o Min. Marco

---

<sup>95</sup> ADI 84; ADI-MC 930; ADI 1179; ADI 1247; ADI 1276; ADI 1467; ADI-MC 1522; ADI-MC 1577; ADI-MC 1999; ADI-MC 2021; ADI-MC 2155; ADI-MC 2157; ADI-MC 2352; ADI 2376; ADI-MC 2377; ADI 2439; ADI-MC 2823; ADI 3389; ADI-MC 3936. Também houve o pedido, o qual foi concedido seguindo a regra geral, porém só apareceu na busca os julgamentos finais: ADI 260; ADI 286; ADI 1587; ADI 2345; ADI 2866; ADI 4276.

<sup>96</sup> Art. 11, §1º, da Lei nº 9868/99.

<sup>97</sup> ADI 2458; ADI-MC 4565; ADI-REF-MC 4705. Ressalta-se que na última, a medida cautelar não entrou na chave de busca, apenas o referendo da mesma.

<sup>98</sup> Art. 11, §1º, da Lei nº 9868/99.

<sup>99</sup> ADI 3246; ADI 2548; ADI 3312; ADI 3576; ADI 3809; ADI 2549; ADI 4152; ADI 3803; ADI 3664; ADI 3702; ADI 2688; ADI 3674; ADI 2906;

<sup>100</sup> Art. 12 da Lei nº 9868/99: Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de 10 (dez) dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de 5 (cinco) dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

<sup>101</sup> Entende-se "ativo" tão somente como não-deferente, ou seja, quando o STF adota postura *extra petita*, mas de acordo com as normas do ordenamento jurídico pátrio.

<sup>102</sup> STF: ADI-MC 2458/AL, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 21/11/2001.

<sup>103</sup> Ressalta-se que o teor dessa ação é muito semelhante àquele da ADI 2122 que não foi conhecida pelo entendimento de que o embate era infraconstitucional.

<sup>104</sup> STF: ADI-MC 2458/AL, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 21/11/2001, p. 272.

<sup>105</sup> STF: ADI-MC 2458/AL, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 21/11/2001, p. 281.

<sup>106</sup> STF: ADI-MC 4565/PI, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 07/04/2011.

Aurélio divergiu alegando que "exceções só podem ser observadas em situações excepcionais, e a presente não o é"<sup>107</sup>. Contudo, a maioria seguiu o Ministro Relator Joaquim Barbosa, o qual expressou porque cabia conceder a medida com efeitos *ex tunc* - "Por três motivos: porque são poucos dias, isso não trará grandes transtornos administrativos e financeiros ao Estado; pelo seu caráter profilático e pedagógico; e, por uma razão muito importante, a norma foi impugnada bem antes da sua eficácia"<sup>108</sup>.

Já na ADI-Ref-MC 4705<sup>109</sup>, foi concedida a medida cautelar com efeitos retroativos mesmo a requerente apenas pedindo suspensão até a decisão final. Justificando tal medida mais ativa, o Min. Joaquim Barbosa explicitou que:

"A falta de prestação jurisdicional oportuna sobre as várias ramificações da guerra fiscal tende a consolidar quadros de difícil reversão, ao estimular a retaliação unilateral ao mesmo tempo em que desacredita as instituições constituídas para resolver esses impasses. Nesse sentido, a imprensa registra que grande parte dos entes federados tem ignorado as decisões desta Suprema Corte, ao reinstaurar benefícios fiscais ilegais ou ao anistiar contribuintes que tenham utilizado os incentivos proibidos. Corremos o risco de neutralizar função de controle típica do *checks and counterchecks* republicanos, criando jurisprudência singelamente simbólica"<sup>110</sup>.

Quanto às treze<sup>111</sup> ADIs em que foi adotado o rito do art. 12 da Lei nº 9868/99 (vi), percebe-se que o STF entendeu a matéria como relevante e de especial significado para a ordem social e a segurança. Até se poderia

---

<sup>107</sup> STF: ADI-MC 4565/PI, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 07/04/2011, p. 20.

<sup>108</sup> STF: ADI-MC 4565/PI, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 07/04/2011, p. 17.

<sup>109</sup> STF: ADI-Ref-MC 4705/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23/02/2012.

<sup>110</sup> ADI-Ref-MC 4705/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23/02/2012, p. 11-12.

<sup>111</sup> ADI 3246; ADI 2548; ADI 3312; ADI 3576; ADI 3809; ADI 2549; ADI 4152; ADI 3803; ADI 3664; ADI 3702; ADI 2688; ADI 3674; ADI 2906;

constatar que o STF teve uma postura mais ativa quanto à guerra fiscal ao submeter o processo diretamente ao julgamento definitivo da ação, porém não é só com a guerra fiscal que isso vem ocorrendo. De acordo com DIMOULIS e LUNARDI<sup>112</sup>:

"A possibilidade de remeter diretamente ao Plenário a decisão sem apreciar a cautelar que foi introduzida em 1999 pelo art. 12 da Lei 9868 atribui mais um poder ao relator. O intenso recurso a esse instrumento fez diminuir, de maneira considerável, o número de pedidos de cautelar julgados no mérito".

Ademais, de todas<sup>113</sup> as ADIs posteriores à ADI 3246<sup>114</sup>, na qual pela primeira vez foi adotado tal rito nessa matéria, em apenas duas<sup>115</sup> houve a concessão da cautelar.

Apesar de não ter usado desses instrumentos como uma forma de coibir a guerra fiscal, um fato interessante demonstrou uma real preocupação e até ação do STF - no dia 01/06/2011 foram julgadas onze ADIs<sup>116</sup> referentes à guerra fiscal. Nas ADIs 3664<sup>117</sup>, 3803<sup>118</sup> e 4152<sup>119</sup> está presente o seguinte diálogo que ilustra tanto a preocupação dos ministros quanto o poder de agenda do Min. Cezar Peluso, Presidente do STF naquele período. Esse dia ainda pode ser apontado como uma das sementes<sup>120</sup> da Proposta de Súmula Vinculante nº 69:

---

<sup>112</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 215.

<sup>113</sup> Em outras seis ADIs houve o julgamento final de uma medida cautelar já concedida. - ADI 1247; ADI 2345; ADI 2376; ADI 2866; ADI 3389; ADI 4276.

<sup>114</sup> STF: ADI 3246/PA, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 19/04/2006.

<sup>115</sup> ADI-MC 3936 e ADI-MC 4565. Não foi encontrada nenhuma singularidade entre estas que houve a concessão de liminar e as demais em que foi adotado o rito do art. 12 da Lei 9868.

<sup>116</sup> ADI 1247; ADI 2376; ADI 2549; ADI 2688; ADI 2906; ADI 3664; ADI 3674; ADI 3702; ADI 3794; ADI 3803; ADI 4152. Onze levando em conta apenas aquelas que entraram nas chaves de busca.

<sup>117</sup> STF: ADI 3664/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 01/06/2011, p. 29-31.

<sup>118</sup> STF: ADI 3803/PR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 01/06/2011, p. 46-48.

<sup>119</sup> STF: ADI 4152/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 01/02/2011, p. 65-67.

<sup>120</sup> "De acordo com o ministro, o objetivo da proposta é reforçar a decisão de junho de 2011, que determinou a inconstitucionalidade de 14 casos federativos que envolviam incentivos fiscais não compactuados com o Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz)". RIBEIRO, Bianca. Gilmar Mendes propõe súmula vinculante sobre guerra fiscal, *Estado de S. Paulo*, 14 abr. 2012. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,gilmar->

"(Esclarecimento) O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhor Presidente, eu gostaria de fazer uma observação a propósito desse **juízo em série**, da necessidade talvez de que nós encontremos **algum modelo institucional de tratar esse tema, que é extremamente relevante para o modelo federativo. São tantas práticas contra legem ou contra constitutionem que, na verdade, isso se tornou quase que um costume, uma prática corriqueira.**

Parece-me fundamental que nós possamos dar um tratamento específico a esse tipo de matéria; nós temos até casos de concessão do benefício e, em seguida, de sua revogação. **Talvez nós precisássemos de uma gestão processual inteligente, em matéria de ADI** - no contexto da chamada guerra fiscal-, **que permitisse sinalizar**, realmente, um novo posicionamento do Tribunal em relação a esse tema. Porque é óbvio que, como se sabe, a questão é muito mais complexa e demanda, talvez a condução política disso.

O MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR): Eu confesso a Vossas Excelências que **a minha preocupação foi, realmente, trazer todos os casos a julgamento, aliás, os meus votos estão prontos há mais de três anos.** Eu só não trouxe antes os meus, exatamente para não agravar o desequilíbrio, porque, na medida em que se julgam algumas ações e outras não, alguns Estados acabam sendo prejudicados nessa tentativa de equilíbrio mediante ações ilegais.

---

mendes-propoe-sumula-vinculante-sobre-guerra-fiscal-imp-,860933>. Acesso em: 31 jul. 2014.

Por isso, **a necessidade de julgarmos todas no mesmo dia** e liquidarmos todos os benefícios e favores fiscais concedidos ao arrepio da Constituição, com que desfaríamos, enfim, todo esse ambiente e assinalaríamos que o Tribunal não vai tolerar que nenhum Estado lance mão desses expedientes ilegítimos para favorecer as suas finanças em detrimento de outros Estados. [...] Acho que, diante dos julgamentos de hoje, quando vamos ultrapassar mais de uma dezena de causas julgadas, há ainda outras residuais aí que permanecem nas mãos dos Ministros, talvez fosse o caso de todos os Ministros, em casos semelhantes, concederem logo liminar para que a situação ilegal não se perpetue". [grifou-se].

Verifica-se, assim, que houve uma preocupação em mostrar às unidades federativas qual é a posição do STF quanto à concessão de benefícios unilaterais sem o amparo do CONFAZ. E a proposta de súmula vinculante se deu em consequência da não interrupção da guerra fiscal uma vez que "o STF já tem outras 34 ações diretas de inconstitucionalidade (Adins) que ainda estão por ser julgadas e podem ser apreciadas também em bloco"<sup>121</sup>.

Como ainda haverá o debate acerca da (não) aprovação da PSV nº 69, cabe verificar o entendimento do STF quanto aos benefícios relativos ao ICMS que não se enquadram na guerra fiscal. Segundo o entendimento do tribunal (iii), as normas questionadas na ADI-MC 2056<sup>122</sup> e na ADI-MC 2405<sup>123</sup> não prescreviam benefícios fiscais<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> RIBEIRO, Bianca. Gilmar Mendes propõe súmula vinculante sobre guerra fiscal, *Estado de S. Paulo*, 14 abr. 2012. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,gilmar-mendes-propoe-sumula-vinculante-sobre-guerra-fiscal-imp-,860933>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

<sup>122</sup> STF: ADI-MC 2056/MS, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 02/12/1999.

<sup>123</sup> STF: ADI-MC 2405/RS, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 06/11/2002.

<sup>124</sup> Leva-se em conta apenas o entendimento da decisão cautelar, pois não se obteve pelas chaves de busca os respectivos julgamentos definitivos caso eles tenham ocorrido.

Na primeira, o diferimento não foi entendido como um benefício fiscal, pois "não resulta eliminação ou redução do ICMS: o recolhimento do tributo é que fica transferido para o momento subsequente"<sup>125</sup>. Além disso, foi exposto que:

"o diferimento não se confunde com a isenção ou imunidade, já que nele a obrigação tributária surge desde logo, ao realizar-se a operação de circulação da mercadoria; o que não se perfaz, desde logo, é a sua exigibilidade, transferida, para outra ocasião. [...] Pela própria natureza do instituto do diferimento, o fornecedor da matéria-prima não recolhe o ICMS, à sua saída; o adquirente é que passa a ser responsável pelo tributo, mas não o paga neste momento, fazendo-o, posteriormente, por ocasião da saída do produto final"<sup>126</sup>.

Entretanto, em outras ADIs<sup>127</sup>, o STF expressou que se o "diferimento reveste-se de caráter de **benefício fiscal**, resultando em forma de não pagamento do imposto - e não no simples adiamento"<sup>128</sup> ele se sujeita à deliberação prévia no CONFAZ. A posição se o diferimento pode se caracterizar como um benefício fiscal tem importância, pois existem sugestões de enunciados com redação distinta daquela do edital da proposta. Uma delas é a do Sindicato Nacional da Indústria de Mineração do Ferro e Metais Básicos (SINFERBASE) que propõe que o diferimento não se caracterize como benefício fiscal<sup>129</sup>.

Por outro lado a ADI-MC 2405<sup>130</sup> em que o STF considerou que as normas não prescreviam benefícios fiscais teve como questionamento: a moratória para o pagamento de saldo devedor; e a extinção de débito

---

<sup>125</sup> STF: ADI-MC 2056, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 02/12/2009, p. 162.

<sup>126</sup> STF: ADI-MC 2056, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 02/12/2009, p. 162-163.

<sup>127</sup> ADI-MC 2155; ADI 2548; ADI-MC 2823; ADI 3246; ADI 3702; ADI 3803.

<sup>128</sup> STF: ADI 3702, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 01/06/2011, p. 89.

<sup>129</sup> Parecer sobre a proposta de Súmula Vinculante nº 69, 31 mar. 2014. Disponível em: <[http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdfs/Parecer%20em%20PSV%20n%2069.pdf](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/Parecer%20em%20PSV%20n%2069.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2014, p. 8.

<sup>130</sup> STF: ADI-MC 2405/RS, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 06/11/2002.

tributário por meio de dação em pagamento. Quanto ao primeiro suposto benefício, o STF decidiu que "a moratória não configura nenhuma das hipóteses de favor fiscal relacionadas no primeiro dispositivo constitucional<sup>131</sup> tido por violado"<sup>132</sup>. Com relação ao outro, o STF afirmou que "o parcelamento de débito fiscal inscrito em dívida ativa não pode ser considerado favor fiscal para os efeitos do art. 150, §6º, e art. 155, §2º, XII, g, da Constituição Federal"<sup>133</sup>.

Excluindo as ações em que só houve o julgamento cautelar, constatou-se que o STF julgou em definitivo trinta e um casos<sup>134</sup>. Em todos, as normas impugnadas referentes aos benefícios relativos ao ICMS foram declaradas inconstitucionais seguindo a regra geral (*ex tunc* - art. 27 da Lei 9868/99). Sendo que apenas<sup>135</sup> na ADI 3246<sup>136</sup> houve pedido para que se desse efeito prospectivo, o qual não foi concedido por unanimidade. Como esse foi o único caso de pedido de efeito prospectivo para a inconstitucionalidade das normas, cabe observar o debate<sup>137</sup> presente nele:

"O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - O curioso, no caso, é que o Estado pretende se dê efeito prospectivo à declaração de inconstitucionalidade, para não cobrar imposto.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Para não cobrar das empresas lá instaladas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Aí é por causa da segurança jurídica, já que houve benefício fiscal.

---

<sup>131</sup> Referência ao art. 155, §2º, XII, g.

<sup>132</sup> STF: ADI-MC 2405, Rel. Min. Carlos Britto, j. 06/11/2002, p. 93-94.

<sup>133</sup> STF: ADI-MC 2405, Rel. Min. Carlos Britto, j. 06/11/2002, p. 101.

<sup>134</sup> ADI 84; ADI 260; ADI 286; ADI 1179; ADI 1247; ADI 1276; ADI 1308; ADI 1467; ADI 1587; ADI 2345; ADI 2376; ADI 2439; ADI 2458; ADI 2459; ADI 2529; ADI 2548; ADI 2688; ADI 2866; ADI 2906; ADI 3246; ADI 3312; ADI 3389; ADI 3576; ADI 3664; ADI 3674; ADI 3702; ADI 3794; ADI 3803; ADI 3809; ADI 4152; ADI 4276. Em 17 ADIs houve MCs, mas não houve julgamento em definitivo (considerando o que foi encontrado pelas chaves de busca). Ressalta-se que na ACO 541 houve declaração de nulidade do TARE.

<sup>135</sup> Somente nesta ADI foi dito isso. Se houve pedido em outras, elas não foram sequer citadas pelos ministros nos acórdãos.

<sup>136</sup> STF: ADI 3246/PA, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 19/04/2006.

<sup>137</sup> STF: ADI 3246/PA, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 19/04/2006, p. 365-366.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Eu sei, compreendo as razões econômicas subjacentes.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas é um assunto tão indubitável, tão pacífico.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É tão pacífica a jurisprudência do Tribunal.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - E isso pode até se tornar um modelo de política extralegal.

[...]

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - A jurisprudência começa no início de 1989, com a questão do leite de Minas Gerais<sup>138</sup>".

Após o debate, o Min. Lewandowski e o Min. Gilmar Mendes votaram, enfatizando que:

"Em relação ao efeito prospectivo, trata-se de renúncia de receitas públicas de forma inconstitucional. Isso não pode ser referendado por esta Corte, porque, conforme já foi dito, abriria precedente muito perigoso"(Voto do Min. Lewandowski)<sup>139</sup>.

"[...] não me causa estranheza o pedido do Estado do Pará quanto à eventual atribuição de eficácia limitada à declaração de inconstitucionalidade tendo em vista a eventual repercussão que a decisão possa ter sobre os empreendimentos em curso, aqueles que eventualmente obtiveram o tal benefício. [...] todos os Estados estão absolutamente avisados de se tratar de inconstitucionalidade evidente à luz da jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal, desde 1989,

---

<sup>138</sup> O ministro se refere à ADI-MC 84.

<sup>139</sup> STF: ADI 3246/PA, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 19/04/2006, p. 367.

conforme explicitado pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence"(Voto Min. Gilmar Mendes)<sup>140</sup>.

Em suma, constatou-se que houve um grande número de ações (quarenta e nove), sendo que vários estados-membros estavam envolvidos como requerentes/requeridos. Dentre essas ações se destaca o relevante número de questionamentos partindo da própria unidade federativa (vinte). Além disso, em seis casos houve reincidência, mostrando um desrespeito com relação às decisões do STF já tomadas. Notou-se, também, que vários tipos de vantagens foram prescritas e isso ocorreu por quatro atos normativos (constituição estadual; leis estaduais; decretos estaduais; e TARE).

Observou-se neste subtópico, também, o elevado uso de MCs (quarenta e cinco). Em um primeiro momento o STF se mostrou apenas deferente com relação aos pedidos de modulação retroativa, concedendo efeitos *ex tunc* em MCs quando pedido e, posteriormente, teve uma postura mais ativa ao determinar efeitos *ex tunc* na ADI-Ref-MC 4705 mesmo com a requerente pedindo apenas suspensão até a decisão final.

Outro aspecto de relevância desse subtópico foi o fático dia 01/06/2011 em que foram julgados onze casos a respeito do tema, sendo que em três deles aparece a discussão sobre como lidar com a guerra fiscal. O Presidente do STF naquele período era o Min. Cezar Peluso que, expondo seu poder de agenda, explicitou a necessidade de se julgarem todos esses casos no mesmo dia.

No que diz respeito aos benefícios que não se enquadram na guerra fiscal, foi observado nesse mesmo ponto que houve divergência a respeito do diferimento uma vez que na ADI-MC 2056 não foi considerado benefício enquanto em outros acórdãos foi enquadrado como benefício fiscal. Já na ADI-MC 2405 foi decidido que a moratória para pagamento de saldo devedor e a extinção de débito tributário por meio de dação em pagamento não são benefícios fiscais.

---

<sup>140</sup> STF: ADI 3246/PA, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 19/04/2006, p. 368.

Averiguou-se ainda que trinta e um casos foram julgados em definitivo decidindo pela inconstitucionalidade das normas e todos seguindo a regra geral - *ex tunc*. E apenas na ADI 3246 houve pedido para que se desse efeito prospectivo, o qual não foi concedido por unanimidade.

Depreendeu-se neste subtópico que a preocupação do STF sobre o tema (visualizada pelo poder de agenda e pelo cuidado ao tratar da modulação de efeitos) e o posicionamento firme adotado pelos ministros.

Quanto à modulação de efeitos, não é possível estabelecer qualquer previsão categórica acerca da PSV nº 69, apenas que o STF tem a tendência de ser rigoroso<sup>141</sup> quanto aos benefícios considerados inconstitucionais. Já no tocante aos tipos de benefícios concedidos, seria necessário que houvesse uma definição quanto às hipóteses cabíveis de diferimento para que a haja uma maior segurança jurídica acerca do posicionamento do STF<sup>142</sup>.

Por fim, o elevado número de ações somado com o alto desentendimento<sup>143</sup> dentro das próprias unidades federativas juntamente com uma certa reincidência apontam a necessidade de outro meio (processual) capaz de remediar a situação.

### **3.1.2. Dos argumentos utilizados nos acórdãos**

Neste tópico, o foco é a análise de quais argumentos os ministros utilizaram para declarar a suspensão da vigência e <sup>144</sup> /ou a inconstitucionalidade das normas que prescreviam tais benefícios. Frisa-se que parte dos argumentos trabalhados pelos ministros decorre da mera

---

<sup>141</sup> Rigoroso, pois retroagiu em três MCs a fim de dar efeitos *ex tunc* em um julgamento cautelar e não concedeu efeito prospectivo quando foi pedido em uma decisão definitiva.

<sup>142</sup> Ressalva-se que isso depende da indicação dos precedentes citados, pois se o caso em que o diferimento não foi considerado benefício (ADI-MC 2056) não estiver entre os precedentes e haja algum precedente em que o diferimento tenha sido considerado benefício, implicitamente, o STF estará demonstrando que entendimento na ADI-MC 2056 foi superado. Essa questão será mais debatida no subtópico 3.2.2.

<sup>143</sup> Como já expresso, de 49 ações, 20 foram oriundas da própria unidade federativa que prescreveu o benefício inconstitucional.

<sup>144</sup> Como a argumentação entre as suspensões e as declarações de inconstitucionalidade não se diferem, optou-se por considerar as MCs e os julgamentos definitivos como um só. Porém, nas citações diretas serão abordados exatamente em quais acórdãos fundamentaram aquele raciocínio.

referência às razões apresentadas pelos requerentes, isto é, muitos fundamentos apresentados pela citação da petição inicial foram ratificados expressamente durante os votos dos ministros<sup>145</sup>.

Das cinquenta e oito ações<sup>146</sup> analisadas, constatou-se que os ministros usaram diversos argumentos distintos. Alguns mais centrais e outros mais secundários.

Obviamente, um argumento central e presente em todas as ações<sup>147</sup> foi o critério constitucional da necessidade de "deliberações dos Estado e do Distrito Federal, não sendo possível a concessão unilateral de tais benesses"<sup>148</sup>. Já na primeira ADI foi claro o entendimento de que "toda exoneração tributária, total ou parcial, no que respeita ao ICMS, é dependente de deliberação colegiada dos estados e do Distrito Federal (art. 155, §2º, inciso XII, alínea "g", da Constituição Federal)"<sup>149</sup>. Posteriormente, em algumas<sup>150</sup> ações foi expresso que é "pacífico o entendimento de que a concessão unilateral de benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a prévia celebração de convênio intergovernamental, nos termos do que dispõe a LC 24/75, afronta o disposto no artigo 155, §2º, XII, g, da Constituição Federal"<sup>151</sup>.

---

<sup>145</sup> ADI 84; ADI 1276; ADI 1467; ADI-MC 1999; ADI-MC 2157; ADI-MC 2352; ADI-MC 2377; ADI 2458; ADI-MC 2823; ADI-MC 3936.

<sup>146</sup> São todos os acórdãos característicos e não-característicos. Isso porque, como já falado, a *ratio decidendi* é importante por abordar diretamente argumentos referentes à posição do STF quanto a essa concessão unilateral que não observa os preceitos necessários.

<sup>147</sup> ACO 541; ADI 84; ADI 260; ADI 286; ADI-MC 930; ADI 1179; ADI 2122; ADI 1247; ADI 1276; ADI 1308; ADI 1467; ADI-MC 1522; ADI-MC 1577; ADI 1587; ADI-MC 1978; ADI-MC 1999; ADI-MC 2021; ADI-MC 2056; ADI-MC 2155; ADI-MC-ED 2157; ADI 2345; ADI-MC 2352; ADI 2376; ADI-MC 2377; ADI-MC 2405; ADI 2439; ADI 2458; ADI 2529; ADI 2548; ADI 2549; ADI 2688; ADI-MC 2823; ADI 2866; ADI 2906; ADI 3246; ADI 3312; ADI 3389; ADI 3576; ADI 3664; ADI 3674; ADI 3702; ADI 3794; ADI 3803; ADI 3809; ADI-MC 3936; ADI 4152; ADI 4276; ADI-MC 4565; ADI-REF-MC 4705; AI-AgR 449.522; AI-AgR 637.392; AI-ED 654.845; ARE 630.705; ARE 637.959; ARE 752.603; ARE 774.821; RE 539.130; RE 572.762.

<sup>148</sup> STF: ADI 1276/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 29/08/2002, p. 83.

<sup>149</sup> STF: ADI-MC 84/MG, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 27/09/1989, p. 10.

<sup>150</sup> ACO 541; ADI 3312; ADI 3246.

<sup>151</sup> STF: ADI 3809/ES, Rel. Min. Eros Grau, j. 14/06/2007, p. 148.

Um segundo argumento primário se baseia no perfil nacional do ICMS<sup>152</sup> e na violação do pacto federativo<sup>153</sup>. O voto do Min. Celso de Mello na ADI 2548<sup>154</sup> aborda bem isso:

"Os princípios fundamentais consagrados pela Constituição da República, **em tema de ICMS, (a) realçam** o perfil nacional de que se reveste esse tributo, **(b) legitimam** a instituição, pelo poder central, de regramento normativo unitário destinado a disciplinar, de modo uniforme, essa espécie tributária, **notadamente em face de seu caráter não-cumulativo, (c) justificam** a edição de lei complementar nacional vocacionada a regular o modo e a forma como os Estados-membros e o Distrito Federal, **sempre após deliberação conjunta**, poderão, por ato próprio, **conceder e/ou revogar** isenções, incentivos e benefícios fiscais.

[...]

**O pacto federativo**, sustentando-se **na harmonia** que deve presidir às relações institucionais entre as comunidades políticas **que compõem** o Estado Federal, **legitima** as restrições de ordem constitucional que afetam o exercício, pelos Estados-membros e Distrito Federal, de sua competência normativa **em tema** de exoneração tributária **pertinente** ao ICMS". [grifo do autor].

Conectado a essas características do ICMS, foi apresentado um outro argumento indispensável que se refere aos impactos que a guerra fiscal pode gerar. Esses impactos podem ser divididos em quatro aspectos: (a) impacto econômico na arrecadação de tributos da própria unidade

---

<sup>152</sup> ADI 84; ADI-MC 930; ADI 1247; ADI-MC 2157; ADI-MC 2352; ADI 2376; ADI-MC 2377; ADI 2548; ADI 3794; ADI-MC 4565.

<sup>153</sup> ACO 541; ADI 84; ADI 1247; ADI-MC 2157; ADI 2459; ADI 2548; ADI 3246; ADI 3794; ADI 4276; ADI-MC 4565.

<sup>154</sup> STF: ADI 2548/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10/11/2006, p. 206-208.

federativa que concede o benefício fiscal<sup>155</sup>; (b) prejuízo na arrecadação de tributos das outras unidades, gerando um desenvolvimento desequilibrado entre elas<sup>156</sup>; (c) impacto concorrencial entre as empresas instaladas em outros estados-membros<sup>157</sup>; (d) perda na arrecadação dos municípios<sup>158</sup>.

O primeiro aspecto, (a), pode ser explicitado pela ADI-MC 1522<sup>159</sup>:

"Não é preciso muito esforço para descrever o prejuízo que vem sofrendo o Estado do Rio de Janeiro, em virtude do dispositivo cuja inconstitucionalidade ora se argui. Basta citar que as empresas de transporte intermunicipal de passageiros são responsáveis por boa parte do Produto Interno Bruto - PIB, da economia local"<sup>160</sup>.

Já o prejuízo na arrecadação dos outros estados membros (b) pode ser exemplificado pela ADI-MC 84<sup>161</sup> e pela ADI-MC 3936<sup>162</sup>, respectivamente:

"A experiência da difícil convivência do princípio da territorialidade da competência impositiva do ICMS, com a difusão dos efeitos econômicos da circulação de mercadorias por todo o território nacional, forte na problemática da não-cumulatividade, consagrou a necessidade, cristalizada ao longo do tempo, de se estabelecer uma normação mínima, a nível nacional, visando a evitar que tratamento tributário adotado isoladamente à concentração de investimento em certa região, **provocando desenvolvimento econômico-**

---

<sup>155</sup> ADI 84; ADI 1276; ADI 1467; ADI-MC 1522; ADI-MC 2157; ADI 2376; ADI 2458; ADI 3576.

<sup>156</sup> ACO 541; ADI 84; ADI 1247; ADI-MC 1999; ADI-MC 2021; ADI-MC 2155; ADI 2376; ADI-MC 2377; ADI 2459; ADI 3246; ADI 3576; ADI 3664; ADI 3803; ADI-MC 3936; ADI 4152; ADI-MC 4565.

<sup>157</sup> ADI-MC 1999; ADI-MC 2021; ADI-MC 2155; ADI-MC 2157; ADI-MC 2352; ADI 2376; ADI-MC 2377; ADI 3664; ADI 3803; ADI-MC 3936; ADI 4152.

<sup>158</sup> ADI-MC 930; ADI 1247; ADI 1276; AI-ED 654.845; RE 572.762.

<sup>159</sup> STF: ADI-MC 1522, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 20/03/1997.

<sup>160</sup> STF: ADI-MC 1522, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 20/03/1997, p. 340.

<sup>161</sup> STF: ADI-MC 84, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 27/09/1989.

<sup>162</sup> STF: ADI 3936, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19/09/2007.

**social desequilibrado (enriquecimento de uma região e empobrecimento de outra)**, como sucedeu no passado"<sup>163</sup>. [grifou-se].

"No caso, a petição inicial é bem clara ao enfatizar os prejuízos para a economia do Estado do Amazonas decorrentes da modificação da legislação paranaense sobre o ICMS"<sup>164</sup>.

Quanto ao impacto concorrencial (c), pode-se citar a ADI 3664<sup>165</sup> e a ADI 4152<sup>166</sup>, nessa ordem:

"Ora, na medida em que o Estado do Rio de Janeiro concede favor fiscal à sua indústria - independentemente de qual seja a natureza da saída -, **provoca desequilíbrio concorrencial**, favorecendo os produtores fluminenses, cuja mercadoria passa a competir, em vantajosas condições artificialmente criadas, com aquela proveniente de outras unidades da federação, sem se amparar em prévio convênio celebrado entre os Estados da Federação e o DF no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), incidindo naquilo que se denominou guerra fiscal, fenômeno já amplamente repellido por esta Suprema Corte"<sup>167</sup>. [grifou-se].

"Afinal, na medida em que o Estado de São Paulo concede favor fiscal à sua indústria - independentemente de qual seja a natureza da saída, se interestadual ou interna -, **provoca desequilíbrio concorrencial**, favorecendo os produtores do Estado, cuja mercadoria passa a competir, **em condições vantajosas artificialmente criadas**, com o leite

---

<sup>163</sup> STF: ADI-MC 84, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 27/09/1989, p. 5.

<sup>164</sup> STF: ADI-MC 3936, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19/09/2007, p. 222.

<sup>165</sup> STF: ADI 3664, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 01/06/2011.

<sup>166</sup> STF: ADI 4152/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 01/06/2011.

<sup>167</sup> STF: ADI 3664, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 01/06/2011, p. 27.

proveniente de outras unidades da federação" <sup>168</sup> .  
[grifou-se].

Com relação à perda no repasse aos municípios (d), o Min. Ricardo Lewandowski externalizou o posicionamento do STF na RE 572.762<sup>169</sup>:

"Permito-me usar uma expressão popular. O que ocorre, no caso, é que o Estado está fazendo cortesia com o chapéu alheio, na verdade.

Ninguém duvida que os Estados possam, mediante lei complementar, conceder incentivos ou benefícios fiscais - quaisquer que sejam eles -, desde que acordados comumente. **Não se admite** é que instituem benefícios ou se concedam isenções ou estabeleçam programas para auxiliar empresas com a parcela de tributo - conforme Vossa Excelência muito bem disse - **pertencente ao Município**"<sup>170</sup>.

Esses argumentos centrais foram relacionados diversas vezes com outros mais secundários: (i) o convênio como pressuposto para a concessão de benefícios; (ii) a recepção da Lei Complementar 24/75 e se a questão central é (infra)constitucional; e (iii) o exame de decretos em ADIs.

Dentre estes, há o entendimento<sup>171</sup> do convênio como **pressuposto** para a concessão de benefícios relativos ao ICMS (i), ou seja, "para conceder a benesse, o Estado deve obter a autorização junto ao Confaz (convênio), para, posteriormente, editar lei específica, em sentido formal, disciplinando a matéria" <sup>172</sup> . E tampouco convênio posterior sana a inconstitucionalidade, pois "a inconstitucionalidade de uma norma se equipara a nulidade de um ato jurídico e, como tal não é sanável. Consequentemente, ainda que o referido convênio pudesse ser estendido

---

<sup>168</sup> STF: ADI 4152/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 01/06/2011, p. 63.

<sup>169</sup> STF: RE 572.762/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18/06/2008.

<sup>170</sup> STF: RE 572.762/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18/06/2008, p. 756.

<sup>171</sup> ADI-MC 930; ADI 1247; ADI-MC 1522; ADI-MC 1978; ADI-MC 2157; ADI-MC 3389; AI-AgR 637.392; ARE 630.705; ARE 637.959; RE 539.130.

<sup>172</sup> STF: ARE 630.705/MT, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 11/12/2012, p. 12.

como uma ratificação dessa isenção, essa ratificação não teria o condão de afastar a inconstitucionalidade já existente"<sup>173</sup>.

Além desse, o STF enfatizou a (ii) recepção<sup>174</sup> da Lei Complementar nº 24/75 por meio do §8º do art. 34 do ADCT da Constituição Federal. Paralelamente à recepção, em algumas ações<sup>175</sup> foi refutado que o confronto era infraconstitucional afirmando que "não há sequer necessidade de confronto entre as normas da Lei ora impugnada e a Lei Complementar 24/75, mas apenas entre aquelas e o disposto no artigo 155, §2º, XII, "g", da Constituição que pressupõe a deliberação dos Estados e do Distrito Federal para a concessão e revogação de benefícios fiscais concernentes ao ICMS"<sup>176</sup>.

Pontua-se, entretanto, que na ADI 2122<sup>177</sup> o entendimento majoritário foi de que o embate era infraconstitucional, o que resultou no não conhecimento da ação. A única voz dissonante no caso foi o Min. Marco Aurélio que afirmou:

"[...] inadmitir-se esta ação direta de inconstitucionalidade implica fomentar o surgimento de centenas e centenas de processos versando sobre a matéria, a partir do momento em que o Estado de Alagoas delibere fazer prevalecente a própria Carta da República no que condiciona, no caso, qualquer subsídio, isenção ou concessão de crédito presumido, que é a hipótese, à Lei Complementar nº 24/75, que prevê a necessidade de convênio autorizativo e específico"<sup>178</sup>.

Outra questão apresentada pelos requeridos e que foi refutada pelo STF se refere à admissibilidade do exame de decretos em ADIs (iii).

---

<sup>173</sup> STF: ADI 1522/RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 20/03/1997, p. 339.

<sup>174</sup> ADI 1179; ADI 1247; ADI-MC 1522; ADI-MC 1999; ADI 3246; ADI-MC 3389; ADI 3794; RE 539.130.

<sup>175</sup> ADI 1587; ADI-MC 2157; ADI 3576.

<sup>176</sup> STF: ADI-MC 2157/BA, Rel. Min. Moreira Alves, j. 28/06/2000, p. 246.

<sup>177</sup> STF: ADI 2122/AL, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 04/05/2000.

<sup>178</sup> STF: ADI 2122/AL, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 04/05/2000, p. 202.

Conforme expresso em alguns julgados<sup>179</sup> "[...] tendo caráter normativo autônomo, o que permite seu exame em ação direta, como tem decidido esta Corte em diversos outros julgados igualmente relativos à denominada 'guerra fiscal' [...]"<sup>180</sup>. Ou seja, o argumento de que o decreto é mero regulamento de uma lei não foi aceito de pronto, uma vez que o STF analisou nas ações a natureza de tais decretos para verificar a possibilidade de exame ou não em ADIs.

Juntamente com todos esses argumentos apresentados, há um em especial por resumir os demais. Trata-se do motivo teleológico da forma como a Constituição regulamenta os benefícios relativos ao ICMS. De acordo com a posição dos ministros em diversas ações, o objetivo de tal tratamento é impedir a guerra fiscal<sup>181</sup>. Como bem expressa o Min. Celso de Mello na ADI-MC 930<sup>182</sup>:

"Essa norma constitucional, que autoriza a União Federal a estabelecer padrões normativos uniformes em tema de exoneração tributária pertinente ao ICMS, acha-se teleologicamente vinculada a um objetivo de nítido caráter político-jurídico: **impedir a guerra tributária entre os Estados-membros e o Distrito Federal**"<sup>183</sup>.

Se a finalidade é impedir, nenhum estado-membro pode por meio da concessão de benefícios unilaterais alegar que teve o propósito de retaliar preceito de outro estado. Essa posição do STF foi externalizada em alguns casos<sup>184</sup>, como na ADI 2548<sup>185</sup>:

"Não se argumente, igualmente, o fato de o Estado de São Paulo conceder benefícios de ICMS semelhantes.

---

<sup>179</sup> ADI-MC 1999; ADI-MC 2155; ADI-MC 2.352; ADI 2376; ADI-MC 2377; ADI 2439; ADI 3664; ADI 3702; ADI-MC 3936; ADI 4152; AI-AgR 449.522.

<sup>180</sup> STF: ADI-MC 2439/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23/08/2001, p. 189.

<sup>181</sup> ADI-MC 930; ADI 1247; ADI-MC 2021; ADI-MC 2155; ADI 2459; ADI 2906; ADI 3794; ADI 4152; ADI 4276; ADI-MC 4565.

<sup>182</sup> STF: ADI-MC 930/MA, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/11/1993.

<sup>183</sup> STF: ADI-MC 930/MA, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/11/1993, p. 84.

<sup>184</sup> ADI-MC 2377; ADI 2548; ADI 3674; ADI-MC 3936; ADI 4152.

<sup>185</sup> STF: ADI 2548/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10/11/2006.

[...] Trata-se de argumento que supõe uma 'igualdade no ilícito', que não pode ser aceito pela ordem jurídica"<sup>186</sup>.

Ademais, se o escopo é coibir a guerra fiscal, noções diferentes do que seja esse fenômeno pode gerar efeitos distintos. Isso pode ser exemplificado na divergência que ocorreu na ADI-MC 2021<sup>187</sup>. O Min. Nelson Jobim ao seguir a mesma concepção de guerra fiscal que ele já havia adotado na ADI 1978<sup>188</sup> - "o que define uma conduta de governo estadual, como de guerra fiscal, é a concessão de incentivos com o objetivo de atrair empreendimento para o território do estado federado"<sup>189</sup> - entendeu que não houve guerra fiscal por parte do Estado de São Paulo na ADI-MC 2021. Isso porque a redução de alíquota não objetivou atrair investimentos, em detrimento das outras unidades federativas, mas teve um caráter emergencial de segurar o não desemprego no setor. O ministro que compôs a minoria nessa ADI juntamente com o Min. Celso de Mello chegou até a afirmar que "se há guerra, é contra o desemprego"<sup>190</sup>.

De forma contrária entendeu a maioria, que deferiu a medida cautelar. Segundo o Min. Ilmar Galvão, guerra fiscal é qualquer medida unilateral posta em prática por um Estado, de natureza tributária, que possa acarretar prejuízo aos demais<sup>191</sup>. O ministro ainda explicitou que:

"Toda vez que o Estado de São Paulo, por via de redução de imposto, atrai o consumidor a adquirir os bens de que necessita em seu território, deixando de fazê-lo em seu domicílio, para mim, está fazendo guerra fiscal.

[...]

---

<sup>186</sup> STF: ADI 2548/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10/11/2006, p. 200.

<sup>187</sup> STF: ADI-MC 2021/SP, Rel. Min. Maurício Côrrea, j. 04/08/1999.

<sup>188</sup> STF: ADI 1978/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 13/05/1999.

<sup>189</sup> STF: ADI 1978/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 13/05/1999, p. 127.

<sup>190</sup> STF: ADI-MC 2021/SP, Rel. Min. Maurício Côrrea, j. 04/08/1999, p. 371-372.

<sup>191</sup> STF: ADI-MC 2021/SP, Rel. Min. Maurício Côrrea, j. 04/08/1999, p. 380.

É inegável, entretanto, que o combate ao desemprego está sendo feito mediante guerra fiscal, constitucionalmente reprovada.

[...]

Segundo as informações do Estado de São Paulo, houve um incremento de 236% na quantidade de veículos vendidos; enquanto no Rio Grande do Sul, para citar apenas um Estado, o número de veículos negociados caiu 18% no mesmo mês, em relação ao mês de fevereiro. Os dados são eloquentes!"<sup>192</sup>.

Percebe-se, assim, a importância de um conceito de guerra fiscal para a compreensão do que seja um benefício relativo ao ICMS. Portanto, no debate acerca da PSV nº 69, além da necessidade de se discutir as hipóteses cabíveis de diferimento, seria essencial que os ministros definissem uma concepção de guerra fiscal, mesmo porque outras dúvidas poderão surgir no futuro. Dentre elas, poderá se retomar a questão que chegou a ser tocada, mas não esmiuçada na ADI 2866. Nessa ação, o teor de uma das normas expressava:

"Art. 9º. O Poder Público Estadual definirá, até 180 (cento e oitenta) dias da aprovação desta Lei, a política de incentivo para a ampliação ou surgimento de novos empreendimentos produtivos nas áreas de extração e beneficiamento de sal marinho, mediante concessão temporária de imunidade tributária e **desenvolvimento de infra-estrutura**"<sup>193</sup>. [grifou-se].

Houve debate<sup>194</sup> acerca do beneficiamento de imunidade tributária e desenvolvimento de infraestrutura. Contudo, apenas foi deixado claro que o primeiro só pode ser feito mediante "prévia celebração de convênio para concessão de benefício fiscal"<sup>195</sup>. Em nenhum momento discutiu-se o

---

<sup>192</sup> STF: ADI-MC 2021/SP, Rel. Min. Maurício Côrrea, j. 04/08/1999, p. 380-382.

<sup>193</sup> STF: ADI 2866/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/05/2010, p. 367.

<sup>194</sup> STF: ADI 2866/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/05/2010, p. 376-377.

<sup>195</sup> STF: ADI 2866/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/05/2010, p. 376.

desenvolvimento da infraestrutura. De fato, a competição entre os estados-membros se dá pela atração de investimentos, a qual não necessariamente se dá por meio de benefícios relativos ao ICMS. Isso pode não só ocorrer mediante o desenvolvimento da infraestrutura, mas também com relação a benefícios fiscais relativos a outros tributos, como Imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA)<sup>196</sup>.

É claro que o ICMS se difere de outros devido às suas características, mas ter uma concepção de guerra fiscal como àquela do Min. Ilmar Galvão gera o ônus de dialogar com outros pormenores como esses da infraestrutura e do IPVA. Em contrapartida, a outra noção de guerra fiscal, apresentada pelo Min. Nelson Jobim, tem um viés muito limitado por permitir condutas inconstitucionais, as quais se justificariam por trazer vantagens ou evitar prejuízos.

Outra incerteza jurídica se dá nas normas que foram consideradas constitucionais e que prescreviam a possibilidade de o Poder Executivo estadual adotar medidas necessárias à proteção da economia do estado<sup>197</sup>, porém nenhum caminho seguro foi indicado pelo STF para que o Executivo pudesse segui-lo. O que fica incerto é, realmente, quais seriam as implementações práticas autorizadas pela CF. A única certeza que se tem é que a concessão de benefícios inconstitucionais não pode.

Por conseguinte, foi constatado neste subtópico que o STF justificou seu posicionamento se baseando em vários argumentos, uns mais centrais e outros mais periféricos. Apesar de o STF ter fundamentado bem acerca do assunto, dois problemas deveriam ser tratados no debate da PSV nº 69 para que, caso aprovado o enunciado, haja maior segurança jurídica. Um se refere à importância da definição do que seja guerra fiscal, uma vez que houve noções distintas apresentadas que podem apresentar resultados diversos, já que a discussão do enquadramento de uma vantagem ser ou não benefício fiscal está intrinsecamente ligada a uma concepção do que seja guerra fiscal. E como o termo da proposta "outro benefício fiscal

---

<sup>196</sup> Por exemplo, normas que prescreveram benefícios relativos ao IPVA foram consideradas constitucionais na ADI 1276. STF: ADI 1276/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 29/08/2002.

<sup>197</sup> ADI 1247; ADI 3794; ADI 4152.

relativo ao ICMS" é muito genérico, dúvidas poderão surgir a respeito de determinada(s) medida(s). Já outra incerteza jurídica se dá nas normas que foram consideradas constitucionais e que prescreviam a possibilidade de o Poder Executivo estadual adotar medidas necessárias à proteção da economia do estado, sendo que o STF apenas rechaçou a alternativa de se promulgar normas concedendo benefícios fiscais de forma inconstitucional.

### **3.2. Do uso das "reiteradas decisões" para estabelecer precedentes**

Após analisar os diversos aspectos e os argumentos referentes aos benefícios fiscais, cabe verificar tanto o uso de precedentes nos acórdãos analisados quanto aqueles que fundamentam a PSV nº 69. Por isso, como já dito no começo deste capítulo, este tópico se subdivide em dois: no ponto 3.2.1 aborda-se se e como os ministros utilizaram precedentes no decorrer dos quarenta e nove acórdãos característicos. Ou seja, analisou-se o uso de precedentes entre as "reiteradas decisões"; já no item 3.2.2 examina-se se os precedentes citados foram selecionados adequadamente de modo que sejam coerentes e constantes entre si e que respaldem satisfatoriamente a PSV nº 69. Ou seja, é no subtópico 3.2.2 que a hipótese do mau uso é verificada.

#### **3.2.1. Da utilização de precedentes entre as "reiteradas decisões"**

Ao verificar o emprego de precedentes para justificar e amparar as "reiteradas decisões", constatou-se que os ministros se voltaram bastante para sua jurisprudência já existente.

Dos quarenta e nove casos<sup>198</sup>, em apenas oito<sup>199</sup> nenhum precedente foi citado. Sendo que desses: a ADI 84 é o primeiro caso<sup>200</sup>; a ADI-MC 2056 e a ADI-MC 2405 foram as únicas em que as medidas questionadas não foram consideradas benefícios fiscais, ou seja, não havia como citar

---

<sup>198</sup> Esses acórdãos são da mesma ação, porém quando necessário se reportará diretamente às medidas cautelares.

<sup>199</sup> ADI 84; ADI-MC 2056; ADI 2122; ADI-MC 2405; ADI 2458; ADI-MC 2823; ADI 2906; ADI 3674.

<sup>200</sup> Como já falado, até mesmo o Min. Celso de Mello reconheceu isso na ADI 3246.

precedentes para sustentar essas decisões por não haver outras semelhantes; e a ADI 2122 foi uma ação destoante das demais porque não foi sequer conhecida.

Em oito<sup>201</sup> acórdãos, apenas um precedente foi mencionado. Já nos outros trinta e três julgados, foram indicados dois<sup>202</sup> ou mais<sup>203</sup> precedentes. E a média de precedentes citados em todos esses casos foi de mais de quatro por caso<sup>204</sup>.

Percebe-se, portanto, que STF se referiu a sua jurisprudência de forma bem satisfatória, chegando até citar dezessete<sup>205</sup> precedentes em uma decisão.

Um aspecto interessante dessas indicações é que o STF não se limitou a citar apenas julgamentos definitivos, mas se reportou a medidas cautelares já concedidas tanto para deferir novas MCs<sup>206</sup> quanto para justificar a inconstitucionalidade de normas em ADIs<sup>207</sup>. Ou seja, mesmo com o exame apenas do *fumus boni juris*, do *periculum in mora* e da conveniência da cautelar<sup>208</sup>, sem que houvesse o julgamento definitivo, as MCs foram bastante citadas como precedentes.

Outro ponto importante é o número de precedentes distintos mencionados - cinquenta e um<sup>209</sup>. Salienta-se que outras doze decisões<sup>210</sup>

---

<sup>201</sup> ACO 541; ADI 260; ADI-MC 930; ADI-MC 1467; ADI-MC 1522; ADI 2866; ADI 3312; ADI-REF-MC 4705;

<sup>202</sup> ADI 286; ADI 3809; ADI-MC 4565.

<sup>203</sup> ADI 1179; ADI 1247; ADI 1276; ADI 1308; ADI-MC 1577; ADI 1587; ADI-MC 1978; ADI-MC 1999; ADI-MC 2021; ADI-MC 2155; ADI-ED-MC 2157; ADI 2345; ADI-MC 2352; ADI 2376; ADI-MC 2377; ADI 2439; ADI 2459; ADI 2529; ADI 2548; ADI 2688; ADI 3246; ADI 3389; ADI 3576; ADI 3664; ADI 3702; ADI 3794; ADI 3803; ADI-MC 3936; ADI 4152; ADI 4276.

<sup>204</sup> 223 precedentes foram citados ao todo, dividindo-se por 49 decisões analisadas, deu média de 4,55 precedentes citados por caso.

<sup>205</sup> ADI-MC 3936.

<sup>206</sup> ADI-MC 1247; ADI-MC 1522; ADI-MC 1577; ADI-MC 1978; ADI-MC 1999; ADI-MC 2021; ADI-MC 2155; ADI-MC 2157; ADI-MC 2352; ADI-MC 2376; ADI-MC 2377; ADI-MC 3389; ADI-MC 3936; ADI-MC 4565.

<sup>207</sup> ADI 1179; ADI 1276; ADI 1308; ADI 1587; ADI 2345; ADI 2459; ADI 2529; ADI 2548; ADI 2688; ADI 3246; ADI 3576; ADI 3389; ADI 3664; ADI 3794; ADI 3702; ADI 3803; ADI 4152.

<sup>208</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 112.

<sup>209</sup> Assim, apenas 9 acórdãos característicos não foram citados: ACO 541; ADI 2122; ADI 2345; ADI-MC 2405; ADI 2529; ADI 3576; ADI 3674; ADI 3702; ADI-REF-MC 4705.

além das quarenta e nove resultantes das chaves de busca foram utilizadas como precedentes. Demonstrando que a presente pesquisa não foi exaustiva e que há mais "reiteradas decisões" sobre a concessão de benefícios fiscais sem o respaldo do CONFAZ.

Em suma, este subtópico demonstrou que houve um bom uso de precedentes entre as "reiteradas decisões"<sup>211</sup> por parte dos ministros. O STF se referiu a sua jurisprudência de forma bem satisfatória, uma vez que a média foi maior que quatro casos como precedentes por decisão e muitos casos distintos foram citados. Logo, percebe-se que a própria jurisprudência do STF ratificou muitas decisões como possíveis precedentes da guerra fiscal.

### **3.2.2. Dos precedentes citados na Proposta de Súmula Vinculante nº 69**

Para examinar se os precedentes citados foram selecionados de maneira adequadamente de modo que sejam coerentes e constantes entre si e que respaldem satisfatoriamente a PSV nº 69, é preciso: (i) verificar a coerência entre eles, ou seja, checar se há alguma decisão destoante das demais; (ii) averiguar se os precedentes citados têm um período uniforme entre eles; e (iii) apurar se tais precedentes respaldam satisfatoriamente o enunciado da PSV nº 69.

Conforme expresso anteriormente (1.2), os precedentes que sustentam a PSV nº 69 são: ADI 1179; ADI 1247; ADI 1308; ADI 2548; ADI-MC 2645<sup>212</sup>; ADI 2906; ADI 3312; e ADI 3794<sup>213</sup>. Nota-se que somente a ADI-MC 2645 não foi trabalhada anteriormente. Como todas as outras decisões entraram nas chaves de busca e já foram trabalhadas juntamente

---

<sup>210</sup> ADI-MC 128; ADI 773; ADI-MC 902; ADI-MC 1296; ADI 1979; ADI 2722; ADI-MC 2868; ADI 3259; ADI 3413; ADI 3462; ADI 3939; ADI 4457. Também foram citadas a ADI-MC 286 e a ADI-MC 1587 que não entraram na busca, mas seus julgamentos definitivos sim.

<sup>211</sup> Entende-se por "reiteradas decisões" todos os casos que possam servir como precedentes para justificar a edição de uma súmula vinculante. Isso será mais detalhado no ponto 3.2.1.

<sup>212</sup> Há, na verdade, somente o exame cauteloso da mesma. Não foi encontrado o julgamento definitivo a respeito.

<sup>213</sup> PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Parecer sobre a proposta de Súmula Vinculante nº 69, 31 mar. 2014. P. 2. Disponível em: < [http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdfs/Parecer%20em%20PSV%20n%2069.pdf](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/Parecer%20em%20PSV%20n%2069.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2014.

com as demais nos pontos anteriores, basta ver do que se trata a ADI-MC 2645 para depois analisar se o conjunto de precedentes foi bem selecionado.

Ao analisar a ADI-MC 2645<sup>214</sup>, verifica-se a impertinência desse caso para sustentar a PSV nº 69. O objeto da referida ação nada tem a ver com guerra fiscal. Trata-se da impugnação de uma norma que dispõe sobre cargos de Auditor Adjunto e de Procurador Adjunto, ou seja, esse acórdão não aborda nada sobre benefícios fiscais. Logo, é imprescindível que durante o debate de aprovação da PSV nº 69 haja a exclusão desse "precedente" para que não gere, caso aprovada a súmula, ainda mais insegurança jurídica e possíveis problemas na revisão e cancelamento da súmula.

Quanto aos outros sete casos que foram citados para sustentar a PSV nº 69, cabe analisar se de fato eles foram bem empregados.

No que diz respeito à (i) coerência entre eles, nota-se que todos trataram do tema (tanto é que foram classificados como característicos no ponto 3.) e em todos houve o julgamento em definitivo considerando os benefícios fiscais em questão inconstitucionais, não havendo divergência entre si.

Conforme visto no subtópico 3.1.1. poderia ter ocorrido citações conflitantes a respeito do diferimento. No entanto, o único precedente em que se tratou do diferimento foi a ADI 2548, cuja decisão foi pelo enquadramento do mesmo como benefício fiscal. Dessa forma, a PSV nº69 está, implicitamente, considerando o entendimento da ADI-MC 2056 como superado, pois ela não foi citada como precedente e um acórdão, no caso a ADI 2548, em que o diferimento foi compreendido como benefício foi selecionado. Logo, dentre o termo "outro benefício fiscal relativo ao ICMS" insere-se o diferimento.

---

<sup>214</sup> STF: ADI-MC 2645/TO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 11/11/2004.

Para haver um bom uso quanto à coerência entre os precedentes, basta que a ADI-MC 2645 seja excluída<sup>215</sup>, afinal os demais casos que fundamentam a PSV nº 69 cumprem esse requisito.

No tocante ao (ii) um período uniforme entre eles, contando apenas o julgamento definitivo e não as decisões em MCs<sup>216</sup>, um foi julgado em 2002, um em 2004, outro em 2006 os demais naquele fatídico 01/06/2011. Ou seja, não parece que houve de fato "reiteradas decisões" a respeito da guerra fiscal, mas apenas três julgados constantes entre si e quatro em um só dia - "dia paradigmático". Se não fosse o poder de agenda do Min. Cezar Peluso que segurou vários acórdãos, isso poderia ilustrar um fraco entendimento da necessidade de se apontar vários precedentes que tenham sido estabelecidos ao longo de um período de tempo uniforme<sup>217</sup>.

Cabe pontuar, então, que críticas por não se ter utilizado precedentes estabelecidos ao longo de um período de tempo uniforme<sup>218</sup> ou por se ter utilizado apenas de um *leading case* (caso paradigmático)<sup>219</sup> devem ser feitas com cuidado para não desconsiderar contratempos como o poder de agenda.

Quanto ao cumprimento desse requisito, fica difícil estabelecer uma linha divisória do que seja a quantidade ideal de precedentes citados e do tempo entre eles quando não há adversidades. Logo, apesar de os ministros terem pelo menos outras vinte e cinco<sup>220</sup> ações<sup>221</sup> que poderiam, de acordo

---

<sup>215</sup> Como a ADI-MC 2645 não trata do assunto, ela não está presente na análise dos próximos dois requisitos.

<sup>216</sup> Somente na ADI 1179 e na ADI 1247 é que houve decisão cautelar.

<sup>217</sup> GLEZER, Rubens Eduardo. Expectativas e Resultados sobre a Súmula Vinculante: precedentes e segurança jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 14, p. 197, abr./jun. 2010.

<sup>218</sup> GLEZER, Rubens Eduardo. Expectativas e Resultados sobre a Súmula Vinculante: precedentes e segurança jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 14, p. 197, abr./jun. 2010.

<sup>219</sup> JUNQUEIRA, Maria Olívia Pessoni. A construção da súmula vinculante pelo STF. Observação dos dezesseis primeiros enunciados de súmula vinculante editados. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2009. P. 42. Disponível em <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/149\\_Monografia%20Maria%20Olivia.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/149_Monografia%20Maria%20Olivia.pdf)>. Acesso em: 26 jul. 2014.

<sup>220</sup> Das quarenta e nove "reiteradas decisões" analisadas, sete foram consideradas precedentes. Subtraindo dezessete decisões em que só houve o julgamento das medidas cautelares, sobram pelo menos outras vinte e cinco ações.

<sup>221</sup> ACO 541; ADI 84; ADI 260; ADI 286; ADI 1276; ADI 1467; ADI 1587; ADI 2345; ADI 2376; ADI 2439; ADI 2458; ADI 2459; ADI 2529; ADI 2688; ADI 2866; ADI 3246; ADI

com a própria jurisprudência do STF, ser precedentes da PSV nº 69, sete precedentes aparentam ser um número razoável em um intervalo de nove anos.

Para (iii) apurar se tais precedentes respaldam satisfatoriamente o enunciado da PSV nº 69, é preciso analisar sobre quais tipos de benefícios fiscais os precedentes tratam a fim de averiguar se há uma boa convergência entre eles e o texto da proposta.

Da mesma forma em que o enunciado da PSV nº 69 foi dividido no subtópico 3.1.1, é possível fazê-lo neste ponto:

- i) isenção: ADI 2548 e ADI 3794;
- ii) incentivo: ADI 3794;
- iii) redução de alíquota: ADI 1179;
- iv) redução de base de cálculo: ADI 2548;
- v) crédito presumido: ADI 2548 e ADI 3312;
- vi) dispensa de pagamento: ADI 3312;
- vii) outro benefício fiscal relativo ao ICMS
  - a) Não-incidência: ADI 1308;
  - b) De forma genérica (a depender do Poder Executivo): ADI 1247;
  - c) Prazo especial de pagamento ou parcelamento: ADI 1179 e ADI 2906;
  - d) Diferimento: ADI 2548;
  - e) Suspensão: ADI 2906;
  - f) Cancelamento de notificações fiscais<sup>222</sup>: nenhum precedente dispõe a respeito;
  - g) Moratória para o pagamento de saldo devedor<sup>223</sup>: nenhum precedente dispõe a respeito;

---

3389; ADI 3576; ADI 3664; ADI 3674; ADI 3702; ADI 3803; ADI 3809; ADI 4152; ADI 4276. Isso sem contar outras decisões que não entraram nas chaves de busca.

<sup>222</sup> Foi considerado benefício fiscal na ADI 2345.

h) Extinção de débito tributário por meio de dação em pagamento<sup>224</sup>: nenhum precedente dispõe a respeito.

Nota-se, assim, que os sete precedentes trataram de diferentes tipos de benefícios fiscais, ou seja, apenas três categorias foram representadas por mais de um precedente. E quase todas as classes de benefícios encontradas nas "reiteradas decisões" que tiveram acórdãos expressando a sua inconstitucionalidade sem a deliberação do CONFAZ foram contempladas.

Apesar de cada benefício ter pouca representação, quase todos os termos são explicitados pelos precedentes selecionados. Contudo, seria mais proveitoso se entre os escolhidos estivesse a ADI 2345 fundamentando a proposta, uma vez que nela foi decidido o enquadramento do "cancelamento de notificações fiscais" como benefício. Outras situações que geram dúvidas é a da "moratória para pagamento de saldo devedor" e da "extinção de débito tributário por meio de dação em pagamento". Embora ambas não tenham sido consideradas benefício fiscal na ADI-MC 2405, é recomendável que se ratifique esse entendimento no debate de (não) aprovação da PSV nº 69. Afinal, o termo "outro benefício fiscal relativo ao ICMS" é muito genérico, exigindo uma explicitação do que está inserido e o que está excluído a fim de que haja uma maior segurança jurídica acerca da PSV nº 69.

Constata-se que apesar de esses sete precedentes terem sido bem selecionados, eles são insuficientes para respaldar satisfatoriamente o enunciado da PSV nº 69. Isso porque há ainda três tipos de benefícios que não se têm uma definição exata ou sequer implícita (como a do diferimento). Obviamente, essas dúvidas e o estabelecimento de uma concepção de guerra fiscal debatida no ponto 3.1.2 poderão ser sanadas no debate de (não) aprovação da PSV nº 69.

Conclui-se, após examinar os três requisitos, que: (a) a ADI-MC 2645 é destoante das demais e por isso deve ser excluída; (b) apesar de os

---

<sup>223</sup> Não foi considerado benefício fiscal na ADI-MC 2405.

<sup>224</sup> Não foi considerado benefício fiscal na ADI-MC 2405.

ministros terem pelo menos outras vinte e cinco ações que poderiam ser precedentes da PSV nº 69, sete precedentes aparentam ser um número razoável em um intervalo de nove anos<sup>225</sup>; e (c) embora os sete<sup>226</sup> precedentes tenham sido bem selecionados, eles são insuficientes para respaldar satisfatoriamente o enunciado da PSV nº 69. Ou seja, houve um mau uso das reiteradas decisões para indicar os precedentes que respaldam a PSV nº 69.

## **Conclusão**

O presente trabalho teve como objetivo examinar as "reiteradas decisões" referentes aos benefícios fiscais relativos ao ICMS, a fim de testar a hipótese desta monografia, qual seja: o STF, apesar de ter muitas "reiteradas decisões" sobre benefícios concedidos ao arripio da CF, fez um mau uso delas, pois não selecionou os precedentes de maneira adequada a fim de que estes fossem coerentes e constantes entre si e que respaldassem o enunciado da PSV nº 69.

A importância dessa análise é de crucial importância para verificar o correto sentido que se deve dar ao enunciado da súmula proposta. Por isso, os precedentes deveriam ser coerentes e constantes entre si e precisariam respaldar o enunciado proposto. Afinal, uma boa utilização de precedentes propicia mais segurança jurídica e facilita um melhor uso de mecanismos de revisão e/ou cancelamento da súmula vinculante.

Nesse exame, não foram analisados apenas os precedentes<sup>227</sup> que fundamentam a proposta, mas também outros acórdãos que tratam da mesma questão, isto é, de benefícios relativos ao ICMS. Mesmo porque, para testar a hipótese estabelecida, foi preciso visualizar se a própria jurisprudência do STF ratificou a presença de outras "reiteradas decisões"

---

<sup>225</sup> Reitera-se que essa se chegaria a essa conclusão caso não tivesse existido o poder de agenda do Min. Cezar Peluso, pois haveria apenas três julgados constantes entre si e quatro em um só dia, ou seja, seria um fraco entendimento do que se entende por reiterado.

<sup>226</sup> Exclui-se a ADI-MC 2645 pelo fato de a mesma ser destoante das demais.

<sup>227</sup> ADI 1179; ADI 1247; ADI 1308; ADI 2548; ADI 2645; ADI 2906; ADI 3312; e ADI 3794. PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Parecer sobre a proposta de Súmula Vinculante nº 69, 31 mar. 2014. P. 2. Disponível em: < [http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdfs/Parecer%20em%20PSV%20n%2069.pdf](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/Parecer%20em%20PSV%20n%2069.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2014.

sobre a guerra fiscal que poderiam ser citadas juntamente ou no lugar dos precedentes apresentados a fim de que se discutisse o (bom/mau) uso das mesmas. Ademais, compreender o correto sentido da PSV nº 69 significa, também, identificar medidas que não foram consideradas benefícios pela jurisprudência do STF. Por isso, houve a necessidade de se examinar como o STF vem tratando a guerra fiscal.

Em razão disso, a análise ficou dividida em duas questões centrais: (a) como o STF vem decidindo a respeito dos benefícios fiscais concedidos sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ? (b) como o STF usou suas "reiteradas decisões" para apontar os precedentes neste caso?

Para examinar a jurisprudência do STF e responder tais indagações, foi utilizada como chave de busca "guerra adj2 fiscal ou (benefício e ICMS)". Teve-se como resultado final cento e setenta e cinco acórdãos e duas repercussões gerais. Desses, sessenta e oito acórdãos foram selecionados. Como esse número de escolhidos foi somado com os precedentes que fundamentam a PSV nº 69, teve-se no total sessenta e nove acórdãos<sup>228</sup>.

A partir dessa amostra de casos, partiu-se para a análise propriamente dita.

Constatou-se que há um grande número de ações, quarenta e nove, sendo que vários estados-membros estavam envolvidos como requerentes/requeridos. Apesar de ter ocorrido reincidência em seis casos, o que mostra um desrespeito com relação às decisões do STF já tomadas, vinte e duas ações partiram da própria unidade federativa, demonstrando que os próprios governos estaduais tentam remediar o problema.

Dentre essas ações, quase todas continham pedido de medida cautelar com suspensão dos benefícios até o julgamento final. Contudo, em três casos foi concedido efeitos *ex tunc* em MCs. Em dois deles, o STF foi deferente uma vez que foi pedido modulação retroativa, porém em outro acórdão, o tribunal teve uma postura mais ativa ao determinar efeitos *ex*

---

<sup>228</sup> Como já falado, a ADI-MC 2645 foi o único precedente que não estava também nas chaves de busca e, por isso, só foi analisado no ponto 3.2.2.

*tunc* mesmo a requerente pedindo apenas a suspensão. Ademais, dos quarenta e nove acórdãos, trinta e um foram julgados em definitivo decidindo-se pela inconstitucionalidade das normas e todos seguindo a regra geral - *ex tunc*. Apenas na ADI 3246 houve pedido para que se desse efeito prospectivo, o qual não foi concedido por unanimidade. Portanto, não é possível estabelecer qualquer previsão categórica acerca da PSV nº 69, apenas que o STF tem a tendência de ser rigoroso quanto aos benefícios considerados inconstitucionais.

Destacou-se, ainda, o fático dia 01/06/2011 em que foram julgados onze casos a respeito do tema, sendo que em três deles apareceu a discussão sobre como lidar com a guerra fiscal. O Presidente do STF naquele período era o Min. Cezar Peluso que, expondo seu poder de agenda, explicitou a necessidade de se julgarem todos esses casos no mesmo dia. Esse "dia paradigmático" foi uma tentativa de demonstrar o posicionamento firme do STF acerca do assunto.

Notou-se, também, que o STF justificou seu posicionamento se baseando em vários argumentos, uns mais centrais e outros mais periféricos, o que demonstra um entendimento consolidado. Todavia, dois problemas poderiam ser tratados no debate da PSV nº 69. Um se refere à importância da definição do que seja guerra fiscal, uma vez que houve noções distintas apresentadas que podem apresentar resultados diversos, já que a discussão do enquadramento de uma vantagem ser ou não benefício fiscal está intrinsecamente ligada a uma concepção do que seja guerra fiscal. E como o termo da proposta "outro benefício fiscal relativo ao ICMS" é muito genérico, dúvidas poderão surgir a respeito de determinada(s) medida(s). Já outra incerteza jurídica se dá nas normas que foram consideradas constitucionais e que prescreviam a possibilidade de o Poder Executivo estadual adotar medidas necessárias à proteção da economia do estado, sendo que o STF apenas rechaçou a alternativa de se promulgar normas concedendo benefícios fiscais de forma inconstitucional. Ou seja, não se sabe quais providências um estado-membro pode tomar.

Além de uma robusta argumentação, o STF se baseou bastante em casos anteriores, referindo-se a sua jurisprudência de forma bem satisfatória - média maior que quatro acórdãos por decisão. Ou seja, o próprio STF ratificou muitos casos como possíveis precedentes da guerra fiscal.

Já quanto ao uso das reiteradas decisões para indicar os precedentes que fundamentam a PSV nº 69, foi constatada a hipótese deste trabalho, porém o mau uso não decorreu da inconstância entre as decisões, mas da falta de coerência e de respaldo que os precedentes oferecem.

A coerência entre os precedentes não foi verificada, pois a ADI-MC 2645 é destoante das demais e deve ser excluída durante o debate da PSV nº 69. Contudo, dentre os outros sete casos, não há divergência.

Já ao averiguar o período uniforme entre os precedentes, foi verificado que devido ao poder de agenda do Min. Cezar Peluso críticas sobre o que seja "reiterado" devem ser feitas com cautela. Além disso, fica difícil estabelecer uma linha divisória do que seja a quantidade ideal de precedentes citados e do tempo entre eles. Mesmo assim sete precedentes aparentam ser um número razoável em um intervalo de nove anos. Fato esse que não exclui a possibilidade de indicar mais precedentes, afinal outras vinte e cinco ações poderiam, de acordo com a própria jurisprudência do STF, ser precedentes da PSV nº 69.

Ao apurar se tais precedentes respaldam satisfatoriamente o enunciado da PSV nº 69, foi necessário analisar quais tipos de benefícios fiscais as "reiteradas decisões" e os precedentes tratam. Afinal, a correspondência entre precedentes e enunciado é essencial para fins de reclamação e revisão/cancelamento da súmula. Foi constatado que os sete precedentes representam quase todos os termos da PSV nº 69. O problema é a explicitação do que se entende pelo termo "outro benefício fiscal relativo ao ICMS". Apesar de os precedentes abarcarem a não-incidência, a forma genérica, o prazo especial de pagamento ou parcelamento, o diferimento<sup>229</sup>

---

<sup>229</sup> O STF citou um precedente que enquadrou o diferimento como benefício fiscal (ADI 2548) e não apontou o outro que decidia de maneira contrária (ADI-MC 2056). Ou seja,

e a suspensão, outros três tipos<sup>230</sup> encontrados nas "reiteradas decisões" não têm correspondência. Dois<sup>231</sup> deles não foram considerados benefícios, porém seria recomendável que o STF deixasse essa exclusão clara no debate. Já o caso do "cancelamento de notificações fiscais", o qual foi considerado benefício na ADI 2345, também deveria aparecer como precedente ou, pelo menos, que o posicionamento fique explícito no debate.

Em suma, durante o debate da PSV nº 69, sugere-se que o STF: (i) exclua a ADI-MC 2645 por ser destoante dos demais precedentes; (ii) adicione mais precedentes a fim de dar mais uniformidade aos mesmos (apesar de sete serem suficientes); (iii) debata acerca das duas medidas que não foram consideradas benefícios fiscais; (iv) faça a inclusão da ADI 2345 caso o tribunal deseje inserir o "cancelamento de notificações fiscais" no termo "outros benefícios relativos ao ICMS"; (v) discuta a respeito das possíveis medidas que um estado-membro pode adotar para proteger sua economia; e (vi) defina o que seja guerra fiscal a fim de apaziguar dúvidas que poderão surgir.

---

implicitamente, o STF definiu pela superação de tal entendimento (ADI-MC 2056) e pela inserção do diferimento em "outro benefício fiscal relativo ao ICMS".

<sup>230</sup> Os três tipos são: a moratória para pagamento de saldo devedor; a extinção de débito tributário por meio de dação em pagamento; e o cancelamento de notificações fiscais.

<sup>231</sup> A moratória para pagamento de saldo devedor; a extinção de débito tributário por meio de dação em pagamento

## Referencial Bibliográfico

ANDRADE, Eduardo de Carvalho. Externalidades. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE Paulo (Org.). *Economia do Setor Público no Brasil*. São Paulo: Campus, 2005, p. 16-33.

CANÁRIO, Pedro. Supremo publica edital de súmula sobre guerra fiscal, *Consultor Jurídico*, 25 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-25/stf-publica-edital-proposta-sumula-vinculante-guerra-fiscal>>. Acesso em 19 de jul. de 2014.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2013

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Guerra Fiscal, Fomento e Incentivo na Constituição Federal. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio (Org.). *Direito tributário: Estudos em Homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 275-285.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Princípio da neutralidade concorrencial do estado. In: RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; BERARDI, Luciana Andrea (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem à Professora Maria García*. São Paulo: IOB, 2007, p. 490-451.

GLEZER, Rubens Eduardo. Expectativas e Resultados sobre a Súmula Vinculante: precedentes e segurança jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 14, p. 187-210, abr./jun. 2010

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014

JUNQUEIRA, Maria Olívia Pessoni. A construção da súmula vinculante pelo STF. Observação dos dezesseis primeiros enunciados de súmula vinculante editados. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2009. Disponível em <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/149\\_Monografia%20Maria%20Olivia.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/149_Monografia%20Maria%20Olivia.pdf)>. Acesso em: 26 jul. 2014.

OLIVEIRA, Júlio M. de. ICMS e Guerra Fiscal: origem, destino, natureza e

extinção do direito ao crédito. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Org). *Direito Tributário - Homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 918-932.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Parecer sobre a proposta de Súmula Vinculante nº 69, 31 mar. 2014. Disponível em: <[http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdfs/Parecer%20em%20PSV%20n%2069.pdf](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/Parecer%20em%20PSV%20n%2069.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2014.

RIBEIRO, Bianca. Gilmar Mendes propõe súmula vinculante sobre guerra fiscal, *Estado de S. Paulo*, 14 abr. 2012. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,gilmar-mendes-propoe-sumula-vinculante-sobre-guerra-fiscal-imp-,860933>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

SCAFF, Fernando Facury. STF deve modular efeitos da súmula contra guerra fiscal, *Consultor Jurídico*, 12 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-12/contas-vista-stf-modular-efeitos-sumula-guerra-fiscal>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

SECRETARIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Edital da proposta de Súmula Vinculante nº 6, 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3143828&tipoApp=RTF>>. Acesso em: 20 jul. 2014.