VOTO - VISTA

O Senhor Ministro Dias Toffoli:

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pela mesa diretora da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, tendo como objeto a Resolução nº 13, de 2012, do Senado Federal, que estabelece alíquotas de ICMS nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior.

Eis o teor do ato normativo questionado:

> "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.

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/09/2021

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."

Aduziu a requerente ter sido o ato normativo em questão editado com a finalidade de se proteger a indústria nacional, retirando o poder atrativo dos incentivos relativos ao ICMS.

De sua óptica, a competência outorgada ao Senado Federal pelo art. 155, § 2º, IV da Constituição Federal se limitaria à definição das alíquotas aplicáveis às operações e prestações interestaduais, com o objetivo de se repartir o ICMS entre os estados de origem e destino. Nesse sentido, defendeu que esse dispositivo não autoriza a Câmara Alta a criar normas para a condução de política fiscal ou industrial, a pretexto de se fixarem as mencionadas alíquotas. Sustentou a requerente que isso só pode ser feito mediante lei complementar.

Argumentou que, mesmo sendo isso permitido, a Constituição Federal proíbe tratamento tributário diferenciado em razão da procedência ou destino de bens e mercadorias e determina a observância do critério da essencialidade.

Também alegou que a resolução hostilizada não especifica as situações sujeitas à alíquota de 4%, contrariando a tipicidade cerrada. Sustentou ter havido delegação de competência legislativa, para o CONFAZ e a CAMEX estabeleçam, respectivamente, critérios para apuração do Conteúdo de Importação e para o exame de similaridade entre produtos nacionais e importados.

O Presidente do Senado Federal, nas informações por si prestadas, aduziu, preliminarmente, não ter a requerente legitimidade ativa ad causam, argumentando ser necessária decisão da mesa ou do Plenário da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo aprovando a propositura da ação direta.

No mérito, apontou que o art. 155, § 2º, IV da Constituição Federal, ao mencionar "alíquotas", teria conferido ao Senado Federal ampla liberdade para o tratamento da matéria, permitindo a adoção de diferentes alíquotas e critérios político-econômicos. Mencionou já ter havido fixação, em resoluções senatoriais, de alíquotas para operações interestaduais e para operações de exportação (Res. nº 22/89) bem como de alíquotas para a

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/08/2021

prestação de transporte aéreo interestadual de passageiros, carga e mala postal (Res. nº 95/96). Consignou que os estados portuários comumente se utilizam de isenções e incentivos fiscais para estimular a nacionalização de bens, serviços e mercadorias por seus territórios, prática que ultrapassaria a esfera de cada ente federado e afeta a economia nacional como um todo. Destacou que, no curso do processo legislativo, participaram do debate todos os entes federados e seguimentos da sociedade. Disse que a resolução seria constitucional mesmo se estabelecesse alíquota zero para as operações com bens e mercadorias importados, como se objetivava no início do projeto de resolução nº 72/10. Discorreu sobre a ausência de ofensa ao art. 152 da CF/88, o qual seria inaplicável aos poderes da União, inclusive ao do Senado Federal. Afirmou também que esse dispositivo não se aplicaria à tributação de bens e mercadorias importados e que não houve discriminação de produtos de um país ou de um grupo de países. Asseverou, ademais, que a resolução define o que é conteúdo de importação, tendo atribuído ao CONFAZ apenas a possibilidade de fixação de critérios e procedimentos para a certificação do conteúdo de importação. Quanto à atribuição ao CAMEX de editar lista com os bens e mercadorias do exterior que não tenham similar nacional, registrou que o raciocínio é similar ao que valida a norma penal em branco.

A manifestação do Advogado-Geral da União foi, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido.

O parecer do Procurador-Geral da República foi pela improcedência da ação.

Na sessão virtual de 23/4 a 30/4/21, o Relator, Ministro **Edson Fachin** , votou pelo conhecimento da ação direta e, no mérito, pela procedência do pedido, declarando a inconstitucionalidade da resolução atacada. Sua Excelência propôs a seguinte tese:

> "Viola o princípio da igualdade tributária resolução senatorial que, ao fixar alíquotas máximas para operações interestaduais tributadas por ICMS, nos termos do art. 155, § 2º, IV, da Constituição da República, desconsidera o princípio da seletividade e discrimina produtos em razão da origem".

O Relator, ademais, propôs a modulação dos efeitos da decisão, para que sua eficácia tivesse início a partir da publicação da decisão.

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/08/2021

O Ministro **Marco Aurélio** divergiu parcialmente, rejeitando a modulação dos efeitos da decisão.

O Ministro **Gilmar Mendes** divergiu do Relator, votando pela improcedência da ação direta e reconhecendo a constitucionalidade da resolução impugnada. Acompanharam Sua Excelência os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Também divergiu do Relator a Ministra **Cármen Lúcia** , votando pela improcedência da ação direta.

Pedi vista dos autos, para melhor apreciar a controvérsia.

É o relatório.

Desde já, peço vênia ao ilustre Relator, Ministro **Edson Fachin** , para acompanhar o voto proferido pelo Ministro **Gilmar Mendes** .

De início, afasto as questões preliminares suscitada pelo Presidente do Senado Federal e pelo Advogado-Geral da União, formuladas com base na argumentação de que faltaria a manifestação da mesa ou do Plenário da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo aprovando a propositura da ação direta ou a juntada de procuração com poderes específicos para se impugnar o diploma normativo hostilizado.

Como aduziu o Procurador-Geral da República, alegações nessa direção já foram refutadas pela Corte no exame da ADI nº 3.682, Relator o Ministro **Gilmar Mendes** . Cito trecho do voto de Sua Excelência no exame dessa ação direta:

> "Quanto às supostas irregularidades formais da representação da Assembleia apontadas pelas informações prestadas pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, ressalto trecho do cuidadoso parecer elaborado pelo Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza (fl. 119):
>
> 'A alegada ilegitimidade ativa do Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Mato Grosso, decorrente de não haver nos autos deliberação da Mesa daquele colegiado dando-lhe poder para ajuizar a presente ação direta, bate-se com a presunção de legitimidade que acompanha a iniciativa. Entre forma e substância, havemos de a esta preferir sempre que, na dúvida entre ambas, seja o meio adequado para atingir a finalidade do instituto jurídico. O princípio da supremacia da Constituição é o objetivo das ações de

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/08/2021

fiscalização abstrata de constitucionalidade, havendo de nortear a exegese.'

De toda forma, a petição inicial está devidamente instruída com cópia do art. 24 da Constituição estadual, que, em seu § 1º, dispõe que 'o Presidente representará a Assembléia Legislativa em Juízo e fora dele e presidirá as sessões plenárias e as reuniões da Mesa do Colégio de Líderes'".

No presente caso, a própria petição inicial indica que a Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo está "representada pelos Deputados ao final indicados, (...) assistidos pelo Procurador-Geral (doc. 2)". Assinaram a petição inicial o Presidente, o 1º Secretário e o Procurador-Geral da Assembleia Legislativa.

A respeito das atribuições do Presidente, **vide** os arts. 22 e 23 do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado do Espirito Santo, acostado aos autos.

Passo a tratar do mérito da ação direta.

A controvérsia gira em torno do art. 155, § 2º, IV, da Constituição Federal, que prevê a competência do Senado Federal para estabelecer as alíquotas de ICMS aplicáveis às operações e prestações interestaduais.

Eis o teor desse dispositivo:

"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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

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** ;" (grifo nosso).

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/08/2021

As alíquotas interestaduais do ICMS são fixadas pelo Senado Federal de modo a, tradicionalmente, se distribuir, de forma equânime, a receita oriunda desse imposto entre o estado de origem e o estado de destino.

Segundo a redação originária do texto constitucional, quando o destinatário da mercadoria ou do serviço tributável pelo ICMS fosse contribuinte do imposto, o estado de origem ficava com o montante relativo à aplicação da alíquota interestadual, fixada pelo Senado Federal; e o estado de destino ficava com o montante atinente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual. Se o destinatário não fosse contribuinte do imposto, o estado de origem ficava com a integralidade do ICMS incidente na operação, adotando-se a alíquota interna.

Com a EC nº 87/15, houve alteração nesse quadro. A partir dessa emenda, e respeitada as regras de transição, o ICMS passou a ser sempre dividido entre o estado de origem e o estado de destino, quer o destinatário seja contribuinte do imposto, quer não o seja. Fica com o estado de origem o montante relativo à aplicação da alíquota interestadual; fica com o estado de destino o montante concernente à diferença entre a alíquota interna (do estado de destino) e a alíquota interestadual.

Como se sabe, a Resolução nº 22/89 do Senado Federal foi a primeira a fixar as alíquotas interestaduais do ICMS, sendo elas, basicamente, duas: a de 12%, como regra, ou a de 7% (a partir de 1990), nas operações e prestações realizadas nas Regiões Sul e Sudeste, destinadas às Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e ao Estado do Espírito Santo. A mesma resolução ainda previu a alíquota de 13% no tocante às operações para o exterior (anote-se que, atualmente, as operações que destinem mercadorias para o exterior e os serviços prestados a destinatários no exterior são imunes ao ICMS, em razão da EC nº 42/03).

A Resolução nº 95/96, fixou a alíquota de ICMS de 4% na prestação de transporte aéreo interestadual de passageiro, carga e mala postal .

Por sua vez, a Resolução nº 13/12, ora questionada, fixou alíquota de ICMS de 4% quanto às operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior. Do processo legislativo (PRS nº 72/10) do qual resultou esse ato normativo se depreende que ele, embora afete a distribuição de receitas oriunda de ICMS entre os estados e o Distrito Federal, resultou do objetivo de se adotar medida contra a guerra dos portos, espécie de guerra fiscal.

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/08/2021

Nesse contexto, anote-se que, até o advento dessa resolução, era comum estados portuários concederem benefícios fiscais relativos aos ICMS (usualmente, sem autorização do CONFAZ), de modo que o comerciante nele estabelecido, ao vender a mercadoria importada a destinatário localizado em outro estado, pagasse ao estado de origem (o estado portuário) montante menor do que aquele correspondente à alíquota de 12% ou de 7%, previsto na Resolução nº 22/89. Em razão desse fator e de outros dele decorrentes, as mercadorias nacionais correspondentes à mercadoria importada acabavam perdendo competitividade; as mercadorias estrangeiras passavam a ser adquiridas, em maior proporção, no estado portuário; postos de trabalho relativos à produção das mercadorias nacionais deixavam de ser gerados; etc.

A Resolução nº 13/12, ao reduzir a alíquota interestadual de ICMS para 4% nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior, dificultou a concessão, pelo estado de origem (o estado portuário), de benefícios fiscais relativos a esse imposto. Buscou, assim, combater a guerra fiscal mencionada.

A respeito desse assunto, vale conferir a manifestação do Sr. Nelson Barbosa, Secretário-Executivo do Ministério da Fazenda, durante a discussão do PRS nº 72/10:

> "Bom, hoje, o ICMS interestadual é regulado, fixado por uma resolução do Senado; a alíquota geral é de 12%; então, quando um produto sai de um Estado A e vai para o Estado B e, no Estado B, a alíquota é de 18%, você paga 12% para o Estado de onde saiu a mercadoria e os outros 6% você paga onde foi feita a venda. É assim que funciona.
>
> (...)
>
> [A]lguns Estados concedem incentivos às importações para atrair as importações para os seus portos. Esses incentivos têm a forma ou de um crédito presumido ou de um diferimento no pagamento. Num crédito presumido o Estado basicamente chega e diz: 'O ICMS você tem que pagar aqui, por exemplo, é 12%, mas eu vou te dar um crédito presumido e na verdade você paga 3%,(...), paga menos.'
>
> Qual o problema? Quando essa mercadoria sai desse Estado e vai para o outro Estado, sai na nota, ela gera um crédito de 12%. Então, na prática, quando ele vai ser vendido em outro Estado, a firma apresenta um comprovante ou um direito de que pagou integralmente o ICMS no porto no qual entrou, mas na verdade, houve um crédito presumido, ela acabou pagando menos.

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/08/2021

(...)

Essas iniciativas (...) fazem todo sentido do ponto de vista estadual, (...) mas quando você pega o Brasil como um todo ela acaba gerando um efeito nocivo. Por quê?

Porque você está dando um incentivo, na prática uma redução de tributação, está reduzindo o ICMS, incidente sobre importações que vão ser vendidas em outros Estados. Quando você pega o Brasil como um todo isso diminui muito a competitividade das nossas empresas, principalmente das indústrias brasileiras. Nesse momento em que temos uma forte apreciação cambial, há um aumento muito forte da concorrência internacional, principalmente vindo da Ásia com produtos importados, esse tipo de incentivo que não é uma coisa nova, há incentivos que estão desde a década de 70. Mas nesse contexto atual de maior concorrência internacional e apreciação cambial chegamos a um ponto em que esses incentivos estão começando a gerar efeitos nacionais prejudiciais. Esses incentivos são iniciativas estaduais e a solução desse problema tem que ser federal, uma solução pelo Senado Federal, uma solução com representantes de todos os Estados".

Corroborando a compreensão de que a resolução hostilizada adveio do objetivo de se adotar medida contra a guerra dos portos, confira-se trecho de doutrina:

"Uma das manifestações da "guerra fiscal" é o que vem sendo convencionado pela doutrina como "guerra dos portos". Nela, alguns Estados instituem incentivos fiscais – sem a aprovação de Convênio pelo Confaz – na incidência do ICMS sobre a importação e sobre operações interestaduais com mercadorias importadas. [...] Tais incentivos... além de implicarem insegurança jurídica e desrespeito ao pacto federativo, afetam negativamente os cofres públicos de outros Estados e provocam um aumento indireto da carga tributária para a parte da coletividade não beneficiada. [...] Daí a relevância da Resolução do Senado Federal n. 13/2012, como instrumento jurídico preordenado a neutralizar a "guerra dos portos". Em linhas gerais, tal ato normativo institui uma alíquota unificada de 4% para as operações interestaduais com mercadorias importadas do exterior que não tenham sofrido processo de industrialização ou com conteúdo de importação superior a 40%. Em outras palavras, por intermédio de resolução, o Senado Federal alterou substancialmente o aspecto quantitativo (alíquota) da regra-matriz de incidência do ICMS, no tocante às operações interestaduais de circulação de mercadorias importadas. Esse esforço visa justamente suprimir as vantagens

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/08/2021

> decorrentes dos benefícios fiscais concedidos unilateralmente na importação".

A respeito da possibilidade de se adotar alíquota interestadual de ICMS diferenciada quanto a operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior, por meio de Resolução do Senado Federal, considero isso possível.

Vale lembrar que a Carta Federal de 1969, ao tratar do ICM, determinou que o imposto fosse uniforme "para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais" e exigiu convênio interestadual para que os estados concedessem isenções relativas ao imposto. Com a EC nº 23/83, se determinou que o ICM deveria ser uniforme também nas operações interestaduais realizadas com consumidor final.

A Constituição Federal de 1988 não contém norma análoga a essas, indicando que o ICMS deve ser, necessariamente, uniforme nas operações interestaduais. Se depreende dos debates durante a Assembleia Nacional Constituinte que a adoção desse tipo de norma foi evitada. Sobre o assunto, **vide** trecho da exposição do Professor de Direito Financeiro da Universidade de Brasília, Dr. Osiris de Azevedo Lopes Filho, na Subcomissão de tributos, participação e distribuição das receitas:

> "Uma das ineficácias de nossa Constituição [de 1969] é exatamente o ICM, porque ela diz que o ICM tem alíquota uniforme, em razão da natureza do produto, e a diferencia conforme a destinação – se é venda no Estado, interestadual ou de exportação. Mas quem examinar as pautas do Conselho de Política Fazendária verá que as alíquotas efetivas dos tributos decorrentes da série de benefícios fiscais, incentivos, isenções, reduções de base de cálculo, deferimento de pagamento, na realidade são múltiplas. Então, não adianta colocar na Constituição uma coisa que já se sabe que não será praticada".

Aliado àquele contexto da guerra dos portos, pode, portanto, o Senado Federal, ao tratar do art. 155, § 2º, IV, da Constituição Federal, adotar alíquotas diferenciadas de ICMS em relação às operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior.

A respeito da alegada violação da tipicidade cerrada, tendo presente a alegada "delegação" de competências ao CONFAZ e à CAMEX, verifica-se que também não merece ser ela acolhida.

Plenário Virtual - Minuta de voto - 06/08/2021

Em primeiro lugar, registre-se que o próprio ato normativo questionado já estabelece o que se deve considerar como "conteúdo de importação": trata-se de "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".

Em segundo lugar, a resolução atribuiu ao CONFAZ apenas a possibilidade de fixação de critérios e procedimentos a serem observados no processo de certificação do conteúdo de importação. Pretende-se, com isso, conferir tratamento nacional uniforme a esse assunto.

No que diz respeito à atribuição da CAMEX de definir os bens e mercadorias do exterior que não tenham similar nacional, verifica-se que, com o exercício dessa atribuição, há a complementação da resolução. Note-se, ademais, que é razoável presumir que a CAMEX possui grande proximidade com a realidade fática subjacente à matéria em questão além de ter competência técnica para realizar aquela definição.

A respeito do tema, transcrevo trecho do parecer do Procurador-Geral da República:

> "39. Coube ao Confaz apenas a possibilidade de fixação de critérios e procedimentos para a certificação do conteúdo de importação, de modo a conferir tratamento uniforme à questão em todo o território nacional.
>
> 40. Quanto à atribuição à Camex da competência para definir os bens e mercadorias do exterior que não tenham similar nacional, verifica-se tratar-se de mera complementação à resolução senatorial, que não interfere no conjunto das características necessárias à sua configuração lógica nem impede a sua aplicação imediata".

Como se nota, a atribuição de competências ao CONFAZ e à CAMEX resulta do objetivo de se otimizar a própria finalidade da resolução.

À luz do contexto acima, pode-se afirmar que o diálogo da resolução em tela com o CONFAZ e a CAMEX se deu em termos de subordinação, desenvolvimento e complementariedade. Como aduziu o Ministro **Roberto Barroso** , entendimento como esse já foi aplicado pela Corte no julgamento do Tema nº 540, RE nº 704.292/PR, de minha relatoria, DJe de 3/8/17.

Dispositivo

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/08/2021

Ante o exposto, pedindo, mais uma vez, vênia ao ilustre Relator, Ministro **Edson Fachin** , acompanho o voto proferido pelo Ministro **Gilmar Mendes e** julgo **"** improcedente a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, para reconhecer a constitucionalidade da Resolução Senado Federal nº 13, de 2012".

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 06/08/2021