

PLENÁRIO**CERTIDÃO DE JULGAMENTO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.858**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S) : MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADV.(A/S) : JULIO CESAR BASSINI CHAMUN (0005612/ES)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES METALÚRGICOS - CNTM

ADV.(A/S) : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA (23167/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DISTRIBUIDORES DE AUTOPEÇAS - ANDAP

ADV.(A/S) : LAURINDO LEITE JÚNIOR (173229/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA

ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES (91152/RJ)

ADV.(A/S) : GUSTAVO DO AMARAL MARTINS (24513/DF, 26353/GO, 144473/MG, 25574/A/MT, 42874/PR, 72167/RJ, 69414A/RS, 291374/SP, 6423-A/TO)

ADV.(A/S) : PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA (37996/DF)

CERTIFICO que o **PLENÁRIO**, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão virtual realizada neste período, proferiu a seguinte decisão:

Decisão: Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que conhecia da ação direta, julgava procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Resolução do Senado Federal n. 13, de 2012, propunha a fixação da seguinte 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", e modulava os efeitos desta decisão, para que sua eficácia tenha início a partir da publicação da presente decisão; do voto do Ministro Marco Aurélio, que divergia parcialmente do Relator, no tocante à projeção da eficácia da decisão referente à declaração de inconstitucionalidade; e dos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia, que julgavam improcedente a ação, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Plenário, Sessão Virtual de 23.4.2021 a 30.4.2021.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta, para reconhecer a constitucionalidade da Resolução Senado Federal n° 13, de 2012, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, Redator para o acórdão, vencidos o Ministro Edson Fachin (Relator) e o Ministro Marco Aurélio, que já havia proferido voto em assentada anterior. Plenário, Sessão Virtual de 6.8.2021 a 16.8.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

Impresso por: 00037431013 - GABRIELLE PATITHA DE OLIVEIRA
Em: 20/10/2021 - 11:37:46

17/08/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.858 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. GILMAR MENDES
REQTE.(S) : MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADV.(A/S) : JULIO CESAR BASSINI CHAMUN
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES METALÚRGICOS - CNTM
ADV.(A/S) : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DISTRIBUIDORES DE AUTOPEÇAS - ANDAP
ADV.(A/S) : LAURINDO LEITE JÚNIOR E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA
ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES
ADV.(A/S) : GUSTAVO DO AMARAL MARTINS
ADV.(A/S) : PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Tributário. ICMS. 2. Resolução nº 13, de 2012, do Senado Federal. Alíquotas do ICMS nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior. 3. Inconstitucionalidade. Normas de proteção à indústria nacional. Concessão de incentivos fiscais. Reserva de lei complementar. Impropriedade da espécie normativa resolução. Inocorrência. Constitucionalidade afirmada. 4. A Resolução SF nº 13, de 2012, buscou solucionar problema complexo relacionado à “Guerra dos Portos”, de repercussões não apenas tributárias, mas observou os estritos limites constitucionais da disciplina das alíquotas interestaduais do imposto. Ciência do Art. 155, II e seu § 2º, IV, da CF/88. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente, para reconhecer a

ADI 4858 / DF

constitucionalidade da Resolução Senado Federal nº 13, de 2012.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar improcedente a ação direta, para reconhecer a constitucionalidade da Resolução Senado Federal nº 13, de 2012, nos termos do voto do Redator para o acórdão.

Brasília, Sessão Virtual de 06 a 16 de agosto de 2021.

Ministro **GILMAR MENDES**

Redator para o acórdão

Documento assinado digitalmente

Impresso por: 00037431013 - GABRIELLE MATHIAS PEREIRA
Em: 20/10/2021 - 11:37:45

03/05/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.858 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. GILMAR MENDES**
REQTE.(S) : MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADV.(A/S) : JULIO CESAR BASSINI CHAMUN
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES METALÚRGICOS - CNTM
ADV.(A/S) : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DISTRIBUIDORES DE AUTOPEÇAS - ANDAP
ADV.(A/S) : LAURINDO LEITE JÚNIOR E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA
ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES
ADV.(A/S) : GUSTAVO DO AMARAL MARTINS
ADV.(A/S) : PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo em face da Resolução 13/2012 do Senado Federal.

Eis o teor do diploma impugnado:

“R E S O L U Ç Ã O 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

ADI 4858 / DF

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 desembarço 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.

ADI 4858 / DF

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”

Sustenta-se a inconstitucionalidade da resolução senatorial, nos seguintes termos:

“a) A pretexto de fixar alíquotas interestaduais, o Senado Federal, na verdade, criou normas destinadas à proteção da indústria nacional, invadindo a competência do Congresso Nacional para tratar do tema, mediante deliberação de suas duas Casas. Ademais, cuidando-se de normas que interferem com a concessão de incentivos fiscais pelas unidades federadas e implicam a definição de sujeitos passivos e fatos geradores das novas alíquotas do ICMS, a deliberação bicameral só poderia ser exteriorizada por lei complementar.

b) Compete ao Senado Federal estabelecer alíquotas interestaduais aplicáveis linearmente às operações e prestações sujeitas ao ICMS, com a finalidade de determinar a parcela do imposto cabível aos Estados de origem e destino, de forma a operacionalizar o sistema de repartição constitucionalmente previsto, que se baseia exatamente no percentual da referida alíquota. Não compete ao Senado criar classes de alíquotas diferenciadas para determinados produtos ou serviços, com o objetivo de atingir outras finalidades.

c) O Senado Federal estabeleceu alíquotas seletivas do ICMS levando em conta a origem de bens e mercadorias, contrariando o critério constitucional de seletividade e as normas – inclusive internacionais – que impedem a discriminação entre produtos nacionais e importados.

ADI 4858 / DF

d) A resolução não tem 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 dos Poderes.”

O Ministro Ricardo Lewandowski, meu antecessor na relatoria do feito, adotou o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999.

O Senado Federal prestou informações definitivas destinadas a instruir a presente ação, articulando a higidez da resolução e do procedimento que lhe propiciaram.

Ademais, alega-se ilegitimidade ativa *ad causam* do Presidente e do Primeiro-Secretário da Requerente, haja vista que não houve decisão da Mesa ou do Plenário aprovando a propositura da ADI.

O Advogado-Geral da União suscitou preliminar no sentido da ausência de procuração com poderes específicos para interposição da ação de índole objetiva. Igualmente, manifestou-se pela improcedência do pedido.

O Procurador-Geral da República entendeu pela superação das preliminares suscitadas e opinou pela improcedência da ADI.

Ingressaram no feito, na qualidade de *amici curiae*, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, a Associação Nacional dos Distribuidores de Autopeças, Estado de São Paulo e Confederação Nacional da Indústria.

Os autos vieram-me conclusos em 16.06.2015, por substituição de relatoria, nos termos do art. 38 do RISTF.

Em 09.12.2016, solicitei a inclusão no calendário de julgamento do Pleno da presente ação direta.

É o relatório.

03/05/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.858 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

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

ADI 4858 / DF

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 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 escapar daquele engessamento constitucional. Foi o que alguns Estados portuários passaram a fazer como forma de atrair investimentos privados em seus territórios.”¹

1 TAKANO, Caio Augusto. A Guerra dos Portos e a Estabilidade da Federação Brasileira. *Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 30, p. 117-133, 2014, p. 119.

ADI 4858 / DF

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 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.”²

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

2 LAGEMANN, Eugenio. A ‘guerra fiscal dos portos’ e a Resolução 13/12 do Senado Federal: abrangência, efeitos e perspectivas. *Indicadores Econômicos FEE*, Porto Alegre, v. 41, n. 3, p. 121-132, 2014, p. 122-123.

ADI 4858 / DF

destacar, *inter 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. 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.

ADI 4858 / DF

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.”³

3 FOLLONI, André. A Guerra dos Portos e a Resolução Senatorial n. 13/2012: direito tributário e desenvolvimento nacional em lados opostos. DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes. *Estado Federal e Guerra Fiscal no*

ADI 4858 / DF

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.

(...)

Brasil. v. 3. Belo Horizonte: 2015, p. 276-277.

ADI 4858 / DF

Creemos 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 totalidade e, por esse motivo, é suportado integralmente pelo Estado de destino.”⁴

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

4 MIGUEL, Luciano Garcia. A “Guerra dos Portos” e a Resolução do Senado nº 13, de 2012. *Revista de Estudos Tributários*, São Paulo, a. XV, n. 88, p. 9-23, dez. 2012, p. 11-12 e 19.

ADI 4858 / DF

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 Andre 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.”⁵

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

5 FOLLONI, André; VOSGERAU, Douglas Ramos. Impactos da Guerra Fiscal do ICMS e da Resolução n. 13/2012 do Senado Federal Sobre a Ordem Econômica. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 496-510, jul./dez. 2016, p. 508.

ADI 4858 / DF

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.”⁶

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.

⁶ BIAVA JÚNIOR, Roberto; GREGÓRIO, Leonardo de. A Regulamentação da Resolução do Senado Federal 13/2012 pelo Confaz (Convênio ICMS 38/2012: o combate aos benefícios fiscais inconstitucionais da ‘guerra dos portos’ e a simplificação das obrigações acessórias em atendimento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 227, p. 122-145, ago. 2014, p. 143-144.

ADI 4858 / DF

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.

ADI 4858 / DF

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.

**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”.⁷

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.⁸

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

⁷ ATALIBA, Geraldo. Federação. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ^a 2, n. 81, p. 172-181, jan./mar. 1987, p. 176.

⁸ ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 298.

ADI 4858 / DF

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 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

ADI 4858 / DF

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 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 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.”⁹

9 ÁVILA, Humberto. A Guerra Fiscal de ICMS e a Resolução nº 13/2012 do Senado Federal. DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes. *Estado Federal e Guerra Fiscal no Brasil*. v. 3. Belo Horizonte: 2015, p. 44.

ADI 4858 / DF

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

ADI 4858 / DF

Norte, Nordeste e Centro-Oeste e ao Estado do Espírito Santo (artigo 1º, parágrafo único). 3. Existindo duas alíquotas para operações 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

ADI 4858 / DF

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.

(...)

Acrescento que tendo participado da votação que deu origem à Resolução nº 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:

ADI 4858 / DF

“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

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 esculpido 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;

(...)

ADI 4858 / DF

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.

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

ADI 4858 / DF

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, irá 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.”¹⁰ (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

10 ÁVILA, Humberto. A Guerra Fiscal de ICMS e a Resolução nº 13/2012 do Senado Federal. DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes. *Estado Federal e Guerra Fiscal no Brasil*. v. 3. Belo Horizonte: 2015, p. 51-52.

ADI 4858 / DF

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:

“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

ADI 4858 / DF

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 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.º 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.º 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

ADI 4858 / DF

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, 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

ADI 4858 / DF

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.

03/05/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.858 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. GILMAR MENDES
REQTE.(S) : MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADV.(A/S) : JULIO CESAR BASSINI CHAMUN
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES METALÚRGICOS - CNTM
ADV.(A/S) : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DISTRIBUIDORES DE AUTOPEÇAS - ANDAP
ADV.(A/S) : LAURINDO LEITE JÚNIOR E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA
ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES
ADV.(A/S) : GUSTAVO DO AMARAL MARTINS
ADV.(A/S) : PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA

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*:

ADI 4858 / DF

“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 desembarço 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;

ADI 4858 / DF

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

ADI 4858 / DF

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

ADI 4858 / DF

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 conessor 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,

ADI 4858 / DF

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

ADI 4858 / DF

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 ao posicionamento dissonante, 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:

ADI 4858 / DF

[...]

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 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

ADI 4858 / DF

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 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.”

ADI 4858 / DF

(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*), 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:

ADI 4858 / DF

“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

ADI 4858 / DF

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.

Impresso por: 00037431013 - GABRIELLE TAITH PEREIRA
Em: 20/10/2021 - 11:37:45

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.858 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S) : MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADV.(A/S) : JULIO CESAR BASSINI CHAMUN
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES METALÚRGICOS - CNTM
ADV.(A/S) : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DISTRIBUIDORES DE AUTOPEÇAS - ANDAP
ADV.(A/S) : LAURINDO LEITE JÚNIOR E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA
ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES
ADV.(A/S) : GUSTAVO DO AMARAL MARTINS
ADV.(A/S) : PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não cabe, proclamado o descompasso com a Constituição Federal, projetar o surgimento dos efeitos da constatação, atribuindo-se eficácia prospectiva à decisão, sob pena de inobservância, pelo ângulo da higidez, da Lei Maior, como se até então não tivesse vigorado.

Norma inconstitucional é natimorta. Formalizado o pronunciamento, é inadequada elucidação de conflito de interesses de caráter subjetivo. Não se está a julgar situação concreta, concebida a partir do que se revela inconstitucionalidade útil, levando em conta a morosidade da máquina judiciária.

Tem-se o viés estimulante, consideradas as casas legislativas, no que incentivada a edição de diploma à margem da Carta da República, a fim de subsistirem, com a passagem do tempo, as situações constituídas que, sob o ângulo do aperfeiçoamento, assim não se mostram, as quais,

ADI 4858 / DF

posteriormente, serão endossadas, muito embora no campo indireto, ante modulação.

Divirjo parcialmente do Relator, no tocante à projeção da eficácia da decisão referente à declaração de inconstitucionalidade

Impresso por: 00037431013 - GABRIELLE TATITH PEREIRA
Em: 20/10/2021 - 11:37:45

03/05/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.858 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. GILMAR MENDES
REQTE.(S) : MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADV.(A/S) : JULIO CESAR BASSINI CHAMUN
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES METALÚRGICOS - CNTM
ADV.(A/S) : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DISTRIBUIDORES DE AUTOPEÇAS - ANDAP
ADV.(A/S) : LAURINDO LEITE JÚNIOR E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA
ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES
ADV.(A/S) : GUSTAVO DO AMARAL MARTINS
ADV.(A/S) : PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ICMS. RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL Nº 13/2012. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL. GUERRA DOS PORTOS.

1. Ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Mesa Diretora da Assembleia

ADI 4858 / DF

Legislativa do Estado do Espírito Santo contra a Resolução do Senado Federal nº 13/2012, que reduziu a alíquota interestadual do ICMS devido nas operações com mercadorias importadas de 12 ou 7% (a depender da situação) para 4%.

2. Essa resolução visa a combater a “guerra dos portos”, que, como uma competição fiscal entre os Estados, fragiliza a sua autonomia financeira e, por conseguinte, o princípio federativo.

3. Competência do Senado Federal para fixar as “alíquotas” de ICMS aplicáveis às operações interestaduais (art. 155, § 2º, IV, da CF).

4. Ausência de violação aos arts. 5º, 150, II, e 152, todos da CF, já que a resolução questionada não reduz nem majora a carga tributária devida. Há apenas uma redistribuição da arrecadação entre os Estados, pelo que é infundada a acusação de discriminação em razão da procedência da mercadoria.

5. Inexistência de ofensa ao art. 155, § 2º, III, da CF, pois, nas operações interestaduais, a seletividade em função da essencialidade manifesta-se pelas alíquotas internas do ICMS.

6. Ausência de afronta aos arts. 5º, II, e 150, I, da CF, uma vez que não se trata de “delegação pura”, quando o Poder Legislativo confere um “cheque em branco” ao Poder Executivo para disciplinar o tema

ADI 4858 / DF

por ato infralegal e, assim, retirá-lo do escopo legal. A delegação realizada pela resolução em questão é pautada por critérios fixados nela e se amolda à necessidade técnica e de atualização constante que a definição das mercadorias importadas e dos similares nacionais exige.

7. Por todo o exposto, **acompanho** a divergência aberta pelo Min. Gilmar Mendes, para, com outros fundamentos, julgar **improcedente** o pedido e declarar a constitucionalidade da Resolução nº 13/2012.

8. Fixação da seguinte tese de julgamento: *“É constitucional a resolução do Senado Federal que, com fundamento no art. 155, § 2º, IV, da CF, reduz a alíquota interestadual devida nas operações envolvendo mercadorias importadas, visando a combater a guerra fiscal entre os Estados”*.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo contra a Resolução do Senado Federal nº 13/2012. O ato questionado reduziu as alíquotas interestaduais do ICMS devido nas operações com mercadorias importadas de 12 ou 7% (a depender da hipótese concreta¹) para 4%.

2. A Requerente alega a inconstitucionalidade desse ato normativo sob o fundamento de que: (i) o Senado não é competente para dispor sobre as alíquotas interestaduais visando a tutelar outro fim que não a repartição das receitas tributárias entre os Estados, com base no art. 155, § 2º, IV, da CF; (ii) é inconstitucional a diferenciação do tratamento

¹ Cf. Resolução do Senado Federal nº 22/1989.

ADI 4858 / DF

tributário em função da procedência das mercadorias (arts. 5º, 150, II e 152, todos da CF); (iii) a uniformidade de alíquotas interestaduais não observa o critério da essencialidade (art. 155, § 2º, II, da CF); (iv) viola-se o princípio da tipicidade cerrada (arts. 5º, II, e 150, I, da CF) com a delegação de competência ao Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) e ao Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) para “complementar” as regras da resolução em questão.

3. O Advocacia-Geral da União e o Procuradoria-Geral da República manifestaram-se pela improcedência do pedido, ao sustentar que:

(i) a Resolução nº 13/2012 se destina a repartir a receita tributária entre os entes. Além disso, o art. 155, § 2º, IV, da CF, autoriza que o Senado Federal, por meio de resolução, fixe as “alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais”. Isto é, a essa casa legislativa é facultado introduzir mais de uma alíquota interestadual. Note-se, ainda, que a redução promovida pela Resolução nº 13/2012 das alíquotas interestaduais pretende fortalecer o pacto federativo, uma vez que busca combater a “guerra dos portos”;

(ii) o art. 152 da CF é inaplicável no caso concreto, já que se destina a outras hipóteses de atuação do Poder Legislativo que não a edição da resolução em tela. Mesmo que assim não fosse, a redução da alíquota interestadual não provoca a diminuição do ICMS total, pois, considerando uma alíquota interna de 18%, a alíquota final consolidada será sempre de 18% (4% de alíquota interestadual acrescida da diferença entre a alíquota interna de 18% e a interestadual de 4%);

(iii) não há violação à legalidade e à tipicidade tributárias, porque os parâmetros para a regulamentação pelo Poder Executivo foram traçados pela própria Resolução, não havendo uma delegação pura.

4. O Min. Edson Fachin, relator do feito, votou pela **procedência** do pedido para declarar a inconstitucionalidade da

ADI 4858 / DF

Resolução do Senado Federal nº 13/2012. Sua Excelência fundamentou essa conclusão nos seguintes argumentos: (1) apesar da ausência de *inconstitucionalidade formal*, uma vez que o Senado é competente para fixar as alíquotas interestaduais, inclusive objetivando alcançar outros fins que não apenas a repartição das receitas tributárias entre os Estados, (2) há vícios de *inconstitucionalidade material*, já que (2.1) se ofende a vedação à discriminação tributária em razão da origem (art. 152 da CF) e (2.2) a uniformidade de alíquotas interestaduais contraria o princípio da seletividade em função da essencialidade (art. 155, § 2º, III, da CF). Acrescente-se que (3) a delegação legislativa ao CONFAZ e à CAMEX, para fixar as regras quanto ao conteúdo de importação das mercadorias, também atenta contra os princípios da legalidade tributária e da reserva legal. Isso acontece porque não há a delimitação de parâmetros mínimos para o exercício dessa função normativa na Resolução nº 13/2012. O Min. Edson Fachin propôs ainda a modulação dos efeitos da decisão para atribuir eficácia *ex nunc*, a contar da publicação da decisão. Veja-se a ementa do voto do Relator:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL 13/2012. ICMS IMPORTAÇÃO. FEDERALISMO FISCAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DO SENADO FEDERAL PARA COMBATER AS DESIGUALDADES REGIONAIS. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. DISCRIMINAÇÃO ENTRE PRODUTOS NACIONAIS E IMPORTADOS. IMPOSSIBILIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA. MODULAÇÃO DE EFEITOS.

1. Nos termos do art. 155, § 2º, inciso XII, da CRFB, o Senado Federal detém competência extraordinária para fixar o limite de alíquotas do ICMS. Precedentes.

2. A distinção entre produtos nacionais e importados, mediante alíquotas diferenciadas de ICMS, viola a igualdade tributária, materializada na vedação à discriminação tributária em razão da origem. Precedentes.

ADI 4858 / DF

3. 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.

4. Ação direta julgada procedente com efeitos *ex nunc*. “

5. Neste Plenário virtual, o Min. Marco Aurélio abriu **divergência** para acompanhar o Relator no mérito, opondo-se, porém, ao cabimento da modulação dos efeitos da decisão.

6. Em seguida, o Min. Gilmar Mendes abriu nova **divergência** para julgar **improcedente** o pedido e declarar a constitucionalidade da Resolução nº 13/2012. Em seu entender, o Senado Federal é competente para disciplinar o tema em comento por meio de resolução e “levada ao extremo a pretensão de igualdade pugnada pela autora em matéria tributária, cairia por terra boa parte da tributação sobre o comércio exterior”.

7. É o relatório. Passo a votar.

8. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo contra a Resolução do Senado Federal nº 13/2012. O ato questionado reduziu as alíquotas interestaduais do ICMS devido nas operações com mercadorias importadas de 12 ou 7% (a depender da hipótese concreta²) para 4%.

9. Como visto, o Relator do feito, o Min. Edson Fachin, concluiu pela **procedência** do pedido formulado nesta ação direta de inconstitucionalidade afirmando que, a despeito da competência do Senado para editar a Resolução nº 13/2012, esta “viola o princípio da igualdade tributária [...], ao fixar alíquotas máximas para operações

2 Cf. Resolução do Senado Federal nº 22/1989.

ADI 4858 / DF

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”. Além disso, propôs a modulação dos efeitos da decisão para atribuir eficácia *ex nunc*, a contar da publicação desta decisão.

10. Em seguida, o Min. Marco Aurélio abriu **divergência** para acompanhar o relator no mérito, opondo-se, porém, ao cabimento da modulação dos efeitos da decisão.

11. O Min. Gilmar Mendes, por sua vez, abriu nova **divergência** para julgar **improcedente** o pedido, uma vez que o Senado é competente para disciplinar o tema em comento e a Resolução nº 13/2012 não viola o princípio da igualdade.

12. Diante dessa pluralidade de votos, **acompanho** a divergência aberta pelo Min. Gilmar Mendes para julgar **improcedente** o pedido, mas diverjo, parcialmente, quanto aos fundamentos adotados, como passo a expor.

13. Saliento, precipuamente, que, em linha como os votos antes referidos, o Senado Federal é competente para fixar as alíquotas do ICMS devido nas operações interestaduais, independentemente de pretender alcançar outros fins que não apenas a repartição do poder de tributar entre os Estados. O art. 155, § 2º, IV, da CF corrobora esse entendimento, ao prever que a essa casa legislativa compete estipular, por meio de resolução, as “alíquotas” aplicáveis nas operações interestaduais, sem que se imponham limites teleológicos expressos a essa atividade normativa.

14. Observe-se que a Resolução nº 13/2012 foi editada objetivando combater a chamada “**guerra dos portos**”. Esta ocorre quando, visando a atrair a atividade de importação para os seus territórios, os Estados

ADI 4858 / DF

conferem benefícios fiscais, normalmente inconstitucionais³ e relacionados à concessão de crédito presumido. Isso dá ensejo a uma competição fiscal entre os entes e impacta a sistemática de apuração do ICMS, já que o Estado de destino, muitas vezes, reconhece o ICMS devido na origem como sendo 12% ou 7% (art. 1º da Resolução nº 22/1989), quando, em verdade, este é zero ou um valor muito baixo, de maneira que a alíquota total (a alíquota interestadual somada à diferença entra a alíquota interna e aquela interestadual) pode chegar a 6%, considerando uma alíquota interna de 18%.

15. Procurando combater a “**guerra dos portos**”, a Resolução nº 13/2012 determina que, nas operações interestaduais envolvendo mercadorias importadas, se aplique a alíquota interestadual de 4%. Note-se o que dispõe o art. 1º da aludida resolução:

!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).!

16. Vale dizer, as alíquotas interestaduais do ICMS foram fixadas, inicialmente, pela Resolução do Senado Federal nº 22/1989, no patamar de 12%, como regra geral. Tais alíquotas são reduzidas para 7%, no caso das operações originadas das regiões Sul e Sudeste, e destinadas às regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, e ao Estado do Espírito Santo. Ao mesmo tempo, em consonância com o art. 155, § 2º, VII, da CF, ao Estado de origem é devida a alíquota interestadual e ao Estado de destino, a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual. Com efeito, ao Estado de origem é devido o ICMS de 12% ou 7%, e ao Estado de destino, considerando uma alíquota interna de 18%, o ICMS de 6% (18% - 12%) ou 11% (18% - 7%).

3 Em razão da Lei Complementar nº 160/2017, muitos benefícios foram convalidados, mas a disputa entre os Estados ainda remanesce.

ADI 4858 / DF

17. Verifique-se que, ao reduzir as alíquotas interestaduais do Estado de origem (de 12% ou 7% para 4%), a Resolução nº 13/2012 não diminui o ICMS total. Apenas transfere para o Estado de destino uma fatia maior da arrecadação. Isso acaba por reduzir, proporcionalmente, o impacto do benefício fiscal que tenha sido concedido pelo Estado de origem. Desse modo, diminui-se a competição fiscal entre os entes que funcionam como portas de entrada de mercadorias provenientes do exterior. Em outras palavras, há um mero deslocamento de parcela da arrecadação entre os entes federados, sem que se reduza, em princípio, o valor total suportado pelo sujeito passivo.

18. Pondere-se ainda que o art. 155, § 2º, IV, da CF não determina qual deve ser o critério utilizado pelo Senado Federal para imputar a cada ente uma parcela do ICMS. Trata-se de tema sujeito à liberdade de conformação da casa legislativa. Ademais, a norma constitucional autoriza que se prevejam “alíquotas” interestaduais, no plural, o que indica a admissão de mais de um percentual.

19. No caso em questão, o critério adotado almeja combater a “**guerra dos portos**”, que, como uma espécie de guerra fiscal, fragiliza a autonomia financeira dos entes, além de se contrapor ao princípio federativo. Importa ainda ressaltar que a Resolução do Senado Federal nº 22/1989, inclusive, ao fixar as alíquotas gerais devidas nas operações interestaduais, distribui a arrecadação em função dos Estados de origem e de destino. Procura-se garantir que, quando os Estados de origem estejam nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste ou seja o Estado do Espírito Santo, aplique-se a alíquota interestadual maior de 12%. Ao passo que, quando o Estado de origem estiver nas demais regiões e o Estado de destino estiver naquelas primeiras mencionadas, aplica-se a alíquota interestadual menor de 7%. Isso permite que uma maior parcela da arrecadação do ICMS remanesça com os Estados de menor desenvolvimento econômico e social, em havendo transações comerciais

ADI 4858 / DF

com os Estados de maior desenvolvimento, o que incentiva a redução das desigualdades regionais.

20. Conclui-se que, pretendendo combater a guerra fiscal entre os Estados, é, em princípio, constitucional a adoção do critério 'origem das mercadorias' (mercadorias importadas) para repartir a arrecadação do ICMS nas operações interestaduais.

21. A Requerente argumenta que a Resolução nº 13/2012 violaria os arts. 5º, 150, II, e 152 da CF, pois introduz um tratamento tributário menos favorecido às mercadorias de procedência estrangeira em relação às nacionais. Essa afirmação é equivocada, já que, reitera-se, essa resolução não reduz nem majora a carga tributária devida sobre a circulação de tais bens; há apenas uma redistribuição da arrecadação tributária entre os Estados. Assim sendo, é infundada a acusação de discriminação em razão da procedência das mercadorias, quando o sujeito passivo com uma operação com mercadoria importada tem o mesmo ônus fiscal que qualquer outro com uma mercadoria nacional.

22. A autora desta ação também sustenta que haveria violação ao art. 155, § 2º, III, da CF, uma vez que se empregaria uma alíquota interestadual uniforme para todas as mercadorias importadas, independentemente de sua essencialidade. Esse argumento, no entanto, novamente é equivocado, porque no ICMS devido nas operações interestaduais a seletividade se manifesta pelas alíquotas internas fixadas pelos Poderes Legislativos estaduais. Essa circunstância, inclusive, refletiu-se na própria Resolução nº 22/1989 que, como descrito, apenas distingue as alíquotas segundo os Estados de origem e de destino, pouco importando particularidades dos bens envolvidos na operação. Veja-se ainda que a gradação da alíquota interestadual, em verdade, não afeta o ICMS total, considerando que a sua redução ou majoração, como regra, tão somente permite que haja uma maior ou uma menor parcela da arrecadação alocada ao Estado de destino.

ADI 4858 / DF

23. A Requerente, ademais, defende que a Resolução nº 13/2012 padeceria de vício de inconstitucionalidade, por contrariar os arts. 5º, II, e 150, I, da CF, ao delegar ao Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) e ao Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) a competência para disciplinar (1) os critérios e os procedimentos para definição do conteúdo de importação dos bens e a certificação respectiva, e (2) as mercadorias que não possuem similar nacional.

24. Resta claro que a delegação em questão não se amolda à noção de “delegação pura”, quando o Poder Legislativo confere uma espécie “cheque em branco” ao Poder Executivo para disciplinar um tema por ato infralegal e, assim, retirar do escopo legal matéria que foi constitucionalmente reservada a este. No caso concreto, o art. 155, § 2º, IV, da CF confere ao Senado Federal a competência para “estabelece[r] as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais”. A Resolução nº 13/2012 assim o fez, ao fixar a alíquota interestadual em 4%. A delegação em questão diz respeito a elementos *acessórios* e *técnicos* à previsão da aludida alíquota. Isto é, o Poder Legislativo não deixou de se desincumbir de seu ônus constitucional.

25. A delegação da Resolução nº 13/2012 também é feita dentro de uma moldura por esta definida e decorre da tecnicidade do tema, a demandar a avaliação por órgãos especializados e a atualização permanente das qualificações, dada a mutabilidade da realidade subjacente à norma. Por todos os ângulos pelos quais se examine a delegação em tela, constata-se que esta não retira da Resolução nº 13/2012 a função de fixar as alíquotas aplicáveis nem se trata de concessão indeterminada de poder normativo ao Poder Executivo.

26. Esse entendimento foi endossado, em situações análogas, por esta Corte na resolução do Tema de repercussão geral nº 540 (RE 704.292,

ADI 4858 / DF

Rel. Min. Dias Toffoli⁶) e no julgamento da ADI 4.697, Rel. Min. Edson Fachin, como se extrai das ementas transcritas a seguir:

“Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tributário. Princípio da legalidade. Contribuições. Jurisprudência da Corte. Legalidade suficiente. Lei nº 11.000/04. Delegação aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas do poder de fixar e majorar, sem parâmetro legal, o valor das anuidades. Inconstitucionalidade. 1. Na jurisprudência da Corte, a ideia de legalidade, no tocante às contribuições instituídas no interesse de categorias profissionais ou econômicas, é de fim ou de resultado, notadamente em razão de a Constituição não ter traçado as linhas de seus pressupostos de fato ou o fato gerador. Como nessas contribuições existe um quê de atividade estatal prestada em benefício direto ao contribuinte ou a grupo, **seria imprescindível uma faixa de indeterminação e de complementação administrativa de seus elementos configuradores, dificilmente apreendidos pela legalidade fechada.** Precedentes. 2. Respeita o princípio da legalidade a lei que disciplina os elementos essenciais determinantes para o reconhecimento da contribuição de interesse de categoria econômica como tal e deixa um espaço de complementação para o regulamento. A lei autorizadora, em todo caso, deve ser legitimamente justificada e o diálogo com o regulamento deve dar em termos de subordinação, desenvolvimento e complementariedade. 3. A Lei nº 11.000/04 que autoriza os Conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a fixar as anuidades devidas por pessoas físicas ou jurídicas não estabeleceu expectativas, criando uma situação de instabilidade institucional ao deixar ao puro arbítrio do administrador o estabelecimento do valor da exação – afinal, não há previsão legal de qualquer limite máximo para a fixação do valor da anuidade. 4. O grau de indeterminação com que os dispositivos da Lei nº 11.000/2000 operaram provocou a degradação da reserva legal (art. 150, I, da CF/88). Isso porque a remessa ao ato infralegal não pode resultar em desapoderamento do legislador

ADI 4858 / DF

para tratar de elementos tributários essenciais. Para o respeito do princípio da legalidade, seria essencial que a lei (em sentido estrito) prescrevesse o limite máximo do valor da exação, ou os critérios para encontrá-lo, o que não ocorreu. 5. Não cabe aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas realizar atualização monetária em patamares superiores aos permitidos em lei, sob pena de ofensa ao art. 150, I, da CF/88. 6. Declaração de inconstitucionalidade material sem redução de texto, por ofensa ao art. 150, I, da Constituição Federal, do art. 2º da Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, de forma a excluir de sua incidência a autorização dada aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas para fixar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas, e, por arrastamento, da integralidade do seu § 1º. 7. Na esteira do que assentado no RE nº 838.284/SC e nas ADI nºs 4.697/DF e 4.762/DF, as inconstitucionalidades presentes na Lei nº 11.000/04 não se estendem às Leis nºs 6.994/82 e 12.514/11. Essas duas leis são constitucionais no tocante às anuidades devidas aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, haja vista que elas, além de prescreverem o teto da exação, realizam o diálogo com o ato normativo infralegal em termos de subordinação, de desenvolvimento e de complementariedade. [...] 9. Negado provimento ao recurso extraordinário.” (RE 704.292, Rel. Min. Dias Toffoli, grifo acrescentado.)

“AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONSELHOS PROFISSIONAIS. AUTARQUIAS FEDERAIS. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DE INTERESSE PROFISSIONAL. ANUIDADES. ART. 149 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LEI COMPLEMENTAR. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. PRATICABILIDADE. PARAFISCALIDADE. LEI FEDERAL 12.514/2011. [...] 6. A Lei 12.514/2011 ora impugnada observou a capacidade contributiva dos contribuintes, pois estabeleceu razoável correlação entre a desigualdade

ADI 4858 / DF

educacional e a provável disparidade de rendas auferidas do labor de pessoa física, assim como por haver diferenciação dos valores das anuidades baseada no capital social da pessoa jurídica contribuinte. 7. Não ocorre violação ao princípio da reserva legal, uma vez que o diploma impugnado é justamente a lei em sentido formal que disciplina a matéria referente à instituição das contribuições sociais de interesse profissional para aqueles conselhos previstos no art. 3º da Lei 12.514/11. 8. No tocante à legalidade tributária estrita, reputa-se ser adequada e suficiente a determinação do mandamento tributário no bojo da lei impugnada, por meio da fixação de tetos aos critérios materiais das hipóteses de incidência das contribuições profissionais, à luz da chave analítica formada pelas categorias da praticabilidade e da parafiscalidade. Doutrina. 9. Ações Diretas de Inconstitucionalidade improcedentes.” (ADI 4.697, Rel. Min. Edson Fachin)

27. Por todo o exposto, **acompanho** a divergência aberta pelo Min. Gilmar Mendes para, com outros fundamentos, julgar **improcedente** o pedido e declarar a constitucionalidade da Resolução nº 13/2012.

28. Proponho a fixação da seguinte tese de julgamento: “*É constitucional a resolução do Senado Federal que, com fundamento no art. 155, § 2º, IV, da CF, reduz a alíquota interestadual devida nas operações envolvendo mercadorias importadas, visando a combater a guerra fiscal entre os Estados*”.

29. É como voto.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.858 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S) : MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADV.(A/S) : JULIO CESAR BASSINI CHAMUN
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES METALÚRGICOS - CNTM
ADV.(A/S) : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DISTRIBUIDORES DE AUTOPEÇAS - ANDAP
ADV.(A/S) : LAURINDO LEITE JÚNIOR E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA
ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES
ADV.(A/S) : GUSTAVO DO AMARAL MARTINS
ADV.(A/S) : PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Vogal):

1. Discute-se, na presente ação, a constitucionalidade da Resolução n. 13, de 2012, do Senado Federal, que dispõe:

“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

ADI 4858 / DF

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”.

3. Nos votos do Ministro Relator e do Ministro Gilmar Mendes e também nas informações do Senado Federal (e-doc. 15) se têm a afirmativa de que a Resolução SF n. 13 de 2012 objetiva a superação do problema apelidado “guerra dos portos”, caracterizado como o que

ADI 4858 / DF

também se chamou de “guerra fiscal” entre os Estados portuários. O comportamento seria direcionado às empresas importadoras, com a concessão de benefícios fiscais relativos ao ICMS – créditos presumidos ou diferidos -, às vezes sem prévia aprovação do CONFAZ.

O estabelecimento de alíquota baixa e única de ICMS nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior minimizaria os efeitos dessa disputa entre os Estados. A medida importaria, ainda, a redução dos benefícios até então conferidos aos produtos importados em detrimento dos nacionais.

4. A atuação do Senado Federal, na espécie vertente, é expressamente autorizada pela Constituição Federal, ao dispor sobre o ICMS:

“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;”

Como mencionado pelo Relator, “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,

ADI 4858 / DF

bem como as relações federativas e o comércio exterior". O Ministro Edson Fachin realçou que, na linha do decidido nas ADI-MC 1978 e ADI-MC 2.021, *"a jurisprudência do STF ... admite a multiplicidade de finalidades atribuíveis à resolução senatorial em questão"*, inclusive para se alcançar objetivos extrafiscais, dentre os quais o legítimo *"combate à guerra fiscal interfederativa"*.

Este Supremo Tribunal Federal consolidou jurisprudência no sentido da legitimidade das Resoluções editadas pelo Senado Federal no exercício da competência prevista nos inc. IV do §2º do art. 155 da Constituição Federal, citando o RE n. 145.491, Relator o Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 1.12.1997.

5. No caso agora examinado, acompanho o voto do Ministro Relator no ponto relativo ao afastamento das preliminares.

Entretanto, no mérito, peço vênia para divergir da compreensão por ele adotada. Diversamente do que expõe o eminente Ministro Relator em seu voto, não vislumbro inconstitucionalidade material por discriminação tributária em razão da origem, o que é vedado no artigo 152 da Constituição Federal, que estabelece:

"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".

6. O dispositivo é expresso em relação aos destinatários da norma: Estados, Distrito Federal e Municípios.

A interpretação adotada neste dispositivo constitucional é a de que ali se acolhe e se desenha o conteúdo do princípio da isonomia tributária em relação aos entes federados. O objetivo da norma é fortalecer o pacto federativo, pelo que se refere a norma à discriminação que se ter – e que contrariaria o princípio da solidariedade federativa – entre os entes

ADI 4858 / DF

federados. Essa conclusão é reforçada pela interpretação sistemática da Constituição, a partir da norma imediatamente antecedente, que também impede que a União confira tratamento diferenciado aos entes federados, salvo quando destinado a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País:

“Art. 151. É vedado à União:

I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País;

II - tributar a renda das obrigações da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como a remuneração e os proventos dos respectivos agentes públicos, em níveis superiores aos que fixar para suas obrigações e para seus agentes;

III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios”.

7. Sobre o princípio da isonomia tributária posto nos arts.151 e 152 da Constituição da República, comenta, por exemplo, José Miguel Garcia Medina:

“Isonomia tributária: princípios decorrentes. No art. 151, são arrolados três princípios que descendem do princípio da isonomia tributária (cf. art. 150, II), a serem observados pela União (quanto aos demais entes, cf. art. 152), a saber: a) uniformidade geográfica, que decorre também do princípio federativo, impondo-se a necessidade de se observar isonomia em âmbito nacional, sem distinção entre Estados e regiões, mas ressalva-se – também como decorrência da necessidade de se conferir tratamento desigual a quem se encontra em situação diferente – a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País (art. 150, I); b) isonomia quanto a títulos da dívida pública de entes da Federação e de seus agentes, vedando-se a tributação “em níveis superiores aos que fixar para suas obrigações e

ADI 4858 / DF

para seus agentes” (art. 150, II); e c) vedação a isenções tributárias heterônomas, em relação a tributos que não são de competência da União, já que “o poder de isentar é ínsito ao poder de tributar”, isto é, “quem tem o poder de impor determinado tributo é que tem o poder de estabelecer isenções” (José Afonso da Silva, Curso... cit., p. 719) (cf., no entanto, arts. 155, § 2.º, XII, e, e 156, § 3.º, II, que dizem respeito a exclusão de incidência dos impostos a que se referem). Note-se que as vedações previstas no art. 151 incidem, “unicamente, no plano das relações institucionais domésticas que se estabelecem entre as pessoas políticas de direito público interno”. Assim, nada impede “que o Estado Federal brasileiro celebre tratados internacionais que veiculem cláusulas de exoneração tributária em matéria de tributos locais (como o ISS, p. ex.), pois a República Federativa do Brasil, ao exercer o seu treaty-making power, estará praticando ato legítimo que se inclui na esfera de suas prerrogativas como pessoa jurídica de direito internacional público, que detém – em face das unidades meramente federadas – o monopólio da soberania e da personalidade internacional” (STF, RE 543.943-AgRg, rel. Min. Celso de Mello, j. 30.11.2010).

Não discriminação tributária entre os entes da Federação. O art. 152 estabelece regra dirigida aos entes da Federação, no que diz respeito aos bens e serviços realizados entre seus âmbitos geográficos. Impõe a observância do princípio da uniformidade geográfica (cf. comentário ao art. 151) também nesse âmbito. Trata-se, também aqui, de consectário do princípio da isonomia tributária (cf. comentário ao art. 150, II)” (Constituição Federal Comentada - Ed. 2014 – Livro eletrônico).

No mesmo sentido, tem-se na manifestação da Procuradoria Geral da República:

“(…)

33. No que diz respeito à alegada discriminação em razão da origem dos bens, o art. 152 da Constituição é claro ao direcionar a proibição aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Novamente, aqui, vê-se a preocupação do constituinte em evitar o

ADI 4858 / DF

desencadeamento da guerra fiscal.

34. Nesse sentido, Misabel Derzi assevera que ‘a Constituição de 1988, na linha das anteriores, também veda que Estados e Municípios criem discriminações tributárias (quer por meio de imposto, que por meio de taxas sanitárias de inspeção ou fiscalização) entre bens e serviços, em razão de sua origem ou de seu destino (art. 152). O objetivo é submeter bens e serviços a um tratamento equânime dentro de Estados ou de Municípios, de modo que possam circular livremente sem barreias fiscais estabelecidas por uns, em detrimento de outros’.

35. O comando não abrange, portanto, as normas produzidas pelo legislador federal, a exemplo das resoluções senatoriais. (...)” (e-doc. 49).

8. A Resolução questionada desdobra o que posto na Constituição, pois busca assegurar a isonomia tributária entre os entes federados com adoção de providências para superar a denominada “guerra dos portos”. A competência do Senado, nos termos do IV do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, na mesma linha, reforça a necessidade de se respeitar a isonomia entre os Estados.

Assim, adote-se a interpretação gramatical da norma posta no art. 152 da Constituição Federal ou as finalidades com ela postas como determinação constitucional, não se vislumbra seu comprometimento pela atuação adotada pelo Senado Federal na Resolução questionada.

9. Quanto “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”, tampouco se vislumbra inconstitucionalidade por violação ao princípio da legalidade.

10. Ao analisar as falhas na incompletude da delegação da Taxa SISCOMEX, a Segunda Turma, em 6.3.2018, acompanhou o voto do

ADI 4858 / DF

Relator, o Ministro Dias Toffoli, que delineou os contornos da flexibilização do princípio da legalidade adotadas por este Supremo Tribunal:

“(...) É bem verdade que, em matéria de delegação legislativa, a jurisprudência da Corte tem acompanhado um movimento de maior flexibilização do Princípio da Legalidade, desde que o legislador estabeleça o desenho mínimo que evite o arbítrio. Ou seja, o legislador pode limitar-se a determinar os critérios idôneos para excluir o arbítrio da autoridade delegada. Em linhas gerais, os seguintes critérios são considerados válidos para se aferir a constitucionalidade de norma regulamentar: a) o fato de a delegação poder ser retirada daquele que a recebeu, a qualquer momento, por decisão do Congresso; b) o fato de Congresso fixar padrões que limitam a ação do delegado; c) a razoabilidade da delegação. Nesse sentido, o Ministro Carlos Velloso, no julgamento do RE nº 343.446/SC, concluiu ser condizente com o interesse público deixar por conta do Executivo estabelecer normas, em termos de regulamentos, os quais não podem ir além do conteúdo das normas regulamentadas.

Como destaca Marco Aurélio Greco, ao analisar julgados da Corte (RE nº 343.446/SC), a exigência constitucional, a teor da jurisprudência do STF, é de que haja uma legalidade suficiente, e não uma legalidade estrita (Planejamento Tributário. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 147).

Conforme já assentei no julgamento do RE nº 704.292/PR (Plenário, DJe de 30/6/16) e do RE nº 838.284/SC, é possível dizer que há respeito ao princípio da legalidade quando uma lei disciplina os elementos essenciais e determinantes para o reconhecimento da obrigação tributária e deixa um espaço de complementação para o regulamento. A lei autorizadora, em todo caso, deve ser legitimamente justificada e o diálogo com o regulamento deve-se dar em termos de subordinação, desenvolvimento e complementariedade.

É possível dizer, com base nos recentes pronunciamentos que a questão relativa à delegação legislativa foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal a partir das peculiaridades das espécies tributárias envolvidas e à luz de cada caso concreto. Não existe, desse modo, ampla e irrestrita liberdade para o legislador realizar o diálogo com o

ADI 4858 / DF

regulamento no tocante ao aspecto quantitativo da regra matriz de incidência tributária.

(...)”.

11. Na Resolução questionada, não se tem delegação da competência atribuída ao Senado pelo inc. IV do §2º do art. 155 da Constituição Federal.

O ato impugnado estabelece a alíquota aplicável, estabelecendo limites para o que há a ser considerado “conteúdo de importação” (§ 2º do art. 1º da Resolução SF n. 13/2012) e excluindo da abrangência da norma “bens e mercadorias importados do exterior que não tenham similar nacional” (inc. I do §4º do art. 1º da Resolução SF n. 13/2012). Confere-se à Camex e ao Confaz apenas questões secundárias, tipicamente regulamentares, que não introduzem inovações no ordenamento jurídico, meros desdobramentos do que posto na norma.

Neste sentido, a Procuradoria Geral da República manifestou-se:

“(...) 37. A resolução impugnada estabelece expressamente no seu art. 1º, §2º, a definição de ‘conteúdo da importação’ adotada, consistente no ‘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’.

38. Esse conceito, corresponde ao valor agregado ao produto no país, não depende de regulamentação para sua aplicação.

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 a 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” (e-doc. 49).

ADI 4858 / DF

12. Assim, a análise do questionamento posto na presente ação conduz à conclusão de que a Resolução Senado Federal nº 13, de 2012, não extrapola a competência constitucionalmente estabelecida no inc. IV do § 2o. do art. 155 Constituição da República.

Sequer cuida de matéria para as quais a Constituição impõe o instrumento da lei complementar, na forma do inc. XII do § 2o. Do art. 155, não se comprovando também inconstitucionalidade formal, pelo que dela ausente nódoa que a vicie insuperavelmente.

13. Pelo exposto, **com as venias do eminente Ministro Relator, voto pela improcedência da presente ação direta de inconstitucionalidade.**

Impresso por: 00037431013 - GABRIELLE TATIANA FERREIRA
Em: 20/10/2021 - 11:37:45

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.858**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S) : MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADV.(A/S) : JULIO CESAR BASSINI CHAMUN (0005612/ES)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES METALÚRGICOS - CNTM

ADV.(A/S) : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA (23167/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DISTRIBUIDORES DE AUTOPEÇAS - ANDAP

ADV.(A/S) : LAURINDO LEITE JÚNIOR (173229/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA

ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES (91152/RJ)

ADV.(A/S) : GUSTAVO DO AMARAL MARTINS (24513/DF, 26353/GO, 144473/MG, 25574/A/MT, 42874/PR, 72167/RJ, 3688/RO, 69414A/RS, 291374/SP, 6423-A/TO)

ADV.(A/S) : PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA (37996/DF, 326721/SP)

Decisão: Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que conhecia da ação direta, julgava procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Resolução do Senado Federal n. 13, de 2012, propunha a fixação da seguinte 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", e modulava os efeitos desta decisão, para que sua eficácia tenha início a partir da publicação da presente decisão; do voto do Ministro Marco Aurélio, que divergia parcialmente do Relator, no tocante à projeção da eficácia da decisão referente à declaração de inconstitucionalidade; e dos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia, que julgavam improcedente a ação, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Plenário, Sessão Virtual de 23.4.2021 a 30.4.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli,

Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

Impresso por: 00037431013 - GABRIELLE TATITH PEREIRA
Em: 20/10/2021 - 11:37:45

17/08/2021**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.858 DISTRITO FEDERAL****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).

ADI 4858 / DF

§ 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.”

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 do 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

ADI 4858 / DF

CONFAZ e a CAMEX, a fim de que 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 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 afetaria 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

ADI 4858 / DF

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 de sua publicação.

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 vênias 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

ADI 4858 / DF

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, Rel. Min. **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 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

ADI 4858 / DF

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 Primeiro 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 Espírito 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).

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.

ADI 4858 / DF

Segundo a redação originária do texto constitucional, se o destinatário da mercadoria ou do serviço tributável pelo ICMS fosse contribuinte do imposto, o estado de origem deveria ficar com o montante relativo à aplicação da alíquota interestadual fixada pelo Senado Federal e o estado de destino, 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 deveria ficar 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

ADI 4858 / DF

Federal, resultou do objetivo de se adotar medida contra a guerra dos portos, espécie de guerra fiscal.

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

ADI 4858 / DF

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.

(...)

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."

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

ADI 4858 / DF

“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 as operações interestaduais de circulação de mercadorias importadas. Esse esforço visa justamente suprimir as vantagens decorrentes dos benefícios fiscais concedidos unilateralmente na importação.”¹

Considero possível a adoção de alíquota interestadual de ICMS diferenciada quanto a operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior por meio de resolução do Senado Federal.

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

1 TAKANO, Caio Augusto. Guerra dos portos – os deveres instrumentais introduzidos pelo Ajuste Sinief n. 19/2012 e os limites normativos da Resolução do Senado Federal n. 13/2012. RDDT 212/15, maio 2013, **apud** PAULSEN, Leandro. Constituição e código tributário comentados à luz da doutrina e da jurisprudência. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 359.

ADI 4858 / DF

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.”²

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.

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

² Disponível em:

<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/5a_Subcomissao_De_Tributos,_Participacao_E_Distribuicao_De_Receitas.pdf#page=156>. Acesso em 1º jun 2021.

ADI 4858 / DF

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 540, RE nº 704.292/PR, de **minha relatoria**, DJe de 3/8/17.

ADI 4858 / DF**DISPOSITIVO**

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.

Impresso por: 00037431013 - GABRIELLE TATITH PEREIRA
Em: 20/10/2021 - 11:37:45

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.858**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S) : MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADV.(A/S) : JULIO CESAR BASSINI CHAMUN (0005612/ES)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES METALÚRGICOS - CNTM

ADV.(A/S) : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA (23167/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DISTRIBUIDORES DE AUTOPEÇAS - ANDAP

ADV.(A/S) : LAURINDO LEITE JÚNIOR (173229/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA

ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES (91152/RJ)

ADV.(A/S) : GUSTAVO DO AMARAL MARTINS (24513/DF, 26353/GO, 144473/MG, 25574/A/MT, 42874/PR, 72167/RJ, 69414A/RS, 291374/SP, 6423-A/TO)

ADV.(A/S) : PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA (37996/DF)

Decisão: Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que conhecia da ação direta, julgava procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Resolução do Senado Federal n. 13, de 2012, propunha a fixação da seguinte 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", e modulava os efeitos desta decisão, para que sua eficácia tenha início a partir da publicação da presente decisão; do voto do Ministro Marco Aurélio, que divergia parcialmente do Relator, no tocante à projeção da eficácia da decisão referente à declaração de inconstitucionalidade; e dos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia, que julgavam improcedente a ação, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Plenário, Sessão Virtual de 23.4.2021 a 30.4.2021.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta, para reconhecer a constitucionalidade da Resolução Senado Federal nº 13, de 2012, nos termos do voto do Ministro Gilmar

Mendes, Redator para o acórdão, vencidos o Ministro Edson Fachin (Relator) e o Ministro Marco Aurélio, que já havia proferido voto em assentada anterior. Plenário, Sessão Virtual de 6.8.2021 a 16.8.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

Impresso por: 00037431013 - GABRIELLE TATIANA FERREIRA
Em: 20/10/2021 - 11:37:43



SENADO FEDERAL
Secretaria-Geral da Mesa

DESPACHO Nº 71/2021 – ATRSGM/SGM

Juntem-se à página oficial de tramitação do PRS nº 72, de 2010, cópia eletrônica do documento SIGAD nº 00100.109556/2021-75;

Encaminhem-se a cada comissão as cópias eletrônicas de manifestações externas, conforme listagem a seguir exposta:

1. CTFC – Documento SIGAD nº 00100.108588/2021-53;
2. CI – Documento SIGAD nº 00100.108795/2021-16-1;
3. CRA – Documento SIGAD nº 00100.113272/2021-83-1 (ANEXO: 001).

Secretaria-Geral da Mesa, 5 de novembro de 2021.

(assinado digitalmente)

JOSÉ ROBERTO LEITE DE MATOS
Secretário-Geral da Mesa Adjunto

