V O T O - V O G A L

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:

Plenário Virtual - minuta de voto - 26/04/21 20:59

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.

Plenário Virtual - minuta de voto - 26/04/21 20:59

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**

Plenário Virtual - minuta de voto - 26/04/21 20:59

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 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 Pais, 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;

Plenário Virtual - minuta de voto - 26/04/21 20:59

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 incluírem-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 vênia 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:

[...]

Plenário Virtual - minuta de voto - 26/04/21 20:59

> 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

Plenário Virtual - minuta de voto - 26/04/21 20:59

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 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.

Plenário Virtual - minuta de voto - 26/04/21 20:59

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)* , a 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;

Plenário Virtual - minuta de voto - 26/04/2013 20:59

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.

Plenário Virtual - minuta de voto - 26/04/21 20:59