

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
7.363 GOIÁS**

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

DECISÃO:

Vistos.

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

Eis o teor das normas questionadas:

Lei nº 21.670/22:

“Art. 5º Constituem receitas do FUNDEINFRA:

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

a) a fruição de benefício ou incentivo fiscal;

b) o contribuinte que optar por regime especial que vise ao controle das saídas de produtos destinados ao exterior ou com o fim específico de exportação e à comprovação da efetiva

ADI 7363 MC / GO

exportação; e

c) o imposto devido por substituição tributária pelas operações anteriores ser:

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

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

(...)

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

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

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

(...)

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

Lei nº 21.671/22:

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

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

ADI 7363 MC / GO

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

I - exigir o pagamento do ICMS relativo a cada operação ou prestação no momento da saída da mercadoria do estabelecimento remetente por meio de documento de arrecadação distinto, garantida a restituição do valor do imposto efetivamente pago após a comprovação da efetiva exportação; e

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

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

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

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

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

ADI 7363 MC / GO

'Art. 50. ...

§ 1º ...

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

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

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

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

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

...

V - ...

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

...' (NR)

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

'Art. 2º ...

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

ADI 7363 MC / GO

artigo:

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

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

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

...’ (NR)

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

‘Art. 2º ...

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

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

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

ADI 7363 MC / GO

2026”.

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

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

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

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

No tocante ao mérito, o requerente desenvolve aquelas argumentações (acima resumidas) em oito tópicos.

No primeiro, defende haver inconstitucionalidade formal por ter o art. 5º, I e parágrafo único, da Lei nº 21.670/22, criado nova espécie tributária. Entende que a contribuição referida nesse dispositivo é compulsória, por ser condição **sine qua non** para que o contribuinte goze de regimes de benefícios ou incentivos fiscais, de controle de exportações e de substituição tributária pra trás. Afirma, contudo, que tal contribuição não encontra respaldo nos impostos previstos como de competência dos estados-membros, nas taxas ou nas contribuições de melhorias. De sua

ADI 7363 MC / GO

óptica, também não é possível enquadrar a contribuição em tela como adicional de ICMS para fundo de combate à pobreza, como contribuição para custeio de regime próprio de previdência social ou como empréstimo compulsório.

No segundo, defende ter havido ofensa à noventena e à não surpresa. Indica que as leis impugnadas foram publicadas no Diário Oficial estadual em 6/12/22, sendo que a Lei nº 21.670/22 entrou em vigor em 1º/1/23. Quanto à Lei nº 21.671/22, aduz que ela, embora tenha passado a vigorar na data de sua publicação, foi regulamentada em 30/12/22 e disciplinada, quanto à forma de lançamento e recolhimento da exação, por meio das IN's SEE/GO nº 1.542/2023 e 1.543/2023, baixadas em 6/1/23, quando teria passado a lei em questão a efetivamente produzir seus efeitos. Nessa toada, entende que a contribuição ao FUNDEINFRA somente poderia ser cobrada quanto aos fatos geradores ocorridos a partir de abril de 2023. Se for considerada a data de publicação de tais leis, a cobrança só seria permitida a partir de 7/3/23, “o que torna inviável a exigência das competências de janeiro e fevereiro e limita em parte as operações relativas ao período de março, cujo vencimento se dará em 20 de abril de 2023”.

No terceiro, indica ter havido instituição de condição para o regime de substituição tributária não prevista em lei complementar. Nesse ponto, diz que, caso se entenda que inexistiu nova espécie tributária, a contribuição ao FUNDEINFRA seria nova parcela de ICMS. Aponta que compete à lei complementar tratar de substituição tributária. Contudo, indica que não se depreende da Lei Kandir qualquer autorização para que os estados criem condição de ordem pecuniária (compulsória ou facultativa) para adoção de tal técnica de tributação.

No quarto, defende haver violação da proibição da vinculação de receita tributária a fundo e ofensa à repartição de receita tributária do ICMS com os municípios. Na essência, consigna que as legislações questionadas “lançaram uma cortina de fumaça com essas condicionantes para esconder a vinculação das receitas do ICMS incrementada pela apropriação da repartição devida aos Municípios”.

ADI 7363 MC / GO

No quinto, diz que houve violação ao direito adquirido dos contribuintes e ao princípio da segurança jurídica, na medida em que as leis impugnadas ignoraram, ao exigirem a contribuição ao FUNDEINFRA, “investimentos realizados e outras eventuais contrapartidas e obrigações assumidas pelos contribuintes para gozo dos benefícios outorgados a prazo certo, bem como gera[ram], na prática, efeitos retroativos ao comando legal”.

No sexto, advoga que as leis deixaram de observar as regras de imunidade do ICMS sobre exportações. Destaca que, pela Lei nº 21.671/22, “caso não se opte pelo regime especial e conseqüente pagamento da contribuição do FUNDEINFRA, impõe-se o recolhimento do ICMS relativo a cada operação que envolva os produtos indicados nos incisos do art. 79-A do CTE no momento da saída para o exterior da mercadoria do estabelecimento remetente”. Em seu modo de ver, isso viola o art. 155, § 2º, X, a, do texto constitucional.

No sétimo, versa sobre a violação da isonomia tributária, da não discriminação quanto à origem ou ao destino de bens ou serviços, da livre concorrência e da neutralidade tributária.

No último tópico, registra que falta razoabilidade e proporcionalidade nas legislações questionadas. Afirma que o legislador estadual, em tempos de grave crise financeira que alcança o setor produtivo, restringiu benefícios e incentivos fiscais e impôs requisitos para gozo da imunidade tributária já referida. Entende ter havido abusiva intromissão do Estado na esfera privada.

A requerente sustenta estarem presentes os requisitos para a medida cautelar. Alega que o **fumus boni iuris** está sobejamente demonstrado. Quanto ao **periculum in mora**, indica que a medida cautelar é indispensável para evitar que o setor produtivo fique sujeito a deveres e sanções indevidos e que haja o efeito multiplicador. Ressalta que a saúde fiscal do Estado de Goiás teria mostrado considerável melhoras nos últimos tempos.

Por arrastamento, diz que são inconstitucionais o Decreto nº 10.187/22

ADI 7363 MC / GO

e as Instruções Normativas SEE/GO nº 1.542/2023 e 1.543/2023.

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

No mérito, pede a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 5º, I e parágrafo único, e 12 da Lei nº 21.670/22, dos arts. 1º a 5º da Lei nº 21.671/22 bem como do Decreto nº 10.187/22 e das IN's SEE/GO nºs 1.542/23 e 1.543/23. Sucessivamente, pede a declaração de inconstitucionalidade do Convênio ICMS nº 42/16.

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

No mérito, ressalta que as leis impugnadas criaram contribuição meramente facultativa, destinada a fundo de investimento em infraestrutura, e instituíram o FUNDEINFRA. Afirma que “a técnica legislativa utilizada para a criação da contribuição consiste em simples ‘**pick and choose**’ (escolha pontual dentro de um grupo) de diferentes benefícios fiscais ou regimes especiais de fiscalização (no mister da arrecadação tributária) para condicioná-los à contribuição ao fundo destinado a investimento em infraestrutura”. Menciona o Convênio ICMS nº 42/16 e alega que o fundo é mera especialização financeira. Assevera que “Partindo-se da ótica (política) de que a finalidade do FUNDEINFRA não é alcançável por intermédio de mera destinação orçamentária, inexistente óbice à sua criação”.

ADI 7363 MC / GO

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

Decido.

Inicialmente, verifica-se estar presente o requisito da pertinência temática. Como se sabe, a Confederação Nacional da Indústria é confederação sindical de âmbito nacional e representa o setor secundário da economia. As normas impugnadas, por seu turno, atingem empresas industriais estabelecidas no Estado de Goiás, especialmente as ligadas aos setores agroindustrial e minerário.

Visto isso, adianto que estão presentes os requisitos para o deferimento de medida cautelar.

Resumidamente, a Lei nº 21.670/22 criou o Fundo Estadual de Infraestrutura (FUNDEINFRA) para “captar recursos financeiros destinados ao desenvolvimento econômico do Estado de Goiás”. O fundo em questão tem por objetivos gerar recursos advindos, além de outras fontes, da produção agrícola, pecuária e mineral bem como implementar, em tal unidade, determinadas políticas e ações administrativas.

Uma das receitas do FUNDEINFRA é a contribuição a que se refere o art. 5º, I, daquela lei, exigida no âmbito do ICMS como condição para: a) a fruição de benefício ou incentivo fiscal relativos ao imposto; b) o

ADI 7363 MC / GO

contribuinte optar por regime especial relacionado ao controle de exportações de produtos (as quais, vale lembrar, gozam da imunidade quanto ao tributo); c) o ICMS-ST relativo a operações anteriores ser (1) pago pelo contribuinte credenciado para tal fim por ocasião da saída subsequente; ou (2) apurado juntamente com aquele devido pela operação de saída própria do estabelecimento eleito substituto, o que resultará um só débito por período.

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

Pois bem. Em relação ao **fumus boni iuris**, anote-se que consoante a firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o teor do art. 167, IV, da Constituição Federal, é inconstitucional a vinculação de receita de impostos, no que se inclui a receita de ICMS, a órgão, fundo ou despesa (exceto nos casos permitidos pelo próprio texto constitucional). Diversos são os precedentes da Corte nos quais se verificou essa inconstitucionalidade, como, por exemplo, a ADI nº 1.689/PE, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Sydney Sanches**, DJ de 2/5/03; ADI nº 2.529/PR, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 6/9/07; e a ADI nº 422/ES, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 9/9/19. Por ser esclarecedor, transcrevo trecho do voto proferido por Sua Excelência nesse último caso:

“Tendo em vista esse desenho institucional para a separação de poderes, a Constituição Federal, no artigo 167, IV, veda a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. Confira-se a redação original do dispositivo, cuja parte inicial foi mantida *ipsis litteris* pelo constituinte reformador:

‘Art. 167. São vedados:

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e

ADI 7363 MC / GO

159, a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado pelo art. 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º;

Por engessar o administrador público, as normas que determinam a vinculação de receitas de impostos devem ser excepcionais. É que, via de regra, espera-se que o Estado aplique os recursos de receita pública consoante critérios de conveniência e necessidade, informados pelos anseios democráticos da plataforma política que o elegeu. A liberdade e flexibilidade garantem, ainda, o custeio das despesas urgentes, imprevistas ou extraordinárias, que se façam necessárias ao longo do exercício financeiro”.

Ainda nesse contexto, insta realçar que a tal indevida vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa pode se dar não só de maneira direta, mas também indiretamente. Em ambos os casos há inconstitucionalidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a propósito, é clara no que diz respeito à última hipótese (de vinculação indireta).

Por exemplo, na ADI nº 3.576/RS, o Tribunal Pleno reconheceu a inconstitucionalidade, por violação do art. 167, IV, da Constituição Federal, de norma de determinada unidade federal, a qual previa que, caso a empresa contribuísse para determinado fundo (a fim de participar de programas estaduais de custeio e de investimento em ações sociais e em infraestrutura), poderia ela compensar, por meio de um “crédito fiscal presumido” de ICMS, o valor depositado em tal fundo. Entendeu a Corte que, ao cabo, existiria nesse caso, de modo disfarçado, um redirecionamento ao fundo de recursos advindos do tributo.

O julgado foi assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI

ADI 7363 MC / GO

ESTADUAL 12.223, DE 03.01.05. FUNDO PARTILHADO DE COMBATE ÀS DESIGUALDADES SOCIAIS E REGIONAIS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CONCESSÃO DE CRÉDITO FISCAL PRESUMIDO DE ICMS CORRESPONDENTE AO MONTANTE DESTINADO AO FUNDO PELAS EMPRESAS CONTRIBUINTES DO REFERIDO TRIBUTO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE PEDIR ABERTA. ART. 167, IV, DA CARTA MAGNA. VINCULAÇÃO DE RECEITA PROVENIENTE DA ARRECADAÇÃO DE IMPOSTO A FUNDO ESPECÍFICO. VEDAÇÃO EXPRESSA. 1. Alegação de ofensa constitucional reflexa, manifestada, num primeiro plano, perante a LC 24/75, afastada, pois o que se busca, na espécie, é a demonstração de uma direta e frontal violação à norma expressamente prevista no art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal, que proíbe a outorga de isenção, incentivo ou benefício fiscal em matéria de ICMS sem o consenso da Federação. Precedentes: ADI 1.587, rel. Min. Octavio Gallotti, e ADI 2.157-MC, rel. Min. Moreira Alves. 2. O Diploma impugnado não representa verdadeiro e unilateral favor fiscal conferido a determinado setor da atividade econômica local, pois, conforme consta do caput de seu art. 5º, somente o valor efetivamente depositado a título de contribuição para o Fundo criado é que poderá ser deduzido, na forma de crédito fiscal presumido, do montante de ICMS a ser pago pelas empresas contribuintes. 3. **As normas em estudo, ao possibilitarem o direcionamento, pelos contribuintes, do valor devido a título de ICMS para o chamado Fundo Partilhado de Combate às Desigualdades Sociais e Regionais do Estado do Rio Grande do Sul, compensando-se, em contrapartida, o valor despendido sob a forma de crédito fiscal presumido, criaram, na verdade, um mecanismo de redirecionamento da receita de ICMS para a satisfação de finalidades específicas e predeterminadas, procedimento incompatível, salvo as exceções expressamente elencadas no art. 167, IV, da Carta**

ADI 7363 MC / GO

Magna, com a natureza dessa espécie tributária. Precedentes: ADI 1.750-MC, rel. Min. Nelson Jobim, ADI 2.823-MC, rel. Min. Ilmar Galvão e ADI 2.848-MC, rel. Min. Ilmar Galvão. 4. Ação direta cujo pedido se julga procedente” (ADI nº 3.576/RS, Tribunal Pleno, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJ de 2/2/07).

De modo convergente, na ADI nº 3.550/RJ, de minha relatoria, o Tribunal Pleno reconheceu a inconstitucionalidade, também por ofensa ao art. 167, IV, da Constituição Federal, de norma de outra unidade federada que concedia créditos presumidos de ICMS a contribuintes que destinassem, **voluntariamente**, recursos para fundo de aplicações econômicas e sociais de tal unidade.

Transcrevo trecho do voto que proferi na apreciação dessa ação direta:

“No mérito, a questão fundamental é saber se esse mecanismo de concessão de créditos presumidos de ICMS importa, mesmo que por via transversa, em vinculação de receita de imposto a fundo, situação expressamente vedada pelo art. 167, inciso IV, da Constituição Federal, que dispõe:

(...)

Trata-se do princípio da não afetação de impostos, como forma de preservação da flexibilidade orçamentária, garantindo que o legislador orçamentário disponha dos recursos públicos com liberdade, de acordo com as necessidades existentes. (...)

No presente caso, confirmam-se os seguintes esclarecimentos da Advocacia-Geral da União:

‘O FAES foi instituído no âmbito da AGÊNCIA FAES, destinando-se à implementação das medidas previstas no art. 6º da Lei nº 4.546, de 2005, do Estado do Rio de Janeiro, quais sejam:

‘Art. 6º (...)

ADI 7363 MC / GO

I – programas de investimentos em infraestrutura, ações econômicas e sociais, outras de qualquer natureza, bem como na manutenção do equilíbrio fiscal do Estado do Rio de Janeiro.

II – programas, projetos, atividades, ações e serviços, na manutenção e desenvolvimento de atividades necessárias do funcionamento do Estado do Rio de Janeiro.’

As receitas do FAES, de acordo com o art. 7º da respectiva Lei, são as seguintes:

‘Art. 7º (...)

I – contribuições voluntárias de empresas interessadas em participar, mediante Termos de Acordo, dos programas e ações objeto do art. 2º desta Lei;

(...)

Mais à frente, o art. 12 e seus parágrafos estabelecem a sistemática dos créditos de ICMS decorrentes de contribuição para o FAES, mediante autorização expressa em ‘Termos de Acordo’ com o direito de compensação ‘(...) através de escrituração em livros fiscais e independentemente de autorização específica, para fins de, por confronto, promoverem a extinção de obrigações tributárias (...).’ [§1º].

Como se percebe, o ‘Termo de Acordo’ é, na verdade, um modo de recolhimento indireto do ICMS, via FAES, na medida em que gera crédito tributário em detrimento da Fazenda Pública Estadual, haja vista a possibilidade de compensação independentemente de autorização específica. Assim, o contribuinte do ICMS no Rio de Janeiro, tanto pode recolher diretamente aos cofres

ADI 7363 MC / GO

públicos o montante devido, como pode indiretamente pagar as respectivas obrigações tributárias mediante depósitos do montante que entender devido na conta corrente específica do FAES (art. 8º)” (fls. 42/43).

Como se vê, há **nítida vinculação indireta de receita de imposto a determinado fundo**, no caso do ICMS ao FAES, a qual é vedada pelo art. 167, IV, da Carta Magna.

(...)

Também não merece acolhida a alegação do governador do estado de que não haveria vinculação de receita de impostos, na medida em que as contribuições para o fundo constituiriam ‘doações (...) efetuadas, segundo livre opção do contribuinte, antes da ocorrência do fato gerador do ICMS’ (fl. 62).

Trata-se de argumento já rejeitado pela Corte. No julgamento da ADI nº 1.750/DF-MC, Relator o Ministro **Nelson Jobim**, DJ de 14/6/02, a questão foi diretamente enfrentada, tendo prevalecido o entendimento de que esse tipo de **vinculação indireta** da receita de impostos também é ofensivo ao art. 167, inciso IV, da Constituição, pois produz efeitos práticos equivalentes ao da vinculação direta, **engessando indevidamente o orçamento**.

Na realidade, conforme proclamou o Ministro **Eros Grau**, Relator do acórdão de mérito da ADI nº 1.750/DF, DJ de 13/10/06, a Corte considera ‘irrelevante se a destinação ocorre antes ou depois da entrada da receita nos cofres públicos’.

Ainda nesse mesmo sentido vai a ADI nº 3.576/RS, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJ de 2/2/07 (...).’.

Julgo, em sede de juízo perfunctório, que as disposições impugnadas, naquilo em que se conectam com a matéria relativa à contribuição destinada ao FUNDEINFRA, violam o art. 167, IV, do texto constitucional,

ADI 7363 MC / GO

por resultarem justamente em vinculação indireta de receita advinda do ICMS a tal fundo.

Também em sede de juízo perfunctório, considero inconstitucionais as novas condicionantes estabelecidas nas normas questionadas para o gozo da imunidade tributária prevista no art. 155, § 2º, X, a, da Constituição Federal, em razão de elas afetarem ou reduzirem, de maneira relevante, a própria efetividade do beneplácito constitucional. Atente-se, ainda, que, de acordo com o texto constitucional, compete apenas à lei complementar federal “regular as limitações constitucionais ao poder de tributar” (art. 146, II).

Quanto ao **periculum in mora**, também entendo estar ele presente. Como sustentou a Confederação Nacional da Indústria, o deferimento de medida cautelar “é indispensável para evitar que o setor produtivo seja sujeito a deveres fiscais e sanções indevidas, o que pode implicar a necessidade de ajuizamento de outras milhares de ações individuais com grave prejuízo ao próprio bom funcionamento do Poder Judiciário”. Afora isso, é importante chamar a atenção, como bem o fez a requerente, para o fato de que eventual inadimplemento quanto à contribuição questionada nos autos fará com que os contribuintes fiquem sujeitos a diversas complicações, afetando, negativamente, suas atividades e a própria cadeia econômica. Em suas palavras, na hipótese de inadimplemento, surgirão

“os mais diversos embaraços fiscais, econômicos e operacionais, tais como a impossibilidade do gozo do incentivo fiscal, a absorção de custo para fruição da imunidade do ICMS sobre operações de exportação sem garantia da restituição do valor despendido em tempo razoável e a maior oneração do contribuinte pela sua simples caracterização com substituto tributário em operação relacionada à mercadoria discriminada no Decreto Estadual”.

ADI 7363 MC / GO

Por fim, ressalto que não vislumbro, por ora, razões para se suspender a eficácia do art. 2º da Lei nº 21.671/22 na parte em que conferiu nova redação ao art. 2º, § 1º, I, da Lei nº 13.194/97. Registre-se que esse último dispositivo, em sua nova redação, faz menção ao FOMENTAR. Em razão da manutenção da eficácia de tal parte, faz-se necessário também manter, quanto a ela, a eficácia do art. 5º da Lei nº 21.671/22.

Ante o exposto, defiro em parte a medida cautelar, **ad referendum do Plenário**, para suspender a eficácia do art. 5º, I e parágrafo único, da Lei nº 21.670/22, dos arts. 1º; 2º, na parte em que conferiu nova redação ao inciso II do § 1º e ao § 1º-A do art. 2º da Lei nº 13.194/97; 3º e 4º da Lei nº 21.671/22 bem como, por arrastamento, do Decreto nº 10.187/22 e das Instruções Normativas SEE/GO nºs 1.542/23 e 1.543/2023.

Tendo em vista se tratar de referendo de medida liminar, o qual pode ser apresentado em mesa para julgamento independentemente de pauta (art. 21, XIV, RISTF), submeto esta decisão à referendo do Plenário na sessão virtual que se inicia **dia 14 de abril de 2023**.

Por razões de celeridade processual, intimem-se as partes, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República para que se manifestem, se o desejarem, antes do julgamento do referendo da presente cautelar, possibilitando ainda a apresentação de sustentação oral.

Brasília, 3 de abril de 2023.

Ministro DIAS TOFFOLI

Relator

Documento assinado digitalmente