



Confederação Nacional da Indústria

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - RELATOR DA
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4858 - DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

A CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI, entidade sindical de grau superior representativa da indústria brasileira, com sede em Brasília, DF, no SBN, Quadra 1, Bloco “C”, Edifício Roberto Simonsen, inscrita no CNPJ sob o nº 33.665.126/0001-34, por seus advogados (instrumento de mandato anexo), vem, requerer sua admissão como *amicus curiae*, pelas razões que passa a expor:

CABIMENTO DO INGRESSO COMO *AMICUS CURIAE*

Conforme prevê o disposto no § 2.º do art. 7.º da Lei n.º 9.868/99, é cabível o ingresso de entidades como amigas da corte, observada a relevância da matéria e a representatividade da entidade.

Já decidiu o plenário desse Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Agravo Regimental na ADI 4.071, que este pedido pode ser formulado até a liberação do processo pelo relator para inclusão em pauta, o que, quanto a este feito, não ocorreu ainda.

Quanto à representatividade da ora Requerente, não parece necessário tecer grandes considerações. Trata-se de legitimada constitucionalmente para propor ações diretas, que detém, legal e constitucionalmente, a representação da Indústria



Confederação Nacional da Indústria

como categoria econômica, inclusive para questões judiciais. Trata-se de entidade que congrega todas as federações industriais nos Estados, incluindo assim, em sua base, todas as indústrias nacionais.

A relevância da matéria posta, também, é evidente. O diploma atacado na ADI, a Resolução 13/2012 do Senado Federal, veio para combater a chamada “guerra dos portos”, que se caracteriza pela concessão de vantagens fiscais unilaterais, no âmbito do ICMS, beneficiando a importação de produtos em detrimento da produção nacional. O tema é de evidente relevo para toda a indústria nacional, tornando imprescindível a participação da ora requerente.

Assim, evidente o cabimento do ingresso da ora Requerente como *amicus curiae*, como ora se requer.

O DIPLOMA ATACADO, LONGE DE CONTER OS VÍCIOS APONTADOS, É RESPOSTA A AFRONTAS QUE ROMPEM COM O PACTO FEDERATIVO, JÁ QUALIFICADAS POR ESTE STF¹ COMO “DRIBLE MAIOR AO FISCO”, “PRÓDIGO NA CONSTRUÇÃO DE FICÇÕES”

Longe de apresentar as falhas formais e materiais apontadas na inicial, a Resolução n.º 13/2012, do Senado Federal, representa resposta a reiteradas violações constitucionais perpetradas por alguns Estados, dentre eles o Espírito Santo, que punham em risco e equilíbrio federativo e valores constitucionais fundamentais, como a livre iniciativa e o emprego.

Sabidamente a Constituição reserva o ICMS na importação, ao Estado de destino e não àquele em que localizado o porto de desembarço aduaneiro. Sabidamente, também, a Constituição veda a concessão de benefícios fiscais unilaterais no âmbito do ICMS, assim compreendida a redução de alíquota aquém do limite interestadual de 12%².

Contudo, alguns Estados têm concedido benefícios fiscais sem aprovação no CONFAZ, por meio dos quais permitem às importações realizadas por seus portos

¹ RE 268.586-1, 1.ª Turma.

² ADI 2021 MC, ADI 3936 MC.



Confederação Nacional da Indústria

que, a um só tempo, geram crédito para as etapas subseqüentes de 12%, mas são oneradas com gravame correspondente a menos de 4%³.

No caso específico do Estado do Espírito Santo, o regime de benefício fiscal, igualmente inconstitucional, já foi objeto de exame por esse Supremo Tribunal Federal. Embora sem tratar da validade em si do regime, mas de sua índole, vale transcrever o trecho abaixo do voto do MINISTRO MARCO AURÉLIO, no RE 268.586-1:

Então, concluiu o Tribunal de origem que o tributo deveria ter sido recolhido aos cofres do Estado de São Paulo, pouco significando a circunstância de a sociedade importadora contar com estabelecimento no Estado do Espírito Santo, onde desfruta vantagens fiscais e financeiras, considerado o sistema FUNDAP. Proclamou a Corte competir à unidade da Federação em que processado o desembaraço da mercadoria cobrar o tributo, aludindo à circulação com aquisição e entrada no estabelecimento situado no próprio território da Unidade.

Poucas vezes defrontei-me com processo a revelar drible maior ao Fisco. O acordo comercial FUNDAP, formalizado entre a importadora e a ora recorrente, é pródigo na construção de ficções jurídicas para chegar-se à mitigação do ônus tributário, isso em vista do fato de a importadora encontrar-se cadastrada no sistema FUNDAP, tendo jus, por isso, a vantagens fiscais. No acordo, previu-se que a importadora figuraria nas operações de importação dele objeto como consignatária, o que implica dizer que não atuaria como senhora, em si, de importação de mercadorias para posterior venda, mas como simples intermediária, vindo a ser reembolsada em tudo o que despendesse, inclusive tributos, frete, armazenagem, desembaraço aduaneiro e demais despesas pertinentes à operação, ficando a cargo da ora recorrente a definição das mercadorias, alfim, entabular o negócio jurídico no exterior, com fixação de preço. Onde a lealdade aos princípios básicos à vida democrática, aos princípios assentados na Lei Maior? A toda evidência, tem-se quadro escancarado de simulação.

É no contexto dessa realidade que surge a Resolução 13/2012 do Senado Federal e é dentro deste contexto que ela deve ser examinada.

ILEGITIMIDADE ATIVA DOS SIGNATÁRIOS DA PETIÇÃO INICIAL OU SUA INÉPCIA

Como bem apontado nas informações prestadas pelo Senado, a Constituição outorga legitimidade para a propositura de Ação Direta para Mesa de Assembleia Legislativa, conforme se lê no seu artigo 103, IV. Conquanto a inicial

³ Neste sentido, sejam vistas as iniciais desta Confederação nas AADDII 4.479 (SC), 4.481 (PR), 4.534 (GO) e 4.536 (PE).



Confederação Nacional da Indústria

indique como autora a Mesa Diretora da Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo, não foi a mesma instruída com qualquer elemento que demonstre ter havido deliberação do órgão.

Sem que haja deliberação do órgão, não se pode ter como proposta a ação pelo legitimado, sob pena de se transformar, em iniciativa da Mesa, a iniciativa de seu Presidente.

Portanto, evidente a inviabilidade de prosseguimento da ação aqui em comento.

A FIXAÇÃO DAS ALÍQUOTAS INTERESTADUAIS NÃO TEM POR FINALIDADE ÚNICA A REPARTIÇÃO DE RECEITAS ENTRE OS ESTADOS E, AINDA QUE TIVESSE, ESTA FINALIDADE ESTÁ PRESENTE

Superável que fosse a preliminar acima, nenhuma razão assiste à autora.

O primeiro argumento trazido é o de que o Senado não poderia dispor sobre alíquotas interestaduais com objetivos diversos da repartição de receitas entre os Estados e o Distrito Federal. O argumento, como se verá, é falso e inidôneo.

A falsidade do argumento é demonstrada pela própria inicial. Em sua terceira folha, primeiro parágrafo e nota de rodapé 4, a inicial bem aponta que esse STF, ao julgar a ADI(MC) 2.021 reconheceu a validade da Resolução 22/89 do Senado, que fixa as alíquotas interestaduais do STF, afirmando que a mesma tinha “*o evidente objetivo de reduzir as desigualdades regionais, como preconizado no art. 3.º, III, da Constituição*”.

Está aí, às escancaras, a demonstração que a preocupação de repartir receitas não é a única na fixação de alíquotas interestaduais. No caso presente, o Senado teve em conta os objetivos fundamentais de “garantir o desenvolvimento nacional” e de “reduzir as desigualdades sociais e regionais”, previstos nos incisos II e III do art. 3.º. Para atingir estes objetivos, o Senado estabeleceu mecanismo para impedir o favorecimento dos produtos importados por determinados portos contra os produtos produzidos no país, notadamente nas regiões não costeiras, bem como as importações realizadas nas demais regiões.



Confederação Nacional da Indústria

Para ficar em um único exemplo ilustrativo das situações às quais a Resolução 13/2012 do Senado Federal veio dar cobro, pede-se vênua para reproduzir aqui a nota de rodapé 1 na ADI 4.536 (Pernambuco), em que a CNI é autora:

A Lei n.º 13.942/2009, em seu artigo 2.º, *caput* e § 2.º, tributa o importado por alíquota de 4% ou 8% do valor da operação de importação e nulifica a incidência sobre a etapa posterior, inclusive sobre o valor adicionado pelo importador, através da concessão de crédito ficto estabelecido em seu inciso II. Em outras palavras, aquele que importe um bem de valor aduaneiro equivalente a R\$ 100 mil, sujeito a alíquota de 18%, e que o revenda com uma margem de 20%, ao invés de recolher R\$ 21.950,00 na importação (18% “por dentro”) e depois R\$ 4.391,20 na saída subsequente (diferença entre o débito sobre a operação de saída e o crédito da operação de entrada), totalizando **R\$ 26.341,20, pagará apenas R\$ 8.000,00** (8% do valor aduaneiro).

Veja-se, também, que os percentuais de 4% ou 8% incidem sobre o valor da operação, não sendo incluídos na própria base de cálculo. Se aplicada a mesma metodologia do ICMS, inclusão da alíquota na base de cálculo, os percentuais corresponderiam, respectivamente, a 3,84% e 7,36%.

O mesmo ocorre no regime da Lei n.º 11.675/99, como se vê no seu art. 9.º, II e § 6.º.

A essência da chamada “guerra dos portos” não é desonerar as importações, mas sim permitir que produto seja importado gerando crédito para as operações posteriores em montante muito superior ao gravame efetivo, garantindo assim, pela via do falso crédito, que, ao final da cadeia, o ônus fiscal será significativamente menor.

Trata-se de estratégia que tem como vítimas diretas o Tesouro dos demais Estados, notadamente daqueles que sofrem o *desvio de comércio*⁴ e aqueles que produzem no Brasil produtos concorrentes ou mesmo aqueles concorrentes que importam o mesmo produto, ou produto similar, por outros Estados ou mesmo outros portos, aeroportos, ou pela via rodoviária, no mesmo Estado. Já as vítimas indiretas são os empregados dessas empresas.

Daí a validade da intervenção do Senado Federal por intermédio da Resolução 13/2012, pois como ressaltou o PROF. PAULO DE BARROS CARVALHO, em parecer sobre a constitucionalidade da aludida resolução:

⁴ Importações que deixam de ocorrer por determinado Estado e passam a ocorrer por aquele que concede benefício apenas por conta do benefício, sendo a mercadoria depois remetida em remessa interestadual ao outro Estado.



Confederação Nacional da Indústria

(...) o estabelecimento de alíquotas interestaduais de ICMS deve atender a uma finalidade essencial: proporcionar equilíbrio entre os Estados e o Distrito Federal, atenuando os potenciais aspectos negativos de um tributo de caráter nacional e cobrado individualmente por cada Estado. A Resolução em questão cumpre, perfeitamente, essa finalidade. Por isso mesmo, quaisquer repercussões financeiras ou orçamentárias que dessa medida possam advir não têm o condão de afetar sua validade, sendo descabida sua consideração em eventual argüição acerca de sua constitucionalidade.⁵

Portanto, pôr cobro a este estado de coisas está longe de representar qualquer desvio de finalidade, *mormente quando a invalidade de benefícios concedidos sem a aprovação prévia no CONFAZ já foi assentada de modo acachapante por esse STF.*

Mas ainda que assim não o fosse, ainda que a resolução tenha como escopo único a repartição de receitas entre os Estados e o Distrito Federal, este é o presente caso.

A repartição de receitas do ICMS inclui a apropriação do imposto na importação pelo *“Estado onde estiver situado o domicílio ou estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço”*.

A burlar tal repartição, alguns Estados criaram benefícios sem respaldo no CONFAZ, por meio dos quais a importação destinada a importador em outro Estado, no qual pagaria a alíquota interna “cheia”, gerando igual crédito para a etapa subsequente, passa a ser importada por portos nesses “estados guerrilheiros”, com ônus inferiores a 4%, mas gerando crédito de 12% para a etapa seguinte.

No caso específico do Estado do Espírito Santo, os benefícios são tão escandalosamente gritantes que geraram a situação retratada no RE 268.586 e aqui já comentada, para as quais o MINISTRO MARCO AURÉLIO afirmou: *“Poucas vezes defrontei-me com processo a revelar drible maior ao Fisco. O acordo comercial FUNDAP, formalizado entre a importadora e a ora recorrente, é pródigo na construção de ficções jurídicas para chegar-se à mitigação do ônus tributário, isso em vista do fato de a importadora encontrar-se cadastrada no sistema FUNDAP, tendo jus, por isso, a vantagens fiscais”*.

⁵ Parecer encomendado pela CNI ao Professor Paulo de Barros Carvalho sobre a constitucionalidade da Resolução 13/2012 do Senado Federal, p. 43/4



Confederação Nacional da Indústria

Assim, mesmo que se queira ver como único desiderato possível para a fixação das alíquotas interestaduais pelo Senado a repartição de receitas entre os Estados e o Distrito Federal, este é o desiderato buscado aqui, ante as distorções decorrentes do “*drible maior ao Fisco*” decorrente da chamada “guerra dos portos”. Portanto, mesmo nesse caso, o argumento posto é inidôneo para a conclusão buscada.

A RESOLUÇÃO 13/2012 DÁ EFETIVIDADE À EQUIPARAÇÃO ENTRE PRODUTOS NACIONAIS E IMPORTADOS

Com todas as vênias, custa a crer na seriedade do argumento de que teria havido ofensa à regra do artigo 152 da Constituição.

Ofensa comezinha e diuturna a tal artigo é a praticada na chamada guerra dos portos, em que, num inusitado exercício de xenofilia, são concedidos benefícios fiscais à importação, benefícios inacessíveis ao produto nacional.

Veja-se que a alíquota interestadual jamais é final. Se o produto for importado pelo Estado em que vier a ser consumido, o problema não se porá por falta de operação interestadual, mesmo que a importação seja para o ativo permanente. Se o produto importado for importado pelo estabelecimento que o empregará na produção de outros, o problema não se porá ante a soma, no preço do produto acabado, dos valores relativos aos demais insumos, tributos e margem de ganho da empresa. Apenas para os casos em que houver concentração da importação por estabelecimento que nada mais faz, salvo a distribuição para outros Estados, é que a alíquota em questão será relevante.

Não há, pois, discriminação ao produto importando, apenas óbice a um estratégia de concessão ilícita de benefícios.

A essa mesma conclusão chegou o PROF. PAULO DE BARROS CARVALHO, ao anotar que:

A alteração da alíquota aplicável às operações interestaduais com produtos importados não altera a efetiva carga tributária incidente sobre estes produtos, não desencadeando, por isso mesmo, qualquer implicação econômica ou de mercado. Como demonstrado, referida medida apenas modifica o modo



Confederação Nacional da Indústria

como se relacionam as subseqüentes incidências, em cada um dos Estados e do Distrito Federal, no que pertine ao ICMS devido em decorrência da realização de operações interestaduais com esses produtos (...).

Nesse mesmo sentido, não vislumbro qualquer forma de discriminação estabelecida pela Resolução posta sob minha análise. Afinal, inexistindo atribuição de carga tributária maior - ou mesmo distinta - aos produtos importados, não se pode cogitar de tratamento tributário diferenciado de qualquer espécie. intacta, dessa forma, a prescrição veiculada pelo artigo 152 da Constituição da República (...).

Sobre o assunto, a Resolução do Senado Federal nº 13/2012, longe de representar violação ao que prescreve o artigo 152 da Constituição, realiza o valor por ele preconizado, uniformizando a tributação pelo ICMS no território nacional e promovendo a adequada partilha de receitas tributárias entre os entes federados envolvidos em operações interestaduais. Prestigia, assim, tanto o Princípio Federativo, quanto o da igualdade, ambos já explicados neste parecer.⁶

Vê-se, portanto, que diferenciação e atribuição de carga tributária substancialmente inferior é a decorrente da “guerra dos portos”, em que se permite que haja a transferência de crédito para a etapa subseqüente em montante muito superior ao gravame efetivo que onerou o produto.

A QUESTÃO DA ESSENCIALIDADE NÃO SE PÕE PARA AS ALÍQUOTAS INTERESTADUAIS

A ser considerado seriamente o argumento contido no item 5.1 da inicial, então seria mister reconhecer como inconstitucional também a parte da Resolução 22/89 que fixa as alíquotas de 7% e 12% sem atentar para a essencialidade dos produtos.

Evidente que este não é o caso, pois as alíquotas interestaduais não são medidas precipuamente tributárias, mas sim financeiras. São instrumentos que dosam a apropriação de receita tributável de ICMS pelos Estados. As alíquotas interestaduais jamais são finais: ou bem há nova operação tributada com alíquota interna, ou bem é necessário recolher o diferencial de alíquota. As exceções seriam a ocorrência de isenção ou de exportação.

Como a alíquota interna é igual ou superior a 12% (ADI 2021 MC), em qualquer caso o gravame final corresponderá a ela. A redução do percentual na

⁶ *Op. cit.*, p. 42/3



Confederação Nacional da Indústria

alíquota interestadual apenas permite que uma parcela maior de receita seja apropriada pelo Estado de destino, já que reduz o montante a abater, pelo contribuinte, com o débito da operação gravada com a alíquota interna.

Assim, o discurso acerca da essencialidade é totalmente estranho à fixação das alíquotas interestaduais.

CABE AO SENADO FIXAR ALÍQUOTA E NÃO ESTABELEECER OS DEMAIS ELEMENTOS DO TIPO OU DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

De igual sorte, é vazio o argumento quanto à violação da reserva legal.

A Constituição outorgou ao Senado competência para fixar alíquotas interestaduais do ICMS, não para estabelecer os demais elementos normativos do imposto.

Para exercer sua competência, o Senado não pode criar novos tipos do ICMS, mas se valer dos existentes. Admitida a diferenciação de alíquota, torna-se necessário ao Senado estabelecer os elementos significativos para distinguir as regras aplicáveis. Na Resolução 22/89, o binômio origem-destino foi o elemento significativo escolhido para distinguir entre operações gravadas com a alíquota reduzida de 7% (operações originadas nos Estados do Sul e do Sudeste, salvo Espírito Santo, tendo como destino os demais Estados ou o Distrito Federal) e as gravadas com alíquota de 12%. Aqui a origem, importação, e o grau de nacionalização, foram os elementos escolhidos.

Para que a obrigação principal seja cumprida, mister é o estabelecimento das obrigações instrumentais. No ICMS, a rigor, a obrigação dita principal – pagar imposto – *decorre* da dita instrumental, pois o que se deve pagar é aquilo que consta na escrita fiscal e o que lá consta decorre do que foi inserido nas notas fiscais de entrada e de saída.

Os deveres instrumentais, contudo, por expressa dicção do CTN (art. 113, § 2.º, c/c art. 96), podem ser estabelecidos também por decretos e normas complementares. Evidentemente que para operações interestaduais a fixação das



Confederação Nacional da Indústria

obrigações acessórias não poderia ficar ao juízo de cada Estado. Afinal, se a origem do problema está no desrespeito à norma constitucional clara e jurisprudência pacífica do STF, não haveria porque confiar na regulamentação, pelo infrator, do limite posto à sua infração.

Prevê a Resolução 13/2012, então, a disciplina quanto a deveres instrumentais, pelo CONFAZ e também pela CAMEX, já que para os casos em que a competição desleal com a produção nacional, decorrente da diferenciação tributária concedida unilateralmente pelos Estados não se fizer presente, ficou estabelecido a não aplicação da alíquota prevista na Resolução 13/2012, mas sim as previstas na Resolução 22/89.

Também com relação a esse ponto específico, a opinião do PROF. PAULO DE BARROS CARVALHO segue em total sintonia com a da CNI:

Por fim, reitero que não houve delegação inconstitucional de competência pelo Senado ao CONFAZ e a CAMEX, tendo em vista que a tais órgãos foram atribuídas funções meramente regulamentares.⁷

Ainda que não se queira ver a delegação apenas quanto a deveres instrumentais, nenhuma inconstitucionalidade há. As questões remetidas à regulamentação, aqui pelo CONFAZ e pela CAMEX, são de grande técnica. A discricionariedade dada a esses órgãos é mera discricionariedade técnica. São normas para dizer como emitir a documentação fiscal indicando a origem do produto e o grau de beneficiamento. Parece intuitivo que os requisitos em prol da fiscalização para distinguir um produto final, como um automóvel, um produto agrícola como trigo, um composto químico, ou partes e peças de equipamentos, há que comportar algum tipo de nuance, já que em nem todos a questão estará “na cara” ou haverá o “*made in ...*”.

Quanto à delegação à CAMEX, veja-se que não se trata de competência para exonerar, mas sim para dizer que certos produtos importados, porque não têm similar nacional, estarão submetidos às alíquotas da Resolução 22/89 nas operações interestaduais. Apenas isto. A manifestação da CAMEX não terá qualquer efeito sobre a alíquota interna aplicável. A regra se justifica, pois se a origem da resolução está na

⁷ *Op. cit.*, p. 44



Confederação Nacional da Indústria

defesa do produto nacional contra benefícios inconstitucionais concedidos por alguns Estados em prol do importado, quando o problema não se põe, não há razão para que a nova disciplina seja aplicada.

Portanto, mesmo que se entenda ter havido delegação de algo mais que o mero estabelecimento dos deveres instrumentais, a hipótese estaria coberta pelo entendimento fixado por esse Supremo Tribunal Federal, por sua composição Plena, a partir do RE 343.446, relativo ao Seguro de Acidentes de Trabalho, não havendo que se falar em violação à reserva de lei ou à tipicidade.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, confia a ora Requerente seja deferido seu ingresso no feito, na qualidade de amiga da corte, inclusive para fins de sustentação oral quando do julgamento, e que, ao final, sejam julgados improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Pede ainda que nas publicações constem o nome do subscritor da presente, para fins de intimação.

E. Deferimento.

Brasília, 28 de março de 2013.

CASSIO AUGUSTO BORGES

OAB/RJ 91.152 E OAB/DF 20.016-A