V O T O

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator): Inicialmente, impende enaltecer o desempenho do mister institucional pelos causídicos de vocações públicas e privadas que atuaram nesta demanda, dotada da mais alta sensibilidade federativa e fiscal. Nesta oportunidade, também se saúda a Presidência deste Egrégio Tribunal pela oportunidade e conveniência do debate jurisdicional em tela.

Conforme relatado, trata-se de questionamento acerca da higidez constitucional da Resolução 13/2012 do Senado Federal, aprovada por 56 votos favoráveis a 12 contrários em 25.04.2012, com publicação no DOU veiculado no dia seguinte.

Originou-se do Projeto de Resolução do Senado 72/2010, o qual estabelecia novo regramento para as alíquotas do ICMS nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados. Na proposta inaugural, almejava-se reduzir a zero a alíquota incidente nas referidas operações com produtos estrangeiros.

Da exposição de motivos, haure-se que o objeto da espécie normativa não só limitava-se à manutenção da uniformidade das alíquotas interestaduais de ICMS em território nacional, bem como a regulação promocional da política industrial nacional e mitigação da guerra fiscal entre os Estados federados, notadamente a denominada "Guerra fiscal dos Portos". Isso porque anteriormente à resolução, as alíquotas variavam entre 12% e 7% de acordo com critérios de desigualdades regionais, passíveis de superiores rebaixamentos da carga tributária, a partir da concessão de incentivos e renúncias fiscais.

A meu juízo, o deslinde da controvérsia constitucional suscitada em abstrato perpassa pela perquirição da (i) competência extraordinária do Senado Federal para fixar as alíquotas para operações interestaduais com ICMS e das (ii) limitações substanciais referentes ao uso dessa aptidão normativa no que diz respeito a finalidades extrafiscais (guerra fiscal e processo de industrialização).

Desse modo, o itinerário argumentativo deste voto cinge-se a esses dois elementos. Porém, preambularmente, compreende-se apropriado tecer

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00

comentários sobre o contexto social e econômico subjacente à alcunhada "Guerra dos Portos", sob as luzes da estabilidade federativa e do desenvolvimento nacional.

GUERRA FISCAL DE ICMS NAS OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO

A propósito, a literatura econômica e jurídica revela-se vasta acerca do comportamento predatório e inconstitucional dos governos subnacionais em situação de disputa econômica, ao conceder vantagens fiscais, financeiras, creditícias e operacionais, que reduzam de forma direta ou indireta a carga tributária incidente sobre a cadeia produtiva de sociedades empresárias, no afã de atrair empreendimentos econômicos a serem domiciliados sob suas jurisdições tributárias.

Segundo Caio Augusto Takano, a importância fiscal das receitas decorrentes do ICMS para o Estado-membro, por sua vez precarizado pela criação e majoração de contribuições sociais não compartilhadas pela União, ao lado da gravosidade do processo de concessão lícita de benefícios fiscais pelos entes locais, ocasionou um incentivo sistêmico à guerra fiscal, nos seguintes termos:

> "Tais fatores induziram os Estados carentes de recursos financeiros e impossibilitados de instituírem normas tributárias indutoras sem a unanimidade na deliberação de convênio no âmbito do Confaz a concederem isenções unilateralmente, por intermédio de suas leis ordinárias, como forma de escapara daquele engessamento constitucional. Foi o que alguns Estados portuários passaram a fazer como forma de atrair investimentos privados em seus territórios."

Em termos de escolhas racionais, a guerra fiscal é pautada por duas estratégias: a consecução de investimentos e o desvirtuamento de fluxos de comércio interestadual, sem condizente acréscimo na atividade econômica. Sendo assim, recorre-se ao escólio do professor Eugenio Lagemann:

> "Essa 'guerra' apresenta duas estratégias básicas: (a) a atração de investimentos, que, se espera, deverão gerar a renda que sirva de base de cálculo do ICMS, quando direcionada ao consumo, propiciando uma receita tributária de tal ordem que permita recuperar com sobras a renúncia de receitas realizada no momento da implantação dos estabelecimentos produtivos, basicamente industriais; e (b) o deslocamento de fluxos de deslocamento da atividade econômica, com

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00

> a consequente drenagem de receitas do ICMS em favor da unidade federativa concedente do benefício. No primeiro caso, a unidade federada objetiva primordialmente a intensificação das atividades econômicas em seu território e aposta em ganhos de receita pública no longo prazo; no segundo caso, o foco está no ganho de receitas públicas no curto prazo, embora a justificativa oficial seja o 'desenvolvimento' da sua economia, um argumento mais palatável à opinião pública."

Nesses mesmos termos, colhe-se a compreensão iterativa do Supremo Tribunal Federal segundo a qual com esteio no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea 'g', da Constituição Federal " *[q]ualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional.* " (Enunciado da Proposta de Súmula Vinculante 69)

Quanto às reiteradas decisões do Supremo sobre o tema, convém destacar, i *nter alia* , as ADIs 1.247, 3.794, 2.906, 3.936-MC, 3.809, 2.548, 3.410, 3.312, 1.308 e 1.179. Além disso, veja-se a ementa da ADI 286, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 30.08.2002:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 268, DE 2 DE ABRIL DE 1990, DO ESTADO DE RONDÔNIA, QUE ACRESCENTOU INCISO AO ARTIGO 4º DA LEI 223/89. INICIATIVA PARLAMENTAR. NÃO-INCIDÊNCIA DO ICMS INSTITUÍDA COMO ISENÇÃO. VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA: INEXISTÊNCIA. EXIGÊNCIA DE CONVÊNIO ENTRE OS ESTADOS E O DISTRITO FEDERAL. 1. A reserva de iniciativa do Poder Executivo para tratar de matéria tributária prevista no artigo 61, § 1º, inciso II, letra 'b', da Constituição Federal, diz respeito apenas aos Territórios Federais. Precedentes. 2. A não-incidência do tributo equivale a todas as situações de fato não contempladas pela regra jurídica da tributação e decorre da abrangência ditada pela própria norma. 3. A isenção é a dispensa do pagamento de um tributo devido em face da ocorrência de seu fato gerador. Constitui exceção instituída por lei à regra jurídica da tributação. 4. A norma legal impugnada concede verdadeira isenção do ICMS, sob o disfarce de não-incidência. 5. O artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea 'g', da Constituição Federal, só admite a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais por deliberação dos Estados e do Distrito Federal, mediante convênio.

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00

> Precedentes. Ação julgada procedente, para declarar inconstitucional o inciso VI do artigo 4º da Lei 223, de 02 de abril de 1990, introduzido pela Lei 268, de 02 de abril de 1990, ambas do Estado de Rondônia."

No caso em particular, o objeto impugnado consiste em esforço para arrefecer competição fiscal na seara das importações, na medida em que as Administrações Tributárias estaduais passaram a ser competentes para arrecadar tributos incidentes sobre o consumo, sob a perspectiva da internalização de mercadorias, a partir da Emenda Constitucional 23/1983 na ordem constitucional pretérita.

Com o intuito de redução da carga tributária relativa às operações de saída de mercadoria dos estabelecimentos importadores e consequente atração de empreendimentos econômicos, diversos Estados federados instituíram programas fiscais atrelados ao setor portuário ou aeroportuário, com significativo prejuízo ao Estado de destino.

Acerca desse processo competitivo, translada-se escólio do tributarista André Folloni:

> "Os Estados passaram a conceder, então, benefícios tributários na importação para empresas que se instalassem em seu território ou que nele realizassem atividades econômicas. O objetivo era atrair empresas que recolheriam, embora de forma reduzida, o ICMS sobre importações nesses Estados, sendo o benefício determinante para deslocar, artificialmente, o local de importação (…) Foram vários os programas fiscais relacionados à importação, normalmente atrelados à efetiva utilização de portos ou aeroportos daquele Estado que concedia o benefício. Entre os mais conhecidos, pode-se destacar o Programa Pró-Emprego, do Estado de Santa Catarina; o Prodepe, Programa para o Desenvolvimento de Pernambuco; o Decreto n. 1.284 /2003, do Estado de Alagoas; o Decreto n. 23.210, do Estado da Paraíba; a Lei n. 7.985/2003, do Estado do Mato Grosso; o Fundap, do Estado do Espírito Santo; a Lei n. 14.985/2006, do Estado do Paraná, além de outros. A maioria desses programas utilizava, em conjunto ou isoladamente, benefícios tributários diversos, principalmente o diferimento, a suspensão da incidência, a redução de alíquotas ou de bases de cálculo e a concessão de crédito presumido.
>
> (…)
>
> Com isso, o Estado atrai arrecadação em detrimento dos outros Estados. É o que se passou a denominar 'Guerra Fiscal dos Portos' ou, mais abreviadamente, 'Guerra dos Portos, 'inclusive em linguagem doutrinária."

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00

Ainda nessa temática, descreve-se o mecanismo básico da "guerra dos portos" no tocante à engenharia tributária de renúncias fiscais:

> "Uma das modalidades mais comuns é a concessão de benefício fiscal (ou benefícios financeiros, que se transmudam em benefícios fiscais) concedido pelo Estado onde está situado o importador, combinado com a importação por conta e ordem de terceiros, estando o adquirente situado em outra unidade da Federação.
>
> De acordo com estudos efetuados pela Secretaria da Fazenda Do Estado de São Paulo, esses benefícios são estruturados da seguinte forma:
>
> (i) o importador está situado em unidade federada que concede benefícios fiscais para operação de importação;
>
> (ii) a mercadoria é desembaraçada pelo importador no porto do Estado em que esta situado ou no do Estado em que está estabelecido o adquirente;
>
> (iii) nas duas hipóteses, não há ingresso físico da mercadoria no estabelecimento do importador (em alguns casos, o importador faz o ingresso da mercadoria importada em armazém-geral);
>
> (iv) caso a desoneração não seja integral, o importador recolhe o imposto devido ao Estado em que está localizado;
>
> (v) em seguida, o importador envia a mercadoria importada ao adquirente situado no outro Estado, destacando o ICMS devido na operação interestadual;
>
> (vi) o imposto devido ao Estado de origem também não é recolhido integralmente, uma vez que também há benefício fiscal concedido para essa operação;
>
> (vi) o adquirente, ao mandar entrada da mercadoria em seu estabelecimento, escritura a totalidade do imposto destacado na nota fiscal, embora não tenha sido este o valor que foi efetivamente recolhido pelo importador.
>
> (…)
>
> Cremos ter demonstrado que os programas de benefícios fiscais relativos ao ICMS nas operações de importação normalmente estão atrelados a concessão de crédito presumido na posterior saída interestadual.
>
> Tal prática implica em um tratamento tributário muito favorecido ao produto importado, uma vez que não é tributado na operação de importação e, além disso, é beneficiado novamente na operação interestadual seguinte.
>
> O crédito presumido implica em uma redução artificial do imposto a ser recolhido no Estado de origem. Contudo, o valor é destacada no documento fiscal como se tivesse sido recolhido na sua

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00

> totalidade e, por esse motivo, é suportado integralmente pelo Estado de destino."

Por conseguinte, é nítido que a guerra fiscal portuária, na condição de fenômeno socio-econômico, mostra-se maléfica à estabilidade federativa brasileira e ao projeto de desenvolvimento nacional positivado na ordem econômica, assim como representa fator de deterioração da indústria nacional frente à estrangeira em prejuízo à balança comercial do Brasil.

Demais, por se firmar em concessões unilaterais de incentivos e benefícios fiscais de ICMS, salvo situação excepcionalíssimas, os programas fiscais dos Estados federados competitivos relacionados ao âmbito portuário ostentam a pecha de "inconstitucionalidade chapada" na célebre expressão do Ministro Sepúlveda Pertence, assim como os créditos fiscais em si são passíveis de glosa pelo Estado de destino, nos termos dos arts. 8º, I, da LC 24/75, e 155, §2º, II, da Constituição Federal.

No entanto, não se impugna nesta ADI manifestações da problemática supracitada, mas sim a resolução senatorial cuja função traduz-se na manutenção da uniformidade das alíquotas interestaduais de ICMS em território nacional, bem como a regulação promocional da política industrial nacional e mitigação da guerra fiscal dos portos.

Repise-se, ainda, que este voto circunscreve-se apenas ao exame jurisdicional sob a perspectiva da validade constitucional do expediente empreendido pelo Senado Federal para fixar as alíquotas para operações interestaduais com ICMS e respectivas limitações substanciais de natureza constitucional. Afinal, em seara mais ampla e interdisciplinar, controverte-se sobre a própria eficácia social do diploma legislativo em questão, como se depreende de pesquisa de André Folloni e Douglas Ramos Vosgerau:

> "No que se refere à a Resolução n. 13/2012 do Senado Federal, os dados apresentados ao longo do estudo demonstram aspectos negativos da medida, como o acúmulo de créditos de ICMS e o aumento dos custos de conformidade via incremento nas já excessivas e irracionais obrigações tributárias acessórias, gerando alta de custos e, possivelmente, aumento de preços ao consumidor final. Os mecanismos utilizados pela Resolução não foram plenamente adequados, produzindo externalidades negativas para a atividade empresarial. Portanto, ainda que se sustente a constitucionalidade formal da Resolução n. 13/2012, sua análise complexa e interdisciplinar permite concluir que a medida sofre de sérias inadequações em relação aos objetivos constitucionais."

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00

Por outro lado, em sentido diametralmente oposto, Roberto Biava Júnior e Leonardo de Gregório articulam que com regulamentação da resolução senatorial atacada por intermédio do Convênio ICMS 38/2013, alcançou-se uma simplificação das obrigações tributárias acessórias, reduzindo custos de transação no comércio exterior, nos seguintes termos:

> "O Convênio ICMS 38/2013, como vimos, de forma inteligente fez um grande avanço simplificando bastante as obrigações acessórias (originariamente instituídas pelo revogado Ajuste Sinief 19/2012) para a implementação da Resolução do Senado Federal 13/2012.
>
> (…)
>
> Dessa forma, ao nosso ver, o Convênio ICMS 13/2012 fez um nítido avanço em termos de simplificação das obrigações acessórias. Pois, a implementação da nova alíquota interestadual da Resolução do Senado Federal 13/2012 demanda necessariamente obrigações acessórias que possam assegurar o cumprimento desta legislação tributária. Mas estas obrigações não podem ser tão custosas ou desproporcionais a ponto de ferir os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade."

Passa-se, enfim, à temática das preliminares e da competência normativa do Senado Federal no federalismo fiscal brasileiro.

DAS PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE E DE AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO ESPECÍFICA

A Advocacia do Senado Federal defende a ilegitimidade ativa *ad causam* do Presidente e do Primeiro-Secretário da Mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, eis que, segundo alega, apenas a Mesa, deteria a legitimidade ativa e, por consequência, seria necessária a prova de deliberação prévia do referido órgão ou do Plenário da Assembleia para autorizar a propositura da ação. Não havendo prova da deliberação, não poderia, segundo alega a Advocacia do Senado, o Presidente da Assembleia promover a ação direta.

O Advogado-Geral da União, por sua vez, alega que a Mesa Diretora não teria apresentado procuração contendo poderes específicos para impugnar o diploma normativo.

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00

As preliminares não merecem prosperar.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 3.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 05.09.2007, afastou a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada em face da ausência de deliberação específica da Assembleia ou de sua respectiva Mesa para propor a ação direta. Acolheu, no ponto, o parecer do então Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, que afirmou:

> "A alegada ilegitimidade ativa do Presidente da Assembleia 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 fiscalização abstrata de constitucionalidade, havendo de nortear a exegese".

Não obstante o brilho da divergência apresenta pelos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, o precedente do Tribunal firmou-se no sentido de reconhecer a legitimidade própria do Presidente da Assembleia na qualidade de representante da respectiva Mesa.

In casu , de acordo com os arts. 22 e 23, IV, "a", do Regimento Interno da Casa Legislativa, o Presidente da Assembleia é também o representação do órgão. Assim, tendo havido a juntada da Ata de Eleição para a presidir a Mesa (eDOC 7), deve-se reconhecer, na esteira do precedente firmado na ADI 3.682, a legitimidade ativa do Presidente da Assembleia para a propositura da ação direta.

No que tange à sua capacidade, os precedentes deste Tribunal são no sentido de se reconhecer plena capacidade postulatória para as entidades referidas no art. 103, I a VII, da Constituição Federal, na esteira do voto proferido pelo Min. Celso de Mello na ADI 127 MC-QO, DJ 04.12.1992. Portanto, a Mesa de Assembleia Legislativa, legitimada nos termos do art. 103, IV, da Constituição Federal, tem também capacidade postulatória para a propositura direta da ação de controle concentrado. Noutras palavras, ao contrário do que suscitou o Advogado-Geral da União, é-lhe inexigível a procuração específica.

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00

RESOLUÇÃO SENATORIAL E ALÍQUOTAS PARA OPERAÇÕES INTERESTADUAIS

A adoção da forma federal surge quase como uma obviedade nos estudos jurídicos, como se depreende do escólio de Geraldo Ataliba segundo o qual " *[n]o Brasil, a Federação nasce ou surge até como imperativo da administração racional, por evidências geográficas, ao lado de imperativos sociológicos e políticos* ".

De fato, a contribuição dos juristas à institucionalização do pacto federativo está atrelada à indissociabilidade entre República e Federação, desde o período imperial e sagrado no Decreto 1, de 15 de novembro de 1889, em que se constituiu os Estados Unidos do Brasil, marcando o início do período republicano-federal.

A despeito da existência prévia do Senado do Império do Brasil em nossa tradição constitucional, a instituição da Câmara Alta é recolocada no âmbito federal na condição de instância deliberativa com vistas à formação da vontade nacional, com fulcro na consensualização política de interesses locais. No aspecto atinente à representação política e a distribuição de recursos tributários, a competência institucional do Senado Federal é essencial para a manutenção do pacto federativo.

Nesse diapasão, constata-se preocupação do Poder Constituinte em relação à fixação de alíquota máximas interestaduais do ICMS nos incisos IV e VI do §2º do art. 155 da Constituição da República, *in verbis* :

> "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
>
> 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;
>
> (…)
>
> § 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;
>
> (…)
>
> VI - salvo deliberação em contrário dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do disposto no inciso XII, "g", as alíquotas

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00

> internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais;"

Sendo assim, por intermédio de consenso democrático majoritário, cabe à casa legislativa senatorial proteger o mercado interno, integrante do patrimônio nacional, conforme o art. 219 da CFRB/88, bem como as relações federativas e o comércio exterior.

Na verdade, a competência constitucional atinente à fixação de alíquotas interestaduais máximas já se encontrava na Constituição de 1946, por advento da EC 18, que reformou o Sistema Tributário Nacional, o que foi mantido pelas ordens constitucionais de 1967 e 1969, até a positivação do dispositivo constitucional supracitado e atualmente vigente.

A respeito do estado da arte dessa competência senatorial, suscita-se a dicção doutrinária do professor Humberto Ávila:

> "Pois bem, a disposição contida no art. 155, §2º, inciso IV, vem exatamente como forma de garantir o subprincípio da uniformidade federativa, pela aplicação de uma alíquota única nas operações interestaduais, preservada a autonomia dos Estados, tendo em vista a competência estadual definida pela Constituição Federal.
>
> Além disso, é preciso realçar que o Senado Federal é o órgão de representação dos Estados e do Distrito Federal no Congresso Nacional. Assim, a Constituição considerou adequado que ele tratasse da fixação das alíquotas interestaduais, como forma de evitar a deliberação direta entre os Estados, haja vista a dificuldade de se encontrar consenso em matéria que envolvem a partilha de receitas tributárias. Essa competência, no entanto, tem caráter específico e limitado, uma vez que a competência para a instituição desse imposto foi reservada aos Estados e ao Distrito Federal, por força do disposto no art. 155, inciso II, e ao Congresso Nacional, no tocante às regras gerais, com base no disposto no disposto no art. 155, §2º, inciso XII, ambos da Constituição Federal.
>
> O resultado da conjugação desses dispositivos é igualmente clara: a fixação de alíquotas para operações interestaduais só pode servir para repartir a receita entre os Estados envolvidos nas operações interestaduais de circulação de mercadoria. Não serve, por determinação expressa da Constituição, para solucionar conflitos de competência entre Estados, definir os elementos essenciais do imposto ou disciplinar a concessão e a revogação de benefícios fiscais.
>
> O que se conclui, até aqui, é que a competência do Senado Federal não penas é extraordinária, quando confrontada com a competência

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00

> ordinária do Congresso Nacional, como também é restrita a apenas um elemento (fixação de alíquota) para a promoção de apenas uma finalidade (repartição da receita entre os Estados). Ela não abarca os elementos essenciais do imposto, como a definição do fato gerador, da base de cálculo e dos contribuintes, nem elementos específicos, como a concessão e revogação de benefícios fiscais."

No entanto, em parcial contrariedade à pretensão deduzida da exordial e ao entendimento doutrinário esposado, a jurisprudência do STF, a qual também me filio, admite a multiplicidade de finalidades atribuíveis à resolução senatorial em questão.

A propósito, verifica-se que tanto da ADI-MC 1978 quanto na ADI-MC 2.021, as quais discorriam sobre a redução temporária da alíquota do ICMS na venda de veículos automotores, o Tribunal Pleno do STF discutiu a ocorrência de guerra fiscal na espécie de rebaixamento unilateral por Estado-membro da carga tributária do ICMS, assim como a constitucionalidade da teleologia da Resolução 22 do Senado Federal, de 10 de 27.05.1999, que especializava a alíquota interestadual no patamar de 7%, em contraposição ao percentual geral de 12%, em operações oriundas do Sul e Sudeste às regiões do Centro-Oeste, Norte e Nordeste.

Confira-se, a esse respeito, a ementa do segundo julgado:

> "MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DA LEI PAULISTA Nº 10.327, DE 15.06.99, QUE REDUZIU A ALÍQUOTA INTERNA DO ICMS DE VEÍCULOS AUTOMOTORES DE 12 PARA 9,5% PELO PRAZO DE 90 DIAS, A PARTIR DE 27.05.99. REEDIÇÃO DA LEI Nº 10.231, DE 12.03.99, QUE HAVIA REDUZIDO A ALÍQUOTA DE 12 PARA 9%, POR 75 DIAS. LIMITE PARA A REDUÇÃO DA ALÍQUOTA NAS OPERAÇÕES INTERNAS. 1. As alíquotas mínimas internas do ICMS, fixadas pelos Estados e pelo Distrito Federal, não podem ser inferiores às previstas para as operações interestaduais, salvo deliberação de todos eles em sentido contrário (CF, artigo 155, § 2º, VI). 2. A alíquota do ICMS para operações interestaduais deve ser fixada por resolução do Senado Federal (CF, artigo 155, § 2º, IV). A Resolução nº 22, de 19.05.89, do Senado Federal fixou a alíquota de 12% para as operações interestaduais sujeitas ao ICMS (artigo 1º, caput); ressalvou, entretanto, a aplicação da alíquota de 7% para as operações nas Regiões Sul e Sudeste, destinadas às Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e ao Estado do Espírito Santo (artigo 1º, parágrafo único). 3. Existindo duas alíquotas para operações

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00

interestaduais deve prevalecer, para efeito de limite mínimo nas operações internas, a mais geral (12%), e não a especial (7%), tendo em vista os seus fins e a inexistência de deliberação em sentido contrário. 4. Presença da relevância da argüição de inconstitucionalidade e da conveniência da suspensão cautelar da Lei impugnada. 5. Medida cautelar deferida, com efeito ex-nunc, para suspender a eficácia da Lei impugnada, até final julgamento da ação." (ADI 2021 MC, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, DJ 18.05.2001)

Na ocasião, prevaleceu o entendimento majoritário no sentido da concretização da norma de redução das desigualdades regionais mediante a extrafiscalidade e respectivos efeitos indutores, em conjunto ao legítimo objetivo de combate à guerra fiscal interfederativa.

Veja-se a argumentação exposta pelo saudoso Ministro Maurício Corrêa, Relator do caso e cujo voto capitaneou a corrente majoritária:

"A *regra geral* deve ser a que tem maior abrangência econômica e a *especial* ou excepcional a que tem aplicação limitada a casos específicos. Assim, a alíquota de 12% é aplicável nas operações entre contribuintes domiciliados em Estados localizados dentro das regiões mais desenvolvidas, dentro das menos desenvolvidas e das menos desenvolvidas para as mais desenvolvidas, enquanto que a alíquota de 7% só é aplicável nas operações que destinam mercadorias de Estados localizados nas regiões mais desenvolvidas para as menos desenvolvidas, apenas. Dentro deste aspecto, entendo que a regra geral é a alíquota de 12% e a especial a de 7%, até porque quando todos os Estados forem igualmente desenvolvidos poder-se-á falar em alíquota única, que, suponho, seria a de 12%.

Assim vendo a questão, parece-me que quando a Constituição fala em *alíquota interestadual* , esta deve ser entendida como a genérica , e não como a especial , até porque a diferenciação de alíquotas mínimas entre os Estados depende de *deliberação* dos Estados e do Distrito Federal (CF, artigo 155, § 2º, VI), até agora inexistente.

Em outras palavras, um Estado pode reduzir a sua alíquota interna (CF, artigo 155, § 2º, VI) e a das operações interestaduais a consumidor final, ou a não contribuinte (CF, artigo 155, § 2º, VII, *b*), até o limite da fixada para as operações interestaduais entre contribuintes (idem, alínea *a*), " *salvo deliberação em contrário dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do disposto no inciso XII, g* , " como prevê o inciso VI do § 2º do artigo 155 da Constituição , que segundo me consta, não existe tal deliberação em contrário.

(…)

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00

Acrescento que tendo participado da votação que deu origem à Resolução n° 22, de 1989, do Senado Federal, ainda que dela se possa fazer algum juízo crítico, sua finalidade precípua sob o ângulo social, cumprindo a exigência constitucional, destinou-se à proteção dos Estados do Norte, Nordeste, Centro-Oeste e do Espírito Santo, de tal sorte que as mercadorias produzidas nos Estados mais desenvolvidos sofressem incidência de alíquota inferior ao patamar da definida para os Estados das Regiões do Sul e Sudeste.

(…)

Ora, por mais que não se queira dizer que não se trata de guerra fiscal, não entendo como não o seja, se o Estado de São Paulo para resolver problema seu interno passou a ganhar e o Estado do Rio Grande do Sul a perder, exatamente sobre a forma de cobrança de um tributo que é Estadual, mas que para a sua cobrança, se adotado critério distinto, há que ter o consenso das demais unidades da federação." (grifos nossos)

Em voto vista, inaugural da corrente divergente, o e. Ministro Nelson Jobim expressamente defendeu a finalidade única de repartição das receitas entre os Estados de origem e destino, conforme defendido pela Mesa Diretora da Assembleia Legislativa ora Requerente:

"Fica claro o objetivo da diferença de alíquota.

Assegura distribuição de receita tributária entre os Estados de origem da mercadoria, economicamente mais fortes, e os Estados do destino das mercadorias, economicamente mais frágeis.

Ou seja, o Senado Federal operacionalizou o chamado princípio do destino: o tributo compete ao Estado onde a poupança interna é consumida.

O modelo atual - tributação na origem - importa em os Estados produtores tributarem a poupança dos Estados consumidores.

A Resolução do Senado procurou minimizar esta distribuição da receita tributária em favor dos Estado fortes."

Postas essas considerações e por não reputar razão suficiente para viragem jurisprudencial, rechaço vício de inconstitucionalidade relativo à competência extraordinária do Senado Federal, o qual decorreria da finalidade da norma apresentada em exposição de motivos.

LIMITAÇÕES SUBSTANCIAIS À FIXAÇÃO DE ALÍQUOTAS PARA OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM ICMS

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00

Superado o óbice do vício de competência, resta indagar sobre a constitucionalidade material da resolução senatorial impugnada, sobretudo no que diz respeito aos critérios de conformação legislativa das alíquotas interestaduais.

Nessa seara e considerada a causa de pedir aberta da presente ação de índole objetiva, apontam-se os seguintes paradigmas de controle esculpidos na Constituição da República:

> "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> (…)
> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.
> (...)
> Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.
> (…)
> Art. 155 (*omissis)*
> § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
> III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;
> (…)
> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> VII - redução das desigualdades regionais e sociais;"

Em cotejo do objeto com os parâmetros de controle de constitucionalidade, firmo convicção no sentido da inconstitucionalidade da resolução senatorial impugnada, por ofensa à vedação da discriminação tributária em razão da origem.

Assim, percebe-se patente infringência ao princípio da igualdade tributária, haja vista que a finalidade da comparação entre as operações domésticas e internacionais não se coaduna ao desiderato constitucional.

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00

Nesse sentido, retoma-se o pensamento de Humberto Ávila:

> "A Constituição, contudo, não apenas estabeleceu o dever de promoção da igualdade. Ela também previu os elementos essenciais à sua efetivação, seja determinando o uso de determinados critérios de diferenciação (como a essencialidade das mercadorias), seja vedando o uso de outros (como a origem das mercadorias), seja, ainda, prevendo finalidades das diferenciações (como a seletividade ou a uniformidade federativa) (…) Não basta, porém, compara dois sujeitos com base em uma medida de comparação. Também é preciso saber com que finalidade é feita a comparação, para saber se há relação de razoabilidade entre a medida de comparação e a finalidade que justifica a sua utilização.
>
> (…)
>
> **Assim, não obstante todas as questões já apontadas, a Resolução nº 13/2012 ainda desrespeita à Constituição Federal pela escolha de medida de comparação e finalidade por ela vedados. Em seu art. 152, a Constituição Federal veda expressamente que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estabeleçam diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino (…) Ao editar a Resolução nº 13/2012, o Senado Federal não apenas ignorou a finalidade constitucionalmente adotada (seletividade), como ainda adotou uma finalidade expressamente vedada (diferenciação de produto importado), tendo para isso ignorado a medida de comparação pré-escolhida (essencialidade do produto), em favor de uma medida pré-excluída (origem do produto). Com isso, iré se permitir a tributação diferenciada de produtos com o mesmo grau de essencialidade, conforme sua origem seja nacional ou estrangeira, em flagrante violação do regime jurídico estabelecido pela Constituição Federal.** " (grifos nossos)

Portanto, ainda que com boas intenções relacionados à guerra fiscal dos portos e à promoção da indústria nacional, a norma questionada viola o princípio da seletividade e discrimina os produtos importados. Por isso, torna-se de todo imperativo a declaração de sua inconstitucionalidade.

Nessa linha de raciocínio, noticia-se que a jurisprudência do STF rechaça a distinção entre veículos automotores nacionais e importados, mediante alíquotas diferenciadas, como se depreende do RE-AgR 367.785, de relatoria do Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJ 02.06.2006, assim ementado:

Plenário Virtual - fluxo de voto - 23/04/2021 00:00

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IPVA. VEÍCULO IMPORTADO. ALÍQUOTA DIFERENCIADA. 1. Não se admite a alíquota diferenciada de IPVA para veículos importados e os de procedência nacional. 2. O tratamento desigual significaria uma nova tributação pelo fato gerador da importação. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento."

Ademais, para sustentar essa conclusão, impende registrar que a facultatividade da seletividade das mercadorias e serviços como critério diferenciador do aspecto material da hipótese de incidência do ICMS, nos termos do art. 155, §2º, III, da CFRB/88, não se destina ao Senado Federal, conquanto sua inobservância pela Câmara Alta na fixação das alíquotas interestaduais máximas, em prol do critério da origem, infirmaria a autonomia dos Estados federados em adotar a essencialidade como medida de comparação para fins de isonomia tributária.

Em abono a essa ordem de ideais, colaciona-se as própria exceção estabelecida no bojo da resolução senatorial, isto é, as operações que destinem gás natural importado do exterior a outros Estados, gerando uma conjugação incoerente de critérios diferenciadores das mercadorias.

Por outro lado, é certo que o comando deôntico proibitivo à discriminação tributária em decorrência da origem, como posta no art. 152 da CFRB/88, também se aplica ao Senado Federal no exercício da competência prevista no 155, § 2º, VI, do Texto Constitucional.

No caso, não há pretensa generalidade nacional capaz de abstrair da Casa Legislativa a condição de União, pois a fixação das alíquotas em questão traduzem-se em mister mais específico e limitado do que o tipicamente atribuível aos entes federativos. Logo, não poderia aquela, realizada de forma unilateral, ser mais ampla do que a competência tributária dos Estados, caso contrário não se submeteriam a relevante limitação constitucional ao poder de tributar, em evidente afronta aos direitos fundamentais dos contribuintes.

Por fim, no tocante às delegações legislativas aos órgãos do Poder Executivo, notadamente a Camex para editar lista de bens e mercadorias importados do exterior que não tenham similar nacional e o Confaz para dispor sobre critérios e procedimentos no processo de industrialização da mercadoria, de modo a definir o "Conteúdo de Importação", forma-se convencimento no sentido de que ofende o princípio da legalidade

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00

tributária e da reserva legal a transferência de competência normativa sobre tributação do comércio exterior, pura e simples, sem a delimitação de parâmetros mínimos para definição do conteúdo de importação e para a apuração da similaridade entre produtos importados e nacionais.

Acerca das hipóteses de "deslegalização" de matérias constitucionais, a compreensão iterativa do STF é pela necessidade da norma infralegal vincular-se a preceitos objetivos previamente dispostos em normativa primária, possuindo natureza administrativa e meramente declaratória.

A esse respeito, confira-se a ementa da ADI 4.568, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 30.03.2012, que tratou da política de fixação do salário mínimo por decreto presidencial:

> "CONSTITUCIONAL. VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO. ART. 3. DA LEI N. 12.382, de 25.2.2011. VALOR NOMINAL A SER ANUNCIADO E DIVULGADO POR DECRETO PRESIDENCIAL. DECRETO MERAMENTE DECLARATÓRIO DE VALOR A SER REAJUSTADO E AUMENTADO SEGUNDO ÍNDICES LEGALMENTE ESTABELECIDOS. OBSERVÂNCIA DO INC. IV DO ART. 7. DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. A exigência constitucional de lei formal para fixação do valor do salário mínimo está atendida pela Lei n. 12.382 /2011. 2. A utilização de decreto presidencial, definida pela Lei n. 12.382/2011 como instrumento de anunciação e divulgação do valor nominal do salário mínimo de 2012 a 2015, não desobedece o comando constitucional posto no inc. IV do art. 7o. da Constituição do Brasil. A Lei n. 12.382/2011 definiu o valor do salário mínimo e sua política de afirmação de novos valores nominais para o período indicado (arts. 1o. e 2o.). Cabe ao Presidente da República, exclusivamente, aplicar os índices definidos legalmente para reajuste e aumento e divulgá-los por meio de decreto, pelo que não há inovação da ordem jurídica nem nova fixação de valor. 3. Ação julgada improcedente."

Na mesma direção, em âmbito tributário, cita-se o RE 344.446, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 04.04.2003, o qual versou sobre constitucionalidade da complementação infralegal de conceitos necessários para a formação do fato gerador da contribuição para o custeio do Seguro de Acidente de Trabalho (SAT), assim ementado:

> "CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT. Lei 7.787/89, arts. 3º e 4º; Lei 8.212/91, art. 22, II, redação da Lei 9.732/98. Decretos 612/92,

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00

2.173/97 e 3.048/99. C.F., artigo 195, § 4º; art. 154, II; art. 5º, II; art. 150, I. I. - Contribuição para o custeio do Seguro de Acidente do Trabalho - SAT: Lei 7.787/89, art. 3º, II; Lei 8.212/91, art. 22, II: alegação no sentido de que são ofensivos ao art. 195, § 4º, c/c art. 154, I, da Constituição Federal: improcedência. Desnecessidade de observância da técnica da competência residual da União, C.F., art. 154, I. Desnecessidade de lei complementar para a instituição da contribuição para o SAT. II. - O art. 3º, II, da Lei 7.787/89, não é ofensivo ao princípio da igualdade, por isso que o art. 4º da mencionada Lei 7.787/89 cuidou de tratar desigualmente aos desiguais. III. - As Leis 7.787/89, art. 3º, II, e 8.212 /91, art. 22, II, definem, satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida. O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de "atividade preponderante" e "grau de risco leve, médio e grave", não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, C.F., art. 5º, II, e da legalidade tributária, C.F., art. 150, I. IV. - Se o regulamento vai além do conteúdo da lei, a questão não é de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, matéria que não integra o contencioso constitucional. V. - Recurso extraordinário não conhecido."

Por essas razões, reafirma-se nosso entendimento pela inconstitucionalidade material da Resolução 13/2012 do Senado Federal, a despeito da gravidade econômica e social da "guerra fiscal dos portos", que deve ser enfrentada pelos instrumentos jurídicos adequados.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, conheço da ação direta de inconstitucionalidade a que se confere procedência.

Ademais, propõe-se a asserção do seguinte entendimento como tese de julgamento: "**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.**"

Propõe-se, ainda, nos termos do art. 27 da Lei 9.868, de 1999, e tendo em vista o tempo de vigência do ato normativo impugnado na presente ação direta, a modulação dos efeitos desta decisão, para que sua eficácia tenha início a partir da publicação da presente decisão.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00