

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CAUTELAR 3.802 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
AUTOR(A/S)(ES) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**
RÉU(É)(S) : **CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL**
ADV.(A/S) : **SERGIO LUIZ DA SILVA NOGUEIRA**
RÉU(É)(S) : **DISTRITO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**

DECISÃO

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS – “GUERRA FISCAL” – BENEFÍCIOS FISCAIS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS – CONVALIDAÇÃO SUPERVENIENTE MEDIANTE NOVA DESONERAÇÃO – ADMISSÃO NA ORIGEM – AÇÃO CAUTELAR – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EFEITO SUSPENSIVO ATIVO – LIMINAR DEFERIDA.

1. O assessor Dr. Carlos Alexandre de Azevedo Campos prestou as seguintes informações:

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT busca o empréstimo de eficácia suspensiva ao Recurso Extraordinário nº 851.421/DF, da relatoria de Vossa Excelência, distribuído em 11 de novembro de 2014.

Segundo narra, formalizou ação direta de

inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, impugnando a redação originária da Lei nº 4.732, de 29 de dezembro de 2011, bem como as alterações promovidas pela Lei nº 4.969, de 21 de novembro de 2012, ambas do Distrito Federal, por meio das quais foram implementadas a suspensão da exigibilidade e, ao término desta, a remissão de créditos tributários relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS.

Disse corresponderem esses créditos à diferença considerado o que deveria ter sido pago sob o regime normal de apuração do imposto e o efetivamente recolhido sob os regimes fiscais mais benéficos – Termos de Acordo de Regime Especial-TARE e Regimes Especiais de Apuração-REA –, estabelecidos, sem prévio consenso entre as unidades da Federação, pelas Leis distritais nº 2.381 e nº 2.483, ambas de 1999. A primeira teve a inconstitucionalidade incidental reconhecida em diversas decisões, já transitadas em julgado, proferidas em ações civis públicas no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. A segunda foi declarada parcialmente inconstitucional na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.549/DF, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, Diário da Justiça de 3 de outubro de 2011, estando pendente de apreciação declaratórios a versar pedido de modulação dos efeitos do pronunciamento. Nos dois casos, os fundamentos veiculados foram a afronta ao artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Carta da República.

Apontou que a lei impugnada, de nº 4.732, de 2011, respaldou-se nos Convênios ICMS nº 84 e 86, ambos de 2011, por meio dos quais o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ autorizou o Distrito Federal a proceder à suspensão da exigibilidade e à remissão questionadas. Aduziu afronta aos artigos 126, inciso V, 131 e 135, § 5º, incisos VII e VIII, da Lei Orgânica do Distrito Federal, normas de repetição obrigatória das contidas na Carta da República. Sustentou não poderem ser

os débitos, aos quais alude a Lei nº 4.732, de 2011, objetos de “nova remissão”, porquanto decorrem de benefícios fiscais inconstitucionais, concedidos em clara “guerra fiscal”. Alegou tratar-se de manobra equivalente a negar efetividade aos preceitos da Carta tidos como violados, implicando grave prejuízo ao Fisco distrital na ordem de aproximadamente dez bilhões de reais.

Anota ter o Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por maioria, julgado improcedente o pedido. O acórdão foi assim ementado:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL 4.732/2011 E 4969/2012. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE E REMISSÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO DO ICMS. PRO-DF. TARE. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

1. A Lei Distrital 4.732/2011 suspendeu a exigibilidade e concedeu remissão dos créditos tributários do ICMS, provenientes da diferença entre o regime normal de apuração e o tratamento tributário concedido para empreendimentos econômicos produtivos no âmbito do Programa PRO-DF e daqueles decorrentes da opção do contribuinte pelos regimes implementados nos Termos de Acordo de Regime Especial - TARE. Convênios 84 e 86 do CONFAZ.

2. A Lei Distrital 4.969/2012 acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 1º e parágrafo 2º ao artigo 2º, ambos da Lei Distrital n. 4.732/2011.

3. Atos Normativos impugnados sob alegada violação a dispositivos da Lei Orgânica do Distrito Federal por se permitir que créditos oriundos de benefícios ilegais e inconstitucionais sejam suscetíveis de remissão posterior.

4. O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 198, em curso perante o Supremo

Tribunal Federal, não é essencial para o julgamento da inconstitucionalidade das Leis Distritais 4.732/2011 e 4.969/2012. Preliminar de sobrestamento do feito rejeitada.

5. A conexão entre os Convênios 84 e 86 do Ministério da Fazenda, conquanto apresentem conexão com as leis impugnadas, destas não são interdependentes. Trata-se de pacto harmônico entre os Entes da Federação que simplesmente autoriza remissão de débitos, mas nada determina. Preliminar de não conhecimento da Ação por falta de impugnação de todo o bloco normativo rejeitada.

6. Em que pese segmento dentro da generalidade da sociedade a ser atingido pelas leis impugnadas, estas não veiculam efeitos concretos. Critérios de impessoalidade, generalidade e abstração atendidos. Ressalva do ponto de vista do Relator Designado. Preliminar rejeitada por maioria.

7. O princípio da segurança jurídica é sobreprincípio do qual derivam todos os demais princípios. Encontra-se acima da própria Constituição e merece observância quando atos ou situações jurídicas são constituídas sob a presunção de constitucionalidade da norma e quando o desfazimento se afigura mais prejudicial do que a própria manutenção do ato.

8. Os benefícios fiscais instituídos pelo regime especial de tributação do ICMS, embora posteriormente atingidos pelo reconhecimento de sua ilegalidade e inconstitucionalidade, ensejaram a instalação de empresas no Distrito Federal, que realizaram investimentos, fomentaram a atividade industrial, propiciaram o aumento da arrecadação tributária e, reflexamente, o implemento de políticas públicas.

9. A isenção e remissão dos créditos tributários não configura ofensa a princípios diretos da Lei Orgânica do Distrito Federal, mas atende ao sobreprincípio da segurança jurídica, que também é vigente para a Constituição local.

10. Preliminares rejeitadas. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. Maioria.

Assevera ter formalizado extraordinário no qual defende a repercussão geral da matéria e sustenta haver o Tribunal de origem decidido em sentido contrário ao entendimento pacífico do Supremo quanto à inconstitucionalidade de normas da espécie. Consoante salienta, o legislador distrital, em última análise, implementou “novo benefício” em substituição aos ilegais e inconstitucionais anteriormente estabelecidos, daí por que o recurso merece ser provido.

Aponta a particularidade de a suspensão da exigibilidade e a remissão seguinte, versadas na lei impugnada, terem sido precedidas de deliberação dos Estados e do Distrito Federal no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. Alega que a regularidade do procedimento, entretanto, não se revela capaz de afastar a inconstitucionalidade ante a impossibilidade de créditos oriundos de benefícios fiscais ilegítimos serem posteriormente perdoados. Aduz que “admitir o contrário seria tornar letra morta todo o arcabouço constitucional de limitações ao poder de tributar, além de implicar medida de fomento à odiosa 'guerra fiscal' travada entre as unidades da Federação em relação ao ICMS”.

Segundo afirma, ao privilegiar a segurança jurídica, o Tribunal de origem contrariou o disposto nos artigos 146, inciso III, alínea “b”, 150, § 6º, e 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição da República e preceitos da Lei Complementar nº 24, de 1975. Enfatiza a fraude praticada por meio da Lei nº 4.732, de 2011, ao pretender-se “convalidar a inconstitucionalidade dos referidos benefícios”. Cita como precedente a Ação Civil Originária nº 541/DF, relator ministro Gilmar Mendes, Diário da Justiça de 30 de junho de 2006.

AC 3802 MC / DF

Sob o ângulo do risco, alude ao prejuízo contra o Fisco distrital em aproximadamente dez bilhões de reais, em valores atualizados, o que pode favorecer, sobretudo, no momento atual de crise financeira, o atraso na remuneração mensal de servidores públicos e prestadores de serviços públicos essenciais. Ressalta a insegurança jurídica decorrente da enxurrada de ações e reclamações envolvendo a dispensa de pagamento do imposto em relação a benefícios fiscais declarados inconstitucionais mediante decisões já transitadas em julgado. Postula a concessão de medida acauteladora visando o empréstimo de eficácia suspensiva ao citado extraordinário e a suspensão de todos os processos, inclusive em instância especial, em que sejam impugnadas a Lei nº 4.732, de 29 de dezembro de 2011, e alterações promovidas pela Lei nº 4.969, de 21 de novembro de 2012, até o julgamento definitivo, no Pleno, do mencionado Recurso Extraordinário nº 851.421/DF. No mérito, pleiteia a declaração de procedência do pedido, confirmando-se a liminar deferida.

2. A controvérsia envolve a redação originária da Lei nº 4.732, de 2011, e as alterações resultantes da Lei nº 4.969, de 2012, ambas do Distrito Federal, por meio das quais foram previstas a suspensão da exigibilidade e, após encerrada esta, a remissão de créditos tributários relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, concernentes ao que deixou de ser recolhido aos cofres públicos em razão dos benefícios fiscais versados nas Leis nº 2.483/99 e nº 2.381/99.

A suspensão da exigibilidade seguida da remissão, estabelecida em favor dos contribuintes do Distrito Federal, teve motivo único: os aludidos benefícios fiscais foram reconhecidos como inconstitucionais, implicando saldo devedor do imposto estadual.

Com relação à Lei nº 2.483, o Supremo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.549/DF, da relatoria do ministro Ricardo

AC 3802 MC / DF

Lewandowski, Diário da Justiça de 3 de outubro de 2011, assentou a inconstitucionalidade, por afronta ao artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Carta da República, dos artigos 2º, inciso I, § 2º e § 3º, 5º, incisos I, II e III e parágrafo único, inciso I, 6º, e 7º § 1º e § 2º, no que conferidos benefícios fiscais sem prévio consenso, mediante convênio, dos Estados e do Distrito Federal. A decisão ficou assim resumida:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINARES DE INÉPCIA DA INICIAL, DE INCINDIBILIDADE DA LEI, E DE IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO DE DECRETO REGULAMENTAR REJEITADAS. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA PARCIALMENTE ACOLHIDA. DECRETOS ATACADOS QUE FORAM REVOGADOS OU CUJOS EFEITOS SE EXAURIRAM. CARÊNCIA SUPERVENIENTE DA AÇÃO. INTERESSE PROCESSUAL. UTILIZAÇÃO DE POLÍTICA DESONERATÓRIA PELO DF. ICMS. GUERRA FISCAL. ARTIGO 155, § 2º, INCISO XII, g , DA CF. LEI COMPLEMENTAR 24/75. NECESSIDADE DE CONSENSO DE TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. PARCIAL PROCEDÊNCIA.

[...]

VII - O art. 155, § 2º, inciso XII, g , da Constituição Federal dispõe competir à lei complementar, mediante deliberação dos Estados membros e do Distrito Federal, a regulamentação de isenções, incentivos e benefícios fiscais a serem concedidos ou revogados, no que diz respeito ao ICMS. Evidente necessidade de consenso entre os entes federativos, justamente para evitar o deflagramento da perniciosa guerra fiscal entre eles. À lei complementar restou discricionária apenas a forma pela qual os Estados e o Distrito Federal implementarão o ditame constitucional. A questão, por sua vez, está regulamentada pela Lei Complementar 24/1975, que declara que as isenções a que se faz referência serão concedidas e revogadas nos termos dos

AC 3802 MC / DF

convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal.

VIII - Necessidade de aprovação pelo CONFAZ de qualquer política extrafiscal que implique na redução ou qualquer outra forma de desoneração do contribuinte em relação ao ICMS. Precedentes do STF.

IX - O Decreto 20.957, de 13 de janeiro de 2000 teve os seus efeitos integralmente exauridos, enquanto que os Decretos 21.077/00, 21.082/00 e 21.107/00 foram revogados, fato que implicou na carência superveniente da ação. Interesse processual.

X - Parcial procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 2º, inciso I e seus §§ 2º e 3º; do artigo 5º, seus incisos I, II e III e seu parágrafo único, inciso I; do artigo 6º, na sua integralidade; e dos parágrafos 1º e 2º, do artigo 7º, todos da Lei 2.483, de 19 de novembro de 1999.

No tocante à Lei nº 2.381, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em diversas ações civis públicas, também por violação ao artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Carta de 1988, reconheceu a inconstitucionalidade da norma e declarou a nulidade de correlatos Termos de Acordo de Regime Especial – TARE. Essas decisões foram atacadas, por meio de extraordinários, pelos contribuintes e pelo Distrito Federal, sendo a mim distribuídos muitos dos agravos voltados ao trânsito desses recursos. Desprovi os Recursos Extraordinários com Agravo nº 788.299, 756.139, 753.280, e 751.175, em 19 de dezembro de 2013, tendo ocorrido o trânsito em julgado dos pronunciamentos sem interposição de regimental. Com relação aos Recursos Extraordinários com Agravo nº 752.603, 774.821 e 775.426, os contribuintes e o Distrito Federal formalizaram regimentais contra os atos de desprovimento. A Primeira Turma, por unanimidade, manteve-os em acórdãos, já transitados em julgado, que receberam as seguintes ementas:

LEGITIMIDADE ATIVA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL – POSSÍVEL LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. O Supremo, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 576.155/DF, relator ministro Ricardo Lewandowski, ocorrido em 12 de agosto de 2010, sob o ângulo da repercussão geral, assentou o cabimento de ação civil pública e a legitimidade do Ministério Público para buscar anulação de Termo de Acordo de Regime Especial – TARE formalizado pelo ente federativo e pelo contribuinte, presente violação ao patrimônio público. IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – BENEFÍCIO FISCAL – TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL – “GUERRA FISCAL” – INCONSTITUCIONALIDADE – PRECEDENTES. É inconstitucional a concessão unilateral de benefícios fiscais, ausente convênio interestadual prévio, por ofensa ao artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Carta da República. Precedentes: Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.548, relator ministro Gilmar Mendes, Diário da Justiça de 15 de junho de 2007, nº 2.352, relator ministro Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça de 9 de março de 2001, nº 2.357, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 7 de novembro de 2003, e nº 2.906, de minha relatoria, Diário da Justiça de 29 de junho de 2011. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA FÁTICA E LEGAL. Na origem, a natureza de benefício fiscal da concessão implementada veio a ser proclamada com base nos elementos fáticos constantes do processo e na legislação local. O recurso extraordinário não é meio próprio ao revolvimento da prova, também não servindo à interpretação de normas estritamente legais. MULTA – AGRAVO – ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Surgindo do exame do agravo o caráter manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 752.603/DF, de minha relatoria, Primeira Turma, Diário da

Justiça de 30 de abril de 2014)

IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – BENEFÍCIO FISCAL – TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL – “GUERRA FISCAL” – INCONSTITUCIONALIDADE – PRECEDENTES. É inconstitucional a concessão unilateral de benefícios fiscais, ausente convênio interestadual prévio, por ofensa ao artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Carta da República. Precedentes: Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.548, relator ministro Gilmar Mendes, Diário da Justiça de 15 de junho de 2007, nº 2.352, relator ministro Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça de 9 de março de 2001, nº 2.357, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 7 de novembro de 2003, e nº 2.906, de minha relatoria, Diário da Justiça de 29 de junho de 2011. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA FÁTICA E LEGAL. Na origem, a natureza de benefício fiscal da concessão implementada veio a ser proclamada com base nos elementos fáticos constantes do processo e na legislação local. O recurso extraordinário não é meio próprio ao revolvimento da prova, também não servindo à interpretação de normas estritamente legais. MULTA – AGRAVO – ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Surgindo do exame do agravo o caráter manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 774.821/DF, de minha relatoria, Primeira Turma, Diário da Justiça de 14 de maio de 2014)

IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – BENEFÍCIO FISCAL – TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL – “GUERRA FISCAL” – INCONSTITUCIONALIDADE – PRECEDENTES. É inconstitucional a concessão unilateral de benefícios fiscais, ausente convênio interestadual prévio, por ofensa ao artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Carta da República. Precedentes:

AC 3802 MC / DF

Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.548, relator ministro Gilmar Mendes, Diário da Justiça de 15 de junho de 2007, nº 2.352, relator ministro Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça de 9 de março de 2001, nº 2.357, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 7 de novembro de 2003, e nº 2.906, de minha relatoria, Diário da Justiça de 29 de junho de 2011. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA FÁTICA E LEGAL. Na origem, a natureza de benefício fiscal da concessão implementada veio a ser proclamada com base nos elementos fáticos constantes do processo e na legislação local. O recurso extraordinário não é meio próprio ao revolvimento da prova, também não servindo à interpretação de normas estritamente legais. MULTA – AGRAVO – ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Surgindo do exame do agravo o caráter manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 775.426/DF, de minha relatoria, Primeira Turma, Diário da Justiça de 5 de setembro de 2014)

Em síntese, por meio da Lei nº 4.732, de 2011, o Distrito Federal pretende perdoar dívidas tributárias surgidas em decorrência do gozo de benefícios fiscais, concedidos no âmbito da chamada “guerra fiscal do ICMS”, reconhecidos inconstitucionais mediante decisões judiciais transitadas em julgado, inclusive do Supremo. O legislador buscou legitimar benefícios fiscais estabelecidos em clara afronta à Carta de 1988.

O legislador distrital, olvidando pronunciamentos emanados do Judiciário e as disposições da Constituição da República, implementou nova desoneração relativa ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, sob a forma de suspensão da exigibilidade dos créditos, seguida de remissão, como meio de, na prática, restabelecer os efeitos dos benefícios fiscais das Leis nº 2.483 e nº 2.381, ambas de 1999, anteriormente declaradas inconstitucionais. Buscou, assim, tornar

AC 3802 MC / DF

legítima medida de “guerra fiscal”, “driblando” os atos formalizados em sede de controle tanto difuso como concentrado, do Supremo. Desprezou, em suma, a autoridade decisória do Tribunal Maior.

O Supremo já apreciou caso similar, tendo afastado prática legislativa da espécie. Na ocasião, esteve envolvida lei do Estado do Rio de Janeiro por meio da qual foi dispensado o pagamento de multa e de juros da mora relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, que passou a ser cobrado em virtude da suspensão de benefício fiscal por decisão do próprio Tribunal – Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.179/SP, da relatoria do ministro Carlos Velloso. Por unanimidade, o Pleno assentou tratar-se de “drible” à liminar deferida. O acórdão foi assim ementado:

[...]

GUERRA FISCAL PRONUNCIAMENTO DO SUPREMO DRIBLE. Surge inconstitucional lei do Estado que, para mitigar pronunciamento do Supremo, implica, quanto a recolhimento de tributo, dispensa de acessórios multa e juros da mora e parcelamento. Inconstitucionalidade da Lei nº 3.394, de 4 de maio de 2000, regulamentada pelo Decreto nº 26.273, da mesma data, do Estado do Rio de Janeiro. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.906/RJ, de minha relatoria, Diário da Justiça de 29 de junho de 2011)

Em voto como relator, fiz ver:

O Plenário, conforme o acórdão de folha 28 a 39, proclamou a inconstitucionalidade da Lei nº 2.273, de 27 de junho de 1994, regulamentada pelo Decreto nº 20.326, de 9 de agosto de 1994, ambos do Estado do Rio de Janeiro. A citada lei versava prazo especial para pagamento do Imposto sobre

AC 3802 MC / DF

Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Concluiu-se pela configuração de verdadeira guerra fiscal presente a norma da alínea “g” do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Carta Federal bem como a previsão do artigo 10 da Lei Complementar nº 24/75.

Essa decisão, de 13 de novembro de 2002, acabou por gerar a edição da lei atacada mediante esta ação direta de inconstitucionalidade, versando-se parcelamento do débito decorrente do pronunciamento judicial e exclusão de acessórios – multa e juros da mora. Tudo ocorreu ante a medida cautelar suspendendo a eficácia da citada Lei nº 2.273/94, que veio, alfim, a ser fulminada.

A toda evidência, está-se diante de diploma a merecer censura não só em razão do conflito com a Carta da República, considerada a denominada guerra fiscal, mas também do fato de haver implicado o drible a decisão liminar do Supremo. Em outras palavras, a lei ora impugnada e o decreto que a ela se seguiu mostraram-se viciados a mais não poder, porquanto revelaram desprezo à instituição maior que é o Supremo.

A inconstitucionalidade da Lei nº 4.732, de 2011, revela-se, assim, manifesta tanto por visar a legitimação de benefícios fiscais conferidos em clara “guerra fiscal”, vindo a tornar sem efetividade o comando constitucional do artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, como por afrontar a autoridade interpretativa e decisória do Supremo.

No mais, o vício não pode ser considerado superado em razão de a edição da lei impugnada ter sido previamente autorizada pelas demais unidades federativas, no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, por meio dos Convênios ICMS nº 84 e nº 86, de 2011. Esses atos normativos interestaduais não são capazes de tornar válidas normas nascidas inconstitucionais.

O Pleno, em 9 novembro de 2005, nos Recursos Extraordinários nº

AC 3802 MC / DF

390.840/MG, 357.950/RS, 358.273/RS, todos de minha relatoria, e 346.084/PR, relator ministro Ilmar Galvão, acórdão por mim redigido, proclamou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, por concluir ter a norma disciplinado a base de incidência da Cofins – receita bruta de qualquer natureza – em desconformidade com o previsto – faturamento – no artigo 195, inciso I, da Carta da República, na redação anterior à modificação introduzida pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Embora tenha sido reconhecido que o dispositivo atacado guardava harmonia com o texto do artigo 195, inciso I, modificado pela Emenda Constitucional nº 20, a maioria entendeu que o vício deveria ser assentado porque a emenda constitucional foi publicada posteriormente à Lei nº 9.718. Consignou a impossibilidade de validação superveniente pela citada emenda, declarando a inconstitucionalidade originária insuperável da norma impugnada. Quanto a essa vedação, ressaltei:

Descabe, também, partir para o que seria a reconstituição, a constitucionalização de diploma que, ao nascer, mostrou-se em conflito com a Constituição Federal. Admita-se a inconstitucionalidade progressiva. No entanto, a constitucionalidade posterior contraria a ordem natural das coisas. A hierarquia das fontes legais, a rigidez da Carta, a revelá-la documento supremo, conduz à necessidade de as leis hierarquicamente inferiores observarem-na, sob pena de transmutá-la, com nefasta inversão de valores. Ou bem a lei surge no cenário jurídico em harmonia com a Constituição Federal, ou com ela conflita, e aí afigura-se írrita, não sendo possível o aproveitamento, considerado texto constitucional posterior e que, portanto, à época não existia. Está consagrado que o vício da constitucionalidade há de ser assinalado em face dos parâmetros maiores, dos parâmetros da Lei Fundamental existentes no momento em que aperfeiçoado o ato normativo. A constitucionalidade de certo diploma legal deve se fazer presente de acordo com a ordem jurídica em vigor, da

AC 3802 MC / DF

jurisprudência, não cabendo reverter a ordem natural das coisas. Daí a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

Se uma emenda constitucional, fruto do exercício do poder constituinte derivado, não possui tal aptidão, o que dizer de Convênios firmados entre as unidades federativas? Ao permitir novas desonerações do imposto, o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, em verdadeiro “jeitinho”, acabou por favorecer a convalidação de normas do Distrito Federal produzidas em ofensa ao artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Carta. Autorizou tornar constitucional o que veio ao mundo eivado de nulidade, flexibilizando a Constituição Federal. O Supremo rechaçou tal poder ao constituinte derivado, devendo ser negado, com muito mais razão, ao Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.

Na prática, o aludido Conselho e o legislador do Distrito Federal modularam, no tempo, os efeitos das decisões de declaração de inconstitucionalidade, retirando-lhes a efetividade em relação aos fatos passados. Sem prejuízo de considerar ilegítima a técnica da modulação, em qualquer caso, consigno ser de competência exclusiva do Pleno do Supremo, no controle de constitucionalidade das leis, definir se deve utilizá-la, quando e em qual extensão.

Ressaltando o caráter preparatório do pleito, a flagrante inconstitucionalidade da Lei distrital nº 4.732, de 2011, e o possível prejuízo contra o Fisco no valor aproximado de dez bilhões de reais, tenho como subsistente a pretensão cautelar veiculada.

3. Implemento o efeito suspensivo ativo ao recurso extraordinário protocolado pelo autor visando impugnar o acórdão formalizado pelo Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, para suspender, por ora, os efeitos da Lei distrital nº 4.732, de 2011, e sobrestar

AC 3802 MC / DF

todos os processos tratando da matéria por esta disciplinada, até julgamento de mérito do Recurso Extraordinário nº 851.421/DF.

4. Submeto a análise desta cautelar ao Plenário, isso por versar, como pano de fundo, a inconstitucionalidade de ato normativo.

5. Insiram o tema constante do aludido extraordinário no Plenário Virtual, para a manifestação do Colegiado.

6. Citem o Distrito Federal.

7. Publiquem.

Brasília, 17 de abril de 2015.

Ministro MARCO AURÉLIO

Relator