

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 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 “alíquota s” 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 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 concreta) para 4%.

2. A Requerente alega a inconstitucionalidade desse ato normativo sob o fundamento de que (1) 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; (2) é inconstitucional a diferenciação do tratamento tributário em função da procedência das mercadorias (arts. 5º, 150, II e 152, todos da CF); (3) a uniformidade de alíquotas interestaduais não observa o critério da essencialidade (art. 155, § 2º, II, da CF); (4) 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 AGU e o PGR manifestaram-se pela improcedência do pedido, ao sustentar que (1) a Resolução nº 13/2012 destina-se 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”; (2) 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%); (3) 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 Resolução do Senado Federal nº 13/2012. Ele 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:

Ementa: 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.

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 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 concreta) 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 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 divirjo, 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 “alíquota s” 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 conferem benefícios fiscais, normalmente inconstitucionais 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, aplica-se 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%).

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 “alíquota s” 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 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, todos da CF, pois introduz um tratamento tributário menos favorecido às mercadorias de procedência estrangeira em relação às nacionais. Essa afirmação é equivocada, já que, reitere-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 manifesta-se pelas alíquotas internas fixadas pelos Poderes Legislativos estaduais. Essa circunstância, inclusive, reflete-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.

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 13/20212 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, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 19.10.2016) e na ADI 4.697, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 06.10.2016, 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-se 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 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, j. em 19.10.2016; 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 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, j. em 06.10.2016.)

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.”*.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/01/2012 - 23:25