

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pela Confederação Nacional do Transporte (CNT), por meio da qual se impugna o artigo 2º, II, da Lei Complementar federal 87/1996, que dispõe sobre a incidência do ICMS sobre a prestação de serviços de transporte. Eis o teor do dispositivo impugnado:

“Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores.”

O Requerente argumenta que as normas da Lei Complementar 87/1996 são insuficientes para dar concreção às regras da não-cumulatividade e da repartição de competência e de receitas tributárias, na medida em que ela falha ao identificar elementos essenciais como o tomador do serviço, bem como sua origem e seu destino.

Assevera, ainda, que o conceito de transporte de bens e de pessoas seria estreito, não devendo abranger as atividades de afretamento de embarcações nem a navegação de apoio marítimo destinada às atividades de apoio logístico às unidades de extração de petróleo localizadas nas águas territoriais.

O Advogado-Geral da União manifestou-se pela improcedência do pedido (Doc. 8).

O Procurador-Geral da República, por seu turno, emitiu parecer pela procedência do pedido, no sentido da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto da expressão “*por qualquer via*”, a fim de excluir de seu âmbito de incidência a prestação de serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros e de cargas “*por via marítima*”, executado no mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva, bem como para conferir interpretação conforme a Constituição à expressão “*serviços de transporte*”, reconhecendo que não abrangem o “*afretamento*” para transporte aquaviário nem a navegação de apoio marítimo logístico às unidades instaladas nas águas territoriais para perfuração e extração de petróleo.

Na Sessão Virtual de 16-23/2/24, o atual relator, Min. LUIZ FUX, votou pela procedência parcial do pedido, de modo a dar interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 2º, II, da Lei Complementar federal 87/1996, de modo a consignar que *i)* o ICMS não incide sobre a atividade de afretamento a casco nu, definida pelo artigo 2º, I, da Lei federal 9.432/1997; e *ii)* o ICMS somente incide sobre as atividades de afretamento por tempo, afretamento por viagem e de navegação de apoio marítimo, tal como definidas pelo artigo 2º, II, III e VIII, da Lei federal 9.432/1997, que tenham como objeto exclusivo ou preponderante o transporte interestadual ou intermunicipal de bens ou de pessoas. Sua Excelência propôs a seguinte ementa ao julgado:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 2º, II, DA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL 87/1996. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL DE BENS E DE PESSOAS - ICMS. INCIDÊNCIA SOBRE OPERAÇÕES DE TRANSPORTE MARÍTIMO, AFRETAMENTO E NAVEGAÇÃO DE APOIO MARÍTIMO. A LEI COMPLEMENTAR FEDERAL 87/1996 POSSUI EFICÁCIA TÉCNICA PARA REGULAR A INSTITUIÇÃO E A COBRANÇA DO ICMS SOBRE O TRANSPORTE MARÍTIMO, POIS CONTÉM AS NORMAS GERAIS NECESSÁRIAS. COMPETE À LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA E INFRAORDINÁRIA DEFINIR AS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS (DEVERES INSTRUMENTAIS) DESTINADAS A REGISTRAR E A DOCUMENTAR OS FATOS JURÍDICOS RELEVANTES PARA A APURAÇÃO DO TRIBUTO, BEM COMO PARA O PLENO EXERCÍCIO DE OUTROS DIREITOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS, COMO A REGRA DA NÃO CUMULATIVIDADE. O ICMS NÃO INCIDE SOBRE A ATIVIDADE DE AFRETAMENTO A CASCO NU (ARTIGO 2º, I, DA LEI FEDERAL 9.432/1997), POR NÃO CONSTITUIR SERVIÇO DE TRANSPORTE. O ICMS SOMENTE INCIDE SOBRE AS ATIVIDADES DE AFRETAMENTO POR TEMPO, AFRETAMENTO POR VIAGEM E DE NAVEGAÇÃO DE APOIO MARÍTIMO (ARTIGO 2º, II, III E VIII, DA LEI FEDERAL 9.432/1997) QUE TENHAM COMO OBJETO EXCLUSIVO OU PREPONDERANTE O TRANSPORTE INTERESTADUAL OU

INTERMUNICIPAL DE BENS OU DE PESSOAS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONHECIDA E JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO.

1. A Constituição Federal concedeu aos estados e ao Distrito Federal competência para instituir o ICMS sobre operações de transporte intermunicipal e interestadual de bens e de pessoas, sem especificar as modalidades desse serviço.

2. A Constituição Federal condicionou a instituição do ICMS a uma categoria especial de normas gerais, obrigatórias em sua precursão, destinadas a assegurar tratamento racional e estável num país de dimensões continentais, considerado o caráter pan-territorial do tributo, capaz de afetar a integração nacional (artigos 146, III, e 155, II, § 2º, CRFB).

3. A Lei Complementar federal 87/1996 possui eficácia técnica para regular a instituição e a cobrança do ICMS sobre o transporte marítimo, pois contém os elementos necessários para a definição de todos os critérios da regra-matriz de incidência tributária, bem como das normas de repartição de competência e de receita tributária e o exercício do direito à não cumulatividade.

4. Compete à legislação ordinária e infraordinária definir os modelos de obrigações acessórias (deveres instrumentais) destinadas a registrar e a documentar os fatos jurídicos relevantes para a apuração do tributo, bem como para o pleno exercício de outros direitos constitucionais e legais, como a regra da não cumulatividade.

5. Tanto em relação ao transporte de cargas como de passageiros, há uma série de obrigações acessórias (deveres instrumentais) capazes de identificar o tomador do serviço, como os Conhecimentos de Transporte (CT e CTe), os Bilhetes de Passagem (BP e BPe) e as Notas Fiscais (NF e NFe), de modo a viabilizar tanto a identificação dos locais de origem e de destino do serviço, bem como de seus tomadores, sem que se possa identificar violações gerais, presentes em todas e quaisquer hipóteses.

6. A alegada inconstitucionalidade da incidência do ICMS sobre as operações de afretamento e de navegação de apoio marítimo configura questão simplesmente expletiva ou tautológica.

7. O ICMS não incide sobre a atividade de afretamento a casco nu, definida no artigo 2º, I, da Lei federal 9.432/1997, vez que que referida operação implica mera cessão de direito de

uso, sem constituir serviço de transporte.

8. Não se pode afirmar *a priori* que as atividades descritas no artigo 2º, II, III e VIII, da Lei federal 9.432/1997 (afretamento por tempo, afretamento por viagem e navegação de apoio marítimo) constituem preponderantemente serviço de transporte de bens ou de pessoas. Esse controle deve ser realizado in concreto, com base na exclusividade ou na preponderância do serviço de transporte na composição da atividade desenvolvida.

9. Ação direta de inconstitucionalidade CONHECIDA e JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido, para dar interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 2º, II, da Lei Complementar federal 87/1996, de modo a consignar que i) o ICMS não incide sobre a atividade de afretamento a casco nu, definida pelo artigo 2º, I, da Lei federal 9.432/1997; e ii) o ICMS somente incide sobre as atividades de afretamento por tempo, afretamento por viagem e de navegação de apoio marítimo, tal como definidas pelo artigo 2º, II, III e VIII, da Lei federal 9.432/1997, que tenham como objeto exclusivo ou preponderante o transporte interestadual ou intermunicipal de bens ou de pessoas”.

Após, pedi vista para melhor examinar o caso.

É o relatório.

A controvérsia constitucional refere-se à incidência de ICMS sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal por via marítima. Há dois pedidos centrais na demanda proposta:

i) Excluir do âmbito de incidência do ICMS a prestação de serviços de transporte marítimo interestadual e intermunicipal de passageiros e de cargas; e

ii) Estabelecer que “serviços de transporte” não abrangem o afretamento para transporte aquaviário nem a navegação de apoio logístico às unidades de extração de petróleo instaladas nas águas territoriais.

Quanto ao primeiro pedido, o relator julgou-o improcedente, por considerar que, em relação aos transportes marítimos, a legislação impugnada atende aos requisitos constitucionais.

Segundo Sua Excelência, nenhum dos critérios que já conduziram à

inconstitucionalidade da Lei Complementar 87/1996 no julgamento de caso análogo relativo a transporte aéreo (ADI 1.600, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, Red. P/ o acórdão Min. NELSON JOBIM, DPJ 20/6/2003) está presente neste processo.

Com efeito, como bem apontado pelo relator, lei complementar deve apresentar tratamento tributário unificado nas hipóteses em que a falta de coordenação entre os entes tributantes possa prejudicar a obtenção das metas constitucional e legalmente definidas. Entretanto, não é ela responsável pela definição de meros detalhes relacionados às obrigações acessórias (deveres instrumentais) aos quais os contribuintes devem se sujeitar no interesse da fiscalização.

Ao apreciar impugnação à Lei Complementar 87/1996 com base no mesmo argumento de insuficiência das disposições gerais da legislação de regência sobre o ICMS incidente em relação ao transporte terrestre, este TRIBUNAL já assentou que se mostra harmônica com a Constituição Federal a incidência do ICMS sobre a prestação de serviço de transporte terrestre (ADI 2.669, Rel. Min. NELSON JOBIM, Red. p/ o acórdão MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe 6/8/2014).

Diante desse cenário, acompanho o Min. LUIZ FUX nesse ponto, para julgar improcedente a demanda quanto ao pedido para declarar a inconstitucionalidade da *“expressão ‘por qualquer via’, constante do art. 2º, II, da Lei Complementar 87/96, sem redução de texto, por violação ao art. 146, III, da CF, para excluir de seu âmbito: o serviço de transporte interestadual e intermunicipal de passageiros por via marítima; e o serviço de transporte de cargas por via marítima, executado no mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva, por falta de normas gerais que, disciplinando as peculiaridades dessas prestações, autorizem a instituição do imposto estadual sobre essas prestações – por violação ao art. 146, III, e 155, II, § 2º, I, VII, VIII e XII, da CF”*.

Com relação ao segundo pedido, de atribuição de interpretação conforme para estabelecer que “serviços de transporte” não abrangem o afretamento para transporte aquaviário nem a navegação de apoio logístico às unidades de extração de petróleo instaladas nas águas territoriais, compreendo que a demanda também não merece acolhida.

Isso porque, o objeto desta ADI é o 2º, II, da Lei Complementar federal 87/1996, que dispõe sobre a incidência do ICMS sobre a prestação de serviços de transporte por qualquer via, nos seguintes termos:

“Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores”.

Importante ressaltar que, no julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade, este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL não fica adstrito à causa de pedir, porém tem sua análise limitada estritamente ao objeto da impugnação.

A causa de pedir aberta significa apenas que esta CORTE, tal como o *Bundesverfassungsgericht*, não está adstrito aos fundamentos invocados pelo autor, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expedidos na inicial.

A vinculação do STF ao pedido feito pelo autor, contudo, não afasta a possibilidade de inconstitucionalidade por arrastamento, quando houver relação de dependência entre o dispositivo normativo declarado inconstitucional e outros não impugnados. A hipótese de inconstitucionalidade por arrastamento é possível tanto em relação a dispositivos existentes na mesma lei ou ato normativo impugnado, quanto em relação a texto normativo diverso, porém elaborado sob o seu fundamento. Na primeira hipótese, onde todos os dispositivos estarão na mesma lei ou ato normativo, serão declarados inconstitucionais artigos, parágrafos, incisos ou alíneas não impugnados originalmente, mas com absoluta relação de dependência com o dispositivo normativo impugnado e declarado inconstitucional. Na segunda hipótese, teremos leis ou atos normativos diversos, porém o substrato para a elaboração do dispositivo legal não impugnado tendo sido a lei ou ato normativo declarado inconstitucional deverá, igualmente, ter sua nulidade declarada.

Por outro lado, salvo a situação excepcional de inconstitucionalidade por arrastamento de norma jurídica dependente da que foi declarada inconstitucional pelo STF, o TRIBUNAL não pode ampliar o objeto do controle de constitucionalidade, de modo a analisar normas que não foram impugnadas.

No caso em tela, observo que o Min. FUX acolhe o pedido de interpretação conforme para “*consignar que i) o ICMS não incide sobre a atividade de afretamento a casco nu, definida pelo artigo 2º, I, da Lei federal 9.432/1997; e ii) o ICMS somente incide sobre as atividades de afretamento por*

tempo, afretamento por viagem e de navegação de apoio marítimo, tal como definidas pelo artigo 2º, II, III e VIII, da Lei federal 9.432/1997, que tenham como objeto exclusivo ou preponderante o transporte interestadual ou intermunicipal de bens ou de pessoas”.

Em síntese, Sua Excelência analisa definições constantes da Lei 9.432/1997, que dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências, a exemplo dos termos “afretamento a casco nu”, “afretamento por tempo” e “afretamento por viagem” para ponderar se eles configuram serviço transporte tributável por ICMS.

O artigo 2º, I, II, III e VIII, da Lei 9.432/1997, dispõe que:

“Art. 2º Para os efeitos desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:

I - afretamento a casco nu: contrato em virtude do qual o afretador tem a posse, o uso e o controle da embarcação, por tempo determinado, incluindo o direito de designar o comandante e a tripulação;

II - afretamento por tempo: contrato em virtude do qual o afretador recebe a embarcação armada e tripulada, ou parte dela, para operá-la por tempo determinado;

III - afretamento por viagem: contrato em virtude do qual o fretador se obriga a colocar o todo ou parte de uma embarcação, com tripulação, à disposição do afretador para efetuar transporte em uma ou mais viagens;

(...)

VIII - navegação de apoio marítimo: a realizada para o apoio logístico a embarcações e instalações em águas territoriais nacionais e na Zona Econômica, que atuem nas atividades de pesquisa e lavra de minerais e hidrocarbonetos”.

Consigno que nenhum desses dispositivos é objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade. O que aqui se impugna é unicamente o artigo 2º, II, da Lei Complementar 87/1996, que se limita a estabelecer a incidência de ICMS sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores.

Se o que ocorre em situações concretas de afretamento ou de navegação de apoio marítimo não é, exclusiva ou preponderantemente, transporte de bens ou de pessoas. Parece-me que, de fato, não há hipótese de incidência de ICMS, porque não estamos diante de “transporte”,

termo referente ao deslocamento de bens ou de pessoas pelas superfícies terrestre ou aquática, ou pelo ar.

Diante desse contexto, o Min. FUX asseverou que *“a alegada inconstitucionalidade da incidência do ICMS sobre as operações de afretamento e de navegação de apoio marítimo configura questão simplesmente expletiva ou tautológica”*. Entretanto, com a devida vênia, não reputo pertinente, no âmbito desta ação direta de inconstitucionalidade, apreciar termos de uma legislação que sequer foi objeto de impugnação.

A rigor, entendo que consequência desse entendimento seria dar interpretação conforme não ao art. 2º, II, da Lei Complementar 87/1996, mas a dispositivos da Lei 9.432/1997, que dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências.

Registro, finalmente, que a referida lei está em vigor desde 8 de janeiro 1997 e que o recorte proposto pelo relator – de interpretação conforme para que a tributação incida apenas sobre as atividades que tenham como objeto *“exclusivo ou preponderantemente”* o transporte interestadual ou intermunicipal de bens ou de pessoas – pode acarretar eventuais impactos para os Estados que não foram adequadamente ponderados por esta CORTE, notadamente por não serem pauta central da presente controvérsia constitucional.

Ante o exposto, DIVIRJO parcialmente do relator para CONHECER da ação e JULGAR a demanda IMPROCEDENTE, assentando a constitucionalidade do artigo 2º, II, da Lei Complementar federal 87/1996.

É o voto.