

VOTO - VOGAL

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela **Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo**, em face da Resolução nº 13, de 2012, do Senado Federal, que estabeleceu “alíquotas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior”.

A transcrição da norma impugnada se mostra oportuna, *verbis* :

“ RESOLUÇÃO Nº 13, DE 2012.

Estabelece alíquotas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior.

O Senado Federal resolve:

Art. 1º **A alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior, será de 4% (quatro por cento).**

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se aos bens e mercadorias importados do exterior que, após seu desembaraço aduaneiro:

- I - não tenham sido submetidos a processo de industrialização;
- II - ainda que submetidos a qualquer processo de transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento, reacondicionamento, renovação ou recondicionamento, resultem em mercadorias ou bens com Conteúdo de Importação superior a 40% (quarenta por cento).

§ 2º O Conteúdo de Importação a que se refere o inciso II do § 1º é o percentual correspondente ao quociente entre o valor da parcela importada do exterior e o valor total da operação de saída interestadual da mercadoria ou bem.

§ 3º O Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) poderá baixar normas para fins de definição dos critérios e procedimentos a serem observados no processo de Certificação de Conteúdo de Importação (CCI).

§ 4º O disposto nos §§ 1º e 2º não se aplica:

I - aos bens e mercadorias importados do exterior que não tenham similar nacional, a serem definidos em lista a ser editada pelo Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior (Camex) para os fins desta Resolução;

II - aos bens produzidos em conformidade com os processos produtivos básicos de que tratam o Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, e as Leis nºs 8.248, de 23 de outubro de 1991, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 10.176, de 11 de janeiro de 2001, e 11.484, de 31 de maio de 2007.

Art. 2º O disposto nesta Resolução não se aplica às operações que destinem gás natural importado do exterior a outros Estados.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor em 1º de janeiro de 2013.

Senado Federal, em 25 de abril de 2012.

Senadora MARTA SUPLICY

Primeira Vice-Presidente do Senado Federal, no exercício da Presidência”

Em apertada síntese, a autora da ação sustenta que (eDoc. 01):

a. o Senado Federal teria extrapolado a autorização constitucional para a fixação de alíquotas interestaduais do ICMS, entabulando, via resolução, normas de proteção à indústria nacional;

b. por versar, segundo a autora da ADI, sobre a temática de concessão de incentivos fiscais pelas unidades federadas, veiculando a definição de sujeitos passivos e fatos geradores das novas alíquotas do ICMS, o instrumento adequado deveria ser a lei complementar; **c.** não competiria ao Senado Federal a criação de classes de alíquotas diferenciadas para determinados produtos ou serviços, com o objetivo de atingir outras finalidades (proteção da indústria nacional);

d. teria estabelecido alíquotas seletivas de ICMS levando em conta a origem de bens e mercadorias, contrariando o critério constitucional da seletividade e as normas - inclusive internacionais - que impedem a discriminação entre produtos nacionais e importados; e, por fim,

e. a resolução não teria densidade normativa suficiente para que suas disposições sejam autoaplicáveis e, por isso, delegou competência - que o Senado nem sequer possui - para órgãos do Poder Executivo (CONFAZ e CAMEX) editarem as regras necessárias à definição do campo de incidência da nova alíquota de ICMS, contrariando o princípio da reserva legal em matéria tributária e o postulado da separação de Poderes.

Convém registrar que a **Procuradoria-Geral da República** manifestou-se pela improcedência da ação, ao passo que a **Advocacia-Geral da União** pugnou pelo seu não conhecimento, em razão da ausência de procuração com poderes específicos e, no mérito, pela improcedência do pedido.

É breve o relatório.

Decido.

Primeiramente, quanto às preliminares suscitadas, comungo da compreensão do eminente Relator, Ministro Edson Fachin, no sentido de sua superação.

Avançando-se ao mérito da discussão, penso ser necessário situar a temática dos autos em seu contexto fático-temporal.

Isso porque o ato impugnado (Resolução nº 13, de 2012, do Senado Federal) visou a endereçar e superar problemática muito particular, que ficou conhecida na imprensa especializada e na doutrina como a “Guerra dos Portos”.

Com efeito, conforme abalizado resgate histórico oferecido por **Roberto Biava Júnior e Leonardo de Gregório**,

“[...] a “Guerra dos Portos” se constitui numa espécie de benefício fiscal comercial de ICMS desenhado especialmente para as empresas importadoras, em que normalmente alguns Estados, sem a aprovação prévia do Confaz, oferecem benefícios fiscais que combinam um diferimento ou suspensão de ICMS no momento do desembaraço aduaneiro (naquele Estado que concede o benefício fiscal), com posterior concessão de créditos de créditos fiscais (créditos presumidos ou outorgados) sobre o valor das operações de saída destas empresas importadoras, inclusive em relação a operações interestaduais. Isto na prática provoca que documentalmente o ICMS destacado e expresso nas notas fiscais de venda interestadual destas importadoras apresentem uma alíquota nominal (normalmente de 12%) superior à carga tributária efetivamente suportada por estas importadoras no Estado concessor do benefício fiscal (em geral, a carga tributária efetiva é de 3% ou 4% apenas).”

(BIAVA JÚNIOR, Roberto; GREGÓRIO, Leonardo de. **A Regulamentação da Resolução do Senado Federal 13/2012 pelo Confaz (Convênio ICMS 38/2013): o Combate aos Benefícios Fiscais Unconstitucionais da “Guerra dos Portos” e a Simplificação das**

Obrigações Acessórias em Atendimento aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Revista Dialética de Direito Tributário n. 227. São Paulo: Dialética. Ago 2014. p. 124).

Destaque-se, inicialmente, a percepção dos autores quanto à repercussão desse expediente nas operações interestaduais, sem descuidar de outros impactos, até mesmo mais amplos.

Continuam os autores:

“Basicamente, a “Guerra dos Portos” apresenta diversos danos relacionados ao pacto federativo brasileiro, que especialmente se resumem: “no comprometimento da receita pública dos Estados à margem da Lei de Responsabilidade Fiscal; no aviltamento das relações federativas; na perda de competitividade da indústria nacional; e no comprometimento dos empregos no país, por conta da transferência da produção do Brasil para o exterior” (*idem* . p. 125).

Destacando, igualmente, a repercussão nefasta da chamada Guerra dos Portos sob várias esferas macroeconômicas, assim se manifestou o então Senador **Romero Jucá** , um dos autores do Projeto de Resolução do Senado Federal nº 72/2010, que culminou, ao final, na Resolução SF nº 13, de 2012, ora questionada:

“Em total desrespeito às regras acima mencionadas, alguns Estados vêm concedendo benefícios às importações sem amparo no Convênio de que trata a referida Lei Complementar no 24, de 1975.

Segundo matéria publicada no “Valor Econômico” de 14/10/2010:

- Um levantamento encomendado pelo Instituto Aço Brasil (IABr) mostra que 13 Estados – SC, PR, GO, PE, TO, CE, PI, RJ, MS, MA, SE, BA e ES – oferecem benefícios fiscais para importações sem autorização do Confaz.

- Os incentivos vão desde postergação e reduções de base de cálculo do ICMS até o financiamento para pagamento do tributo. Na prática, os benefícios resultam em redução do imposto devido.

Os benefícios concedidos nesses moldes reduzem ou anulam a carga tributária do ICMS incidente sobre as importações, repercutem negativamente na economia do País, sob os seguintes aspectos:

a) aumento das aquisições de bens e mercadorias estrangeiros em detrimento dos produtos brasileiros;

b) não geração dos postos de trabalho correspondentes às mercadorias que deixaram de ser produzidas no País;

c) estruturação de operações visando ao aproveitamento dos benefícios indevidos, prejudicando o equilíbrio da concorrência;

d) insegurança nas decisões de investimento na produção nacional;

e) redução das receitas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme exposto no tópico a seguir, em prejuízo dos investimentos em saúde, educação e outras importantes áreas para a sociedade.

Nesse cenário, diante dos efeitos deletérios que tais circunstâncias resultam para a economia nacional, faz-se necessário a adoção de medidas urgentes e mitigadoras do problema. A introdução de alíquota zero nas operações interestaduais com mercadorias importadas do exterior desfaz o elemento estrutural que permite aos Estados oferecer as vantagens comparativas a esses produtos, resolvendo um dos graves problemas resultantes da guerra fiscal no ICMS." (Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/98788>> Acesso em: 07 Abr 2021)

A despeito de as consequências da prática serem plúrimas e, dentre elas incluam-se as repercussões negativas quanto à incidência interestadual do ICMS, parece-me que a solução exigia atitude singular, única, e, com as vênias de estilo, esta foi tomada a contento.

Com a devida vênias ao eminente Relator, **Ministro Edson Fachin**, e, repita-se, em que pesem as repercussões negativas lançarem seus efeitos sobre temas outros, inclusive tangenciando assuntos ligados ao comércio exterior e à proteção da indústria nacional, penso que a solução do complexo problema encontrou na Resolução nº 13/2012 do Senado Federal uma resposta adequada e dentro das balizas constitucionais.

A disciplina do tema é trazida pelo Art. 155, II e seu § 2º, IV, da CF/88, cuja redação dispõe:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...]

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**; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

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

[...]

IV - resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, **estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação ;**”

Digno de nota, como destaquei na transcrição, o fato de o inciso II do Art. 155 da Constituição Federal de 1988, a guiar, portanto, toda a disciplina que se segue em matéria de ICMS, expressamente afirmar sua aplicação “ **ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior** ”.

A passagem ganha relevância ante a alegada ofensa ao princípio constitucional da igualdade (Art. 5º), calcada no fato de o tratamento disciplinado na RSF nº 13, de 2012, referir-se a produtos originários do exterior. Penso residir neste preceito a autorização para tanto.

Como já fiz notar anteriormente, a Resolução se propõe a solucionar, mediante definição de alíquotas, repercussões negativas nas operações interestaduais - ainda que tenha alcançado repercussões outras e - *ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior* , nos exatos termos do comando constitucional destacado.

Levada ao extremo a pretensão de igualdade pugnada pela autora em matéria tributária, cairia por terra boa parte da tributação sobre o comércio exterior. Não é essa, penso eu, a melhor exegese. Há na própria Constituição as ressalvas necessárias à conjugação e à sistematicidade dos preceitos. O Art. 155, II, *in fine* , da CF/88 veicula, a meu sentir, respaldo à disciplina versada pela RSF nº 13, de 2012.

Avançando-se na temática, oportuno mencionar que o Senado Federal se desincumbiu de disciplinar as alíquotas interestaduais já em 1989, por ocasião edição da Resolução SF nº 22, de 1989.

Destaco que os desdobramentos fáticos e circunstanciais já apontados como embasadores da resolução impugnada nesta ADI, inexistentes em 1989 (ao tempo portanto da edição da RSF 22/1989), exigiram nova atuação por parte órgão representativo da federação em 2012.

Não encontro, no texto constitucional, vedação a que o Senado disponha novamente sobre a matéria, procedendo à recorte que buscou solucionar problemática afeta às alíquotas interestaduais, ainda que, por via de

consequência, tenha equacionado outros problemas com origem comum (defesa da indústria nacional, déficit na balança comercial, redução de receitas de outros entes federados, etc.)

Vale notar, a propósito, que este Supremo Tribunal já reputou inadequada a utilização de *convênio* e mesmo de *lei complementar* para veicular alíquotas cuja competência de fixação foi deferida pelo Constituinte ao Senado Federal, a se fazer expressar obrigatoriamente via Resolução:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS: PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS REMETIDOS PARA O EXTERIOR: NÃO INCIDÊNCIA. SEMI-ELABORADOS; INCIDÊNCIA. LEGITIMIDADE DO CONVÊNIO. C.F., art. 155, § 2º, X, "a". ADCT, art.34, § 8º. ALÍQUOTA: RESOLUÇÃO DO SENADO. C.F., art.155, § 2º, IV. INCIDÊNCIA do ICMS sobre os semi-elaborados definidos em lei complementar: C.F., art. 155, § 2º, X, a. Legitimidade do convênio para definir os semi-elaborados na falta da lei complementar, dado que se trata de incidência nova, já que a CF/67 não a previa. Por isso, não editada a lei complementar, no prazo de sessenta dias, necessária a efetivação da nova incidência, vale o convênio: ADCT, art. 34, § 8º II - Precedente do STF: RE 205634-RS. M. Corrêa, Plenário, 07.08.97. **III - Impossibilidade de a alíquota, nas operações de exportação, ser fixado pelo convênio. É que se à lei complementar não cabe fixar a alíquota, também não poderia fazê-lo o convênio. A fixação da alíquota, em tal caso, cabe ao Senado federal: C.F., art. 155, § 2º, IV. Essa fixação somente ocorreu com a Resolução nº 22, de 19.05.89.** Destarte, entre RE 1.03.89 a 31.05.89, não houve a incidência do ICMS na saída de produtos semi-elaborados remetidos para o exterior. IV - Recursos extraordinários não conhecidos.”

(RE 145491, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 01/12/1997)

O precedente guarda considerável importância para o deslinde da questão ora discutida. Isso porque tanto a definição de alíquotas aplicáveis às operações e prestações de *exportação* (situação versada no precedente transcrito), quanto as operações e prestações *interestaduais* (situação discutida nesta ADI) encontram fundamento no mesmo Art. 155, § 2º, IV, da CF/88, a exigir a edição de Resolução do Senado Federal.

Por dever de ofício e de forma a fomentar uma análise mais exauriente pelo Tribunal, há que se mencionar entendimento sutilmente diverso daquele acima transcrito.

Com efeito, em alguns julgados deste Supremo Tribunal, foi admitida, em período pretérito à edição da mencionada Resolução nº 22, de 1989, do Senado Federal, que Estados utilizassem resolução aprovada sob a ordem constitucional anterior a fim de servir de parâmetro às operações interestaduais. Assim, no RE 200799, Órgão julgador: Primeira Turma, Relator(a): Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, Julgamento: 01/06/1999, Publicação: 06/08/1999; no RE 141312 AgR, Órgão julgador: Primeira Turma, Relator(a): Min. **ROSA WEBER**, Julgamento: 29/05/2012, Publicação: 14/06/2012; e em **outros julgados**, esta Corte acabou admitindo a utilização da Resolução do Senado Federal 129/79 como limitador máximo da alíquota de exportação.

Observe-se que, mesmo nestes julgados, o prestígio dado foi à Resolução do Senado Federal (e não a *convênios* ou à *lei complementar*), e se ressaltar, penso eu, a adequação e correção daquela espécie normativa para a disciplina submetida à discussão do caso concreto.

Acrescente-se, por fim, a partir de leitura atenta e comparativa entre as disposições da Resolução Senado Federal nº 13, de 2012 e o Art. 155, § 2º, XII, da Constituição Federal de 1988, que a disciplina senatorial não invadiu a disciplina conferida pelo texto constitucional à lei complementar.

A transcrição desse último dispositivo me parece necessária:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...]

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

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

[...]

XII - cabe à lei complementar:

- a) definir seus contribuintes;
- b) dispor sobre substituição tributária;
- c) disciplinar o regime de compensação do imposto;
- d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços;

e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, "a"

f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias;

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b;”

Entendo, que a Resolução Senado Federal nº 13, de 2012, não desbordou da competência constitucional deferida pelo Art. 155, § 2º, IV, da Constituição Federal de 1988, tampouco adentrou, a meu sentir, em matérias para as quais a Constituição exige a disciplina mediante lei complementar (Art. 155, § 2º, XII, da CF/88).

Especificamente quanto à alínea “g”, a Resolução Senado Federal nº 13, de 2012, não regula a concessão ou revogação de qualquer benefício fiscal de ICMS, limitando-se a laborar dentro do mandato constitucional, qual seja: a fixação de alíquotas interestaduais relativamente a mercadorias e serviços oriundos do exterior.

Dispositivo

Por todo o exposto, voto por julgar **improcedente** a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, para reconhecer a constitucionalidade da Resolução Senado Federal nº 13, de 2012.