

17/09/2014

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.713 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
REQTE.(S)	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA
ADV.(A/S)	: CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES
ADV.(A/S)	: GUSTAVO DO AMARAL MARTINS
INTDO.(A/S)	: ESTADO DO ACRE
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE
INTDO.(A/S)	: ESTADO DE ALAGOAS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS
INTDO.(A/S)	: ESTADO DO AMAPÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ
INTDO.(A/S)	: ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
INTDO.(A/S)	: ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
INTDO.(A/S)	: DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
INTDO.(A/S)	: ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
INTDO.(A/S)	: ESTADO DE GOIÁS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS
INTDO.(A/S)	: ESTADO DO MARANHÃO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO
INTDO.(A/S)	: ESTADO DE MATO GROSSO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO
INTDO.(A/S)	: ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
INTDO.(A/S)	: ESTADO DA PARAÍBA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA
INTDO.(A/S)	: ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

ADI 4713 / DF

INTDO.(A/S) :ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
INTDO.(A/S) :ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO NORTE
INTDO.(A/S) :ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO.(A/S) :ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO.(A/S) :ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
AM. CURIAE. :ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE
ARTIGOS E EQUIPAMENTOS MÉDICOS,
ODONTOLÓGICOS, HOSPITALARES E DE
LABORATÓRIOS - ABIMO
ADV.(A/S) :HELICIO HONDA E OUTRO(A/S)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL (ICMS). PRELIMINAR. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. PRESENÇA DE RELAÇÃO LÓGICA ENTRE OS FINS INSTITUCIONAIS DAS REQUERENTES E A QUESTÃO DE FUNDO VERSADA NOS AUTOS. PROTOCOLO ICMS Nº 21/2011. ATO NORMATIVO DOTADO DE GENERALIDADE, ABSTRAÇÃO E AUTONOMIA. MÉRITO. COBRANÇA NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS PELO ESTADO DE DESTINO NAS HIPÓTESES EM QUE OS CONSUMIDORES FINAIS NÃO SE AFIGUREM COMO CONTRIBUINTES DO TRIBUTO. INCONSTITUCIONALIDADE. HIPÓTESE DE BITRIBUTAÇÃO (CRFB/88, ART. 155, § 2º, VII, B). OFENSA AO PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO (CRFB/88, ART. 150, IV). ULTRAJE À LIBERDADE DE TRÁFEGO DE BENS E PESSOAS (CRFB/88, ART.

ADI 4713 / DF

150, V). VEDAÇÃO À COGNOMINADA GUERRA FISCAL (CRFB/88, ART. 155, § 2º, VI). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS A PARTIR DO DEFERIMENTO DA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR, RESSALVADAS AS AÇÕES JÁ AJUIZADAS.

1. A Confederação Nacional do Comércio - CNC e a Confederação Nacional da Indústria - CNI, à luz dos seus fins institucionais, são partes legítimas para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade que impugna o Protocolo ICMS nº 21, *ex vi* do art. 103, IX, da Lei Fundamental de 1988, posto representarem, em âmbito nacional, os direitos e interesses de seus associados.

2. A modificação da sistemática jurídico-constitucional relativa ao ICMS, inaugurando novo regime incidente sobre a esfera jurídica dos integrantes das classes representadas nacionalmente pelas entidades arguentes, faz exsurgir a relação lógica entre os fins institucionais a que se destinam a CNC/CNI e a questão de fundo versada no Protocolo adversado e a *fortiori* a denominada pertinência temática (Precedentes: ADI 4.364/SC, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ.: 16.05.2011; ADI 4.033/DF, Plenário, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ.: 07.02.2011; ADI 1.918/ES-MC, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ.: 19.02.1999; ADI 1.003-DF, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJ.: 10.09.1999; ADI-MC 1.332/RJ, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ.: 06.12.1995).

3. O Protocolo ICMS nº 21/2011 revela-se apto para figurar como objeto do controle concentrado de constitucionalidade, porquanto dotado de generalidade, abstração e autonomia (Precedentes da Corte: ADI 3.691, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ.: 09.05.2008; ADI 2.321, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJ.: 10.06.2005; ADI 1.372, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJ.: 03.04.2009).

4. Os Protocolos são adotados para regulamentar a prestação de assistência mútua no campo da fiscalização de tributos e permuta de informações, na forma do artigo 199 do Código Tributário Nacional, e explicitado pelo artigo 38 do Regimento Interno do CONFAZ (Convênio nº 138/1997). Aos Convênios atribuiu-se competência para delimitar

ADI 4713 / DF

hipóteses de concessões de isenções, benefícios e incentivos fiscais, nos moldes do artigo 155, § 2º, XII, *g*, da CRFB/1988 e da Lei Complementar nº 21/1975, hipóteses inaplicáveis *in casu*.

5. O ICMS incidente na aquisição decorrente de operação interestadual e por meio não presencial (internet, telemarketing, showroom) por consumidor final não contribuinte do tributo não pode ter regime jurídico fixado por Estados-membros não favorecidos, sob pena de contrariar o arquétipo constitucional delineado pelos arts. 155, § 2º, inciso VII, *b*, e 150, IV e V, da CRFB/88.

6. A alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte do ICMS, é devida à unidade federada de origem, e não à destinatária, máxime porque regime tributário diverso enseja odiosa hipótese de bitributação, em que os signatários do protocolo invadem competência própria daquelas unidades federadas (de origem da mercadoria ou bem) que constitucionalmente têm o direito de constar como sujeitos ativos da relação tributária quando da venda de bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outra unidade da Federação.

7. O princípio do não confisco, que encerra direito fundamental do contribuinte, resta violado em seu núcleo essencial em face da sistemática adotada no cognominado Protocolo ICMS nº 21/2011, que legitima a aplicação da alíquota interna do ICMS na unidade federada de origem da mercadoria ou bem, procedimento correto e apropriado, bem como a exigência de novo percentual, a diferença entre a alíquota interestadual e a alíquota interna, a título também de ICMS, na unidade destinatária, quando o destinatário final não for contribuinte do respectivo tributo.

8. O tráfego de pessoas e bens, consagrado como princípio constitucional tributário (CRFB/88, art. 150, V), subjaz infringido pelo ônus tributário inaugurado pelo Protocolo ICMS nº 21/2011 nas denominadas operações não presenciais e interestaduais.

9. A substituição tributária, em geral, e, especificamente para frente, somente pode ser veiculada por meio de Lei Complementar, a teor do art. 155, § 2º, XII, alínea *b*, da CRFB/88. *In casu*, o protocolo hostilizado, ao determinar que o estabelecimento remetente é o responsável pela

ADI 4713 / DF

retenção e recolhimento do ICMS em favor da unidade federada destinatária vulnera a exigência de lei em sentido formal (CRFB/88, art. 150, § 7º) para instituir uma nova modalidade de substituição.

10. Os Estados membros, diante de um cenário que lhes seja desfavorável, não detém competência constitucional para instituir novas regras de cobrança de ICMS, em confronto com a repartição constitucional estabelecida.

11. A engenharia tributária do ICMS foi chancelada por esta Suprema Corte na ADI 4565/PI-MC, da qual foi relator o Ministro Joaquim Barbosa, assim sintetizada:

a) Operações interestaduais cuja mercadoria é destinada a consumidor final contribuinte do imposto: o estado de origem aplica a alíquota interestadual, e o estado de destino aplica a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, propiciando, portanto, tributação concomitante, ou partilha simultânea do tributo; Vale dizer: ambos os Estados cobram o tributo, nas proporções já indicadas;

b) Operações interestaduais cuja mercadoria é destinada a consumidor final não-contribuinte: apenas o estado de origem cobra o tributo, com a aplicação da alíquota interna;

c) Operações interestaduais cuja mercadoria é destinada a quem não é consumidor final: apenas o estado de origem cobra o tributo, com a aplicação da alíquota interestadual;

d) Operação envolvendo combustíveis e lubrificantes, há inversão: a competência para cobrança é do estado de destino da mercadoria, e não do estado de origem.

12. A Constituição, diversamente do que fora estabelecido no Protocolo ICMS nº 21/2011, dispõe categoricamente que a aplicação da alíquota interestadual só tem lugar quando o consumidor final localizado em outro Estado for contribuinte do imposto, a teor do art. 155, § 2º, inciso VII, alínea g, da CRFB/88. É dizer: outorga-se ao Estado de origem, via de regra, a cobrança da exação nas operações interestaduais, excetuando os casos em que as operações envolverem combustíveis e lubrificantes que ficarão a cargo do Estado de destino.

ADI 4713 / DF

13. Os imperativos constitucionais relativos ao ICMS se impõem como instrumentos de preservação da higidez do pacto federativo, *et pour cause*, o fato de tratar-se de imposto estadual não confere aos Estados membros a prerrogativa de instituir, *sponte sua*, novas regras para a cobrança do imposto, desconsiderando o altiplano constitucional.

14. O Pacto Federativo e a Separação de Poderes, erigidos como limites materiais pelo constituinte originário, restam ultrajados pelo Protocolo nº 21/2011, tanto sob o ângulo formal quanto material, ao criar um cenário de guerra fiscal difícil de ser equacionado, impondo ao Plenário desta Suprema Corte o dever de **expungir-lo** do ordenamento jurídico pátrio.

15. Ação direta de inconstitucionalidade julgada PROCEDENTE. Modulação dos efeitos a partir do deferimento da concessão da medida liminar, ressalvadas as ações já ajuizadas.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos e nos termos do voto do Relator, em julgar procedente a ação, e, por maioria de votos, em modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir da concessão da medida liminar na ADI nº 4.628, ressalvadas as ações em curso, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não modulava.

Brasília, 17 de setembro de 2014.

Ministro LUIZ FUX – Relator

Documento assinado digitalmente

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.713 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**

REQTE.(S) : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA**

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

ADV.(A/S) : **GUSTAVO DO AMARAL MARTINS**

INTDO.(A/S) : **ESTADO DO ACRE**

PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE**

INTDO.(A/S) : **ESTADO DE ALAGOAS**

PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS**

INTDO.(A/S) : **ESTADO DO AMAPÁ**

PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ**

INTDO.(A/S) : **ESTADO DA BAHIA**

PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA**

INTDO.(A/S) : **ESTADO DO CEARÁ**

PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ**

INTDO.(A/S) : **DISTRITO FEDERAL**

PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**

INTDO.(A/S) : **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

INTDO.(A/S) : **ESTADO DE GOIÁS**

PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS**

INTDO.(A/S) : **ESTADO DO MARANHÃO**

PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO**

INTDO.(A/S) : **ESTADO DE MATO GROSSO**

PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO**

INTDO.(A/S) : **ESTADO DO PARÁ**

PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ**

INTDO.(A/S) : **ESTADO DA PARAÍBA**

PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA**

INTDO.(A/S) : **ESTADO DE PERNAMBUCO**

PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO**

INTDO.(A/S) : **ESTADO DO PIAUÍ**

PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ**

INTDO.(A/S) : **ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**

ADI 4713 / DF

PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
AM. CURIAE.	:ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE ARTIGOS E EQUIPAMENTOS MÉDICOS, ODONTOLÓGICOS, HOSPITALARES E DE LABORATÓRIOS - ABIMO
ADV.(A/S)	:HELICIO HONDA E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, aparelhada com pedido liminar, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria – CNI contra o Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, do Conselho Nacional de Política Fazendária CONFAZ, que versa a tributação por ICMS de operações interestaduais “em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou showroom (Cláusula Primeira, caput)”.

Impõe-se, para melhor exame, reproduzir *in totum* o Protocolo acoimado de inconstitucionalidade:

“Cláusula primeira Acordam as unidades federadas signatárias deste protocolo a exigir, nos termos nele previstos, a favor da unidade federada de destino da mercadoria ou bem, a parcela do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte

ADI 4713 / DF

Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - devida na operação interestadual em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou *showroom* .

Parágrafo único. A exigência do imposto pela unidade federada destinatária da mercadoria ou bem, aplica-se, inclusive, nas operações procedentes de unidades da Federação não signatárias deste protocolo.

Cláusula segunda Nas operações interestaduais entre as unidades federadas signatárias deste protocolo o estabelecimento remetente, na condição de substituto tributário, será responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, em favor da unidade federada de destino, relativo à parcela de que trata a cláusula primeira.

Cláusula terceira A parcela do imposto devido à unidade federada destinatária será obtida pela aplicação da sua alíquota interna, sobre o valor da respectiva operação, deduzindo-se o valor equivalente aos seguintes percentuais aplicados sobre a base de cálculo utilizada para cobrança do imposto devido na origem:

I - 7% (sete por cento) para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Sul e Sudeste, exceto do Estado do Espírito Santo;

II - 12% (doze por cento) para as mercadorias ou bens procedentes das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Estado do Espírito Santo.

Parágrafo único. O ICMS devido à unidade federada de origem da mercadoria ou bem, relativo à obrigação própria do remetente, é calculado com a utilização da alíquota interestadual.

Cláusula quarta A parcela do imposto a que se refere a cláusula primeira deverá ser recolhida pelo estabelecimento remetente antes da saída da mercadoria ou bem, por meio de Documento de Arrecadação Estadual (DAE) ou Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), exceto quando o remetente se credencie na unidade federada de destino,

ADI 4713 / DF

hipótese em que o recolhimento será feito até o dia nove do mês subsequente à ocorrência do fato gerador.

Parágrafo único. Será exigível, a partir do momento do ingresso da mercadoria ou bem no território da unidade federada do destino e na forma da legislação de cada unidade federada, o pagamento do imposto relativo à parcela a que se refere a cláusula primeira, na hipótese da mercadoria ou bem estar desacompanhado do documento correspondente ao recolhimento do ICMS, na operação procedente de unidade federada:

I - não signatária deste protocolo;

II - signatária deste protocolo realizada por estabelecimento remetente não credenciado na unidade federada de destino.

Cláusula quinta O disposto neste Protocolo não se aplica às operações de que trata o Convênio ICMS 51/00, de 15 de dezembro de 2000.

Cláusula sexta Fica facultada à unidade federada signatária estabelecer, em sua respectiva legislação, prazos diferenciados para o início de aplicabilidade deste protocolo, relativamente ao tipo de destinatário: pessoa física, pessoa jurídica e órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, inclusive suas autarquias e fundações.

Cláusula sétima Este protocolo entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, produzindo efeitos a partir do 1º dia do mês subsequente ao da publicação.”

Sustenta a Arguente, preliminarmente, a presença da pertinência temática, na medida em que o Protocolo vergastado “(...) *afet[a] as sociedades empresárias qualificadas pela legislação como indústria dentro do quadro da representação sindical, evidente a pertinência temática a justificar o ingresso da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do dispositivo já apontado*”. Assevera também que o referido ato normativo se encontra apto a figurar como objeto de controle concentrado de constitucionalidade, porquanto dotado de generalidade, abstração e autonomia.

ADI 4713 / DF

Na sequência, a subscritora da inicial, ao deduzir a presente impugnação, alega ofensa ao art. 155, § 2º, VII, *a e b*, e VIII, da CRFB/88, de vez que *“pretende instituir nova incidência do ICMS, complementar à constitucionalmente prevista, agora de titularidade dos Estados de destino signatários, que, pelo modelo constitucional vigente, só têm sujeição jurídica ativa do diferencial de alíquota previsto no inciso VIII do art. 155, § 2.º, e a fruição econômica do diferencial entre alíquota interna e interestadual na operação interna subsequente à prevista no artigo 155, § 2.º, VII, a”*.

A Requerente vislumbra, ainda, ofensa ao art. 146, inciso I, da Constituição, visto que disciplina da matéria encerraria reserva de lei complementar, tal como decidido pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal nos autos do RE nº 136.215. Ademais, aponta violação ao art. 150, V, e art. 152, da Lei Fundamental, porquanto *“o resultado direto e inexorável é a instituição de diferença tributária entre bens e serviços em razão de sua procedência, diferença esta que limita o tráfego de bens e a livre concorrência a ser exercida pelos agentes econômicos situados em qualquer parte do território nacional quanto a possíveis compradores em qualquer outra parte do território nacional”*.

Em abono de sua pretensão, alega também que o Protocolo nº 21/2011, *“ao cria[r] obrigações acessórias que se consubstanciam em verdadeiras ‘barreiras internas’”, vulnera o princípio constitucional da livre concorrência, bem como o livre exercício de qualquer atividade econômica, insertos, respectivamente, no art. 170, IV e seu parágrafo único, da CRFB/88.*

Pugna pelo deferimento do pedido cautelar para suspender a eficácia do Protocolo ICMS nº 21/2011, ora atacado. Afirma estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Ao final, requer, em caráter definitivo, a procedência do pretensão veiculada a fim de que seja reconhecida a inconstitucionalidade da norma objeto da presente ação

ADI 4713 / DF

direta.

Diante da relevância da argumentação exposta na inicial, solicitei informações no prazo comum de cinco dias às autoridades das quais emanou o ato normativo impugnado (Art. 12, *caput*, da Lei nº 9.868/99).

Após a intimação, foram prestadas informações pelos Governadores dos Estados do Acre, Alagoas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, , Pará, Paraíba, Piauí, Rio Grande do Norte.

Em cumprimento ao disposto no art. 103, § 3º, da Constituição da República, a Advocacia-Geral da União manifestou-se pela procedência do pedido veiculado na exordial cujo pronunciamento restou assim ementado:

“Tributário. Protocolo ICMS nº 21/2011 celebrado entre alguns Estados da federação, o qual estabelece disciplina relacionada à exigência do ICMS nas operações interestaduais que destinem mercadoria ou bem a consumidor final, cuja aquisição ocorrer de forma não presencial no estabelecimento remetente. Violação aos artigos 25, *caput*; 150, inciso V; 152; e 155, § J.O, incisos IV e VII, alínea "b", todos da Carta Política. Manifestação pela procedência do pedido formulado pela requerente.”

Perfilhando similar entendimento, o Ministério Público Federal opinou pela procedência do pedido no sentido de que seja declarada a inconstitucionalidade do Protocolo impugnado. Eis a ementa do pronunciamento do *Parquet*:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Protocolo 21/2011. ICMS. Preliminar. Generalidade e abstração do ato normativo impugnado. Mérito. Guerra Fiscal. Cobrança de ICMS pelo

ADI 4713 / DF

Estado de destino de bem ou mercadoria adquirida em outra unidade federada por consumidor final não contribuinte do imposto. Contrariedade à disciplina constitucional do ICMS (art. 155, § 2º, VII, “b”, CR), ao pacto federativo (art. 1º e 18, CR), à reserva de resolução senatorial para a fixação das alíquotas interestaduais do ICMS (art. 155, § 2º, IV, CR) e à proibição de tratamento discriminatório entre entes federados (arts. 150, V e 152, CR). Parecer pela procedência da ação.”

Admiti o ingresso do Estado de São Paulo e da Associação Brasileira da Indústria de Artigos e Equipamentos Médicos, Odontológicos, Hospitalares e de Laboratórios - ABIMO para ingressarem no feito na qualidade de *amici curiae* (art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99).

É o relatório, do qual deverão ser extraídas cópias pra envio aos Senhores Ministros.

17/09/2014

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.713 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Antes do enfrentamento do mérito da presente ação direta, assento, por oportuno, a legitimidade *ad causam* das Requerentes para a sua propositura, nos termos do art. 103, IX, da Constituição da República. É que as Requerentes se afiguram como entidades sindicais de grau superior, em âmbito nacional.

Cumpra registrar, ainda, a existência de relação lógica entre os fins institucionais a que se destinam a Confederação Nacional do Comércio-CNC/Confederação Nacional da Indústria-CNI e a questão de fundo versada no Protocolo adversado, uma vez que o ato normativo impugnado repercute *diretamente* sobre as atividades das classes envolvidas, revelando a existência do requisito da pertinência temática.

Prosseguindo no exame do mérito, impõe-se destacar que o Protocolo ICMS nº 21/2011 revela-se apto para figurar como objeto no controle concentrado de constitucionalidade, porquanto dotado de generalidade, abstração e autonomia, consoante admite a iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Cite-se, a propósito, os precedentes desta Suprema Corte nas ADI 3.691 (rel. Min. Gilmar Mendes, DJ.: 29/08/2007) e ADI 2.321 (rel. Min. Celso de Mello, DJ.: 25/10/2000).

Os demais requisitos de admissibilidade também se encontram regularmente colmatados: fundamentação jurídica do pedido (ofensa aos art. 155, § 2º, inciso VII, *b*; incisos IV e V do art. 150; e o art. 150, § 7º, todos da CRFB/88), cópia do ato normativo impugnado e a procuração com poderes especiais para o ajuizamento da ação direta.

ADI 4713 / DF

Um dos temas mais atuais no campo do federalismo fiscal brasileiro é a denominada guerra fiscal, especificamente o comércio eletrônico (também conhecido como *e-commerce*), que em face de seu vertiginoso crescimento traz sérias preocupações às empresas e às entidades federadas com competência tributária para instituir o ICMS.

Não foi por outro motivo que os Estados destinatários de mercadorias passaram a ter grande interesse em receber parte da arrecadação do ICMS incidente nas operações interestaduais realizadas por meio eletrônico, ou de forma não presencial.

A preocupação consiste na preservação do equilíbrio horizontal na tributação, dada a relevância do regime do ICMS para a manutenção da harmonia do pacto federativo (TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, vol. IV, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 295).

A demanda ora analisada tem escopo distinto daquela relativa à concessão de benefícios e incentivos fiscais e financeiros sem a devida aprovação por todos os Estados da Federação, no do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, tema que já foi consolidado pela Suprema Corte, sendo, inclusive, objeto de proposta de súmula vinculante.

A controvérsia dos autos gira em torno da (in)constitucionalidade da cobrança do ICMS pelo Estado de destino nas operações interestaduais, quando o consumidor final não adquire o bem ou mercadoria de forma não presencial, mas por meio de internet, telemarketing ou *showroom*.

A referida cobrança encontra assento normativo no Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, do CONFAZ, subscrito originalmente pelos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí,

ADI 4713 / DF

Rio Grande do Norte, Roraima e Sergipe, posteriormente alterado pelo ingresso e/ou saída de outros entes.

Em seus considerandos, os Estados signatários justificaram a instituição da cobrança do ICMS em tais operações, nos seguintes termos:

(i) a sistemática atual do comércio mundial permite a aquisição de mercadorias e bens de forma remota;

(ii) o aumento dessa modalidade de comércio, de forma não presencial, especialmente as compras por meio da internet, telemarketing e showroom, deslocou as operações comerciais com consumidor final, não contribuintes de ICMS, para vertente diferente daquela que ocorria predominante quando da promulgação da Constituição Federal de 1988;

(iii) o imposto incidente sobre as operações de que trata este protocolo é imposto sobre o consumo, cuja repartição tributária deve observar esta natureza do ICMS, que a Carta Magna na sua essência assegurou às unidades federadas onde ocorre o consumo da mercadoria ou bem ;

(iv) a substancial e crescente mudança do comércio convencional para essa modalidade de comércio, persistindo, todavia, a tributação apenas na origem, o que não coaduna com a essência do principal imposto estadual, não preservando a repartição do produto da arrecadação dessa operação entre as unidades federadas de origem e de destino.

É suficientemente clara a intenção dos Estados subscritores do Protocolo ICMS nº 21/2011. Vale dizer: repartir as riquezas auferidas com o recolhimento de ICMS em tais operações entre as unidades federadas, estabelecendo novas regras para a cobrança do aludido tributo.

Com efeito, a irrisignação dos Estados signatários se funda na atual sistemática constitucional de cobrança do ICMS para as operações interestaduais. Ao prever a cobrança da alíquota do Estado de origem, quando o consumidor final não for contribuinte do tributo (art. 155, § 2º,

ADI 4713 / DF

inciso VII, alínea *b*, CRFB/88) seriam privilegiados os Estados mais industrializados, localizados nas Regiões Sudeste e Sul do país, onde se concentram as sedes das principais empresas do comércio de vendas remotas, em detrimento das demais unidades da Federação, que, a despeito de possuírem significativa parcela de consumidores destes produtos, não ostentam essa intensa atividade empresarial e comercial.

No caso *sub examine*, o que se discute é exatamente saber se podem os Estados membros, diante de um cenário que lhes seja desfavorável, instituir novas regras de cobrança de ICMS, a despeito da repartição estabelecida anteriormente pelo texto constitucional? A resposta é negativa.

O Protocolo trata de matéria cuja competência não lhe foi atribuída, porquanto em nosso ordenamento os Protocolos e Convênios firmados entre os Estados têm limites constitucionais e legais delimitados pela CRFB/88 e legislação correlata.

De uma maneira geral, os Protocolos são adotados para regulamentar a prestação de assistência mútua no campo da fiscalização de tributos e permuta de informações, na forma do artigo 199 do Código Tributário Nacional.

Aos Convênios atribuiu-se competência para delimitar hipóteses de concessões de isenções, benefícios e incentivos fiscais, nos moldes do artigo 155, § 2º, XII, *g*, da CRFB/88 e da Lei Complementar nº 21/1975. Nesse sentido, pontifica Luciano Amaro (AMARO, Luciano, Direito Tributário Brasileiro. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 190):

“Há convênios que são meros acordos, entre as diferentes pessoas políticas com vistas à fiscalização ou arrecadação de tributos, à troca de informações de interesse fiscal etc., vale dizer, as matérias previstas no Código Tributário Nacional, art. 7º, caput. Tais convênios compõem as chamadas ‘normas

ADI 4713 / DF

complementares', a que se refere o art. 100 do Código, que abaixo iremos comentar.

E há convênios firmados pelos Estados e pelo Distrito Federal, na forma da Lei Complementar 24/75, como instrumento das deliberações a que se refere o art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição, que, verdadeiramente, inovam o direito tributário, ao definir hipóteses de concessão de isenções, benefícios e incentivos fiscais atinentes ao ICMS, ou sua revogação.

Provisoriamente, esse mesmo instrumento serviu, com o advento da Constituição de 1988, para tratar de normas gerais de ICMS (que a Constituição reserva à lei complementar), até a edição da lei complementar pelo Congresso (ADCT, art. 34, § 8º)."

Explicitando as regras sobre a edição dos Protocolos referentes ao ICMS, o artigo 38 do Regimento Interno do CONFAZ (Convênio nº 138/1997) dispõe especificamente sobre as matérias que podem ser objeto de seu âmbito, nelas não se incluindo a alteração da distribuição do ICMS entre os Estados em operações interestaduais:

"Art. 38. Dois ou mais Estados e Distrito Federal poderão celebrar entre si Protocolos, estabelecendo procedimentos comuns, visando:

- I - a implementação de políticas fiscais;
- II - a permuta de informações e fiscalização conjunta;
- III - a fixação de critérios para elaboração de pautas fiscais;
- IV - outros assuntos de interesse dos Estados e do Distrito Federal.

Parágrafo único - Os Protocolos não se prestam ao estabelecimento de normas que aumentem, reduzam ou revoguem benefícios fiscais."

Destarte, os Protocolos são veículos normativos destinados a tratar de matérias de cunho administrativo, não ligadas às questões reservadas

ADI 4713 / DF

aos Convênios, ainda que se dê interpretação extensiva ao inciso IV do artigo 38 do Regimento Interno do CONFAZ (Convênio nº 138/1997), que prevê a possibilidade de o Protocolo tratar de “outros assuntos de interesse dos Estados e do Distrito Federal”, uma vez que o *caput* deixa claro que estes “assuntos” se limitam à adoção de “procedimentos comuns”, regras voltadas à fiscalização de tributos e permuta de informações, com espeque no disposto no artigo 199 do Código Tributário Nacional-CTN.

O artigo 34, § 8º, do ADCT¹, que permite a utilização provisória de convênios para veicular normas gerais de ICMS, também não pode ser utilizado como base normativa para a edição de Protocolos. É que esse enunciado faz menção somente aos convênios, cuja aprovação envolve todos os Estados da Federação, e como regra a exigência da unanimidade.

Deveras, o âmbito de aplicação do art. 34, § 8º, ADCT, é muito mais restrito do que os protocolos, posto ter aplicabilidade transitória, temporária e limitada, afastada pela edição da Lei Complementar nº 87/96, que definiu o regramento geral do ICMS (Misabel Abreu Machado Derzi *In*: BALEEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder de tributar. 7ª edição, 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 99).

A inconstitucionalidade do Protocolo também ressoa da competência constitucional do Senado Federal, órgão ao qual se atribuiu a responsabilidade para estabelecer alíquotas máximas e mínimas do ICMS, *verbis*:

1 “Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, *b*, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.”

ADI 4713 / DF

“Art. 155 (...)

(...)

§ 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;

V – é facultado ao Senado Federal:

a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;

b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados. Mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros.”

O professor Aires Fernandino Barreto (Base de Cálculo, Alíquota e Princípios Constitucionais. 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 70) doutrina sobre o tema, *verbis*:

“Mais complexo é o deslinde dos comandos contidos no art. 155, da Constituição Federal. É que, nesse caso, é facultado ao Senado Federal fixar alíquotas máximas nas operações internas para resolver conflito específico que envolva interesse do Estado (mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros).

Decorre do texto vigente a competência do Senado para fixar alíquotas máximas para outras modalidades de operação, tais como as interestaduais em geral, interestaduais com consumidor final; de importação e de exportação.

Ao Senado Federal não é deferido inovar esse quadro de competências, como preleciona Cléber Giardino, ‘... seja manipulando as categorias não de operações constitucionalmente definidas, seja criando-lhes outros

ADI 4713 / DF

desdobramentos...’.

Não pode o Senado inovar criando outras categorias não aludidas pelo Texto Magno.

Não lhe é lícito distinguir situações não discriminadas pela Constituição.”

A regra-matriz de incidência do ICMS foi exaustivamente delimitada pela Constituição de 1988. Com efeito, o arquétipo constitucional relativo ao ICMS estabeleceu regras específicas e bastante claras para a fixação de alíquotas por parte dos Estados membros.

A controvérsia travada *in casu* se assemelha àquela debatida no julgamento das medidas cautelares pleiteadas e deferidas nos autos da ADI 4.565-MC e da ADI 4.705-MC, ambas de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, cujas ementas seguem abaixo transcritas, respectivamente:

Ementa: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL. COBRANÇA NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS PELO ESTADO DE DESTINO. EXTENSÃO ÀS REMESSAS PARA CONSUMIDORES FINAIS. COMÉRCIO ELETRÔNICO. GUERRA FISCAL. DENSA PROBABILIDADE DE VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL. LEI 9.582/2011 DO ESTADO DA PARAÍBA. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA.

1. *A Constituição define que o estado de origem será o sujeito ativo do ICMS nas operações interestaduais aos consumidores finais que não forem contribuintes desse imposto, mas a legislação atacada subverte essa ordem (art. 155, § 2º, II, b da Constituição).*

2. *Os entes federados não podem utilizar sua competência legislativa privativa ou concorrente para retaliar outros entes federados, sob o pretexto de corrigir desequilíbrio econômico, pois tais tensões devem ser resolvidas no foro legítimo, que é o Congresso Nacional (arts. 150, V e 152 da Constituição).*

ADI 4713 / DF

3. *Compete ao Senado definir as alíquotas do tributo incidente sobre as operações interestaduais.*

4. *A tolerância à guerra fiscal tende a consolidar quadros de difícil reversão.*

Ementa: CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL. LEI 6.041/2010 DO ESTADO DO PIAUÍ. LIBERDADE DE TRÁFEGO DE BENS E PESSOAS (ARTS. 150, V E 152 DA CONSTITUIÇÃO). DUPLICIDADE DE INCIDÊNCIA (BITRIBUTAÇÃO ART. 155, § 2º, VII, B DA CONSTITUIÇÃO). GUERRA FISCAL VEDADA (ART. 155, § 2º, VI DA CONSTITUIÇÃO). MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

Tem densa plausibilidade o juízo de inconstitucionalidade de norma criada unilateralmente por ente federado que estabeleça tributação diferenciada de bens provenientes de outros estados da Federação, pois:

(a) Há reserva de resolução do Senado Federal para determinar as alíquotas do ICMS para operações interestaduais;

(b) O perfil constitucional do ICMS exige a ocorrência de operação de circulação de mercadorias (ou serviços) para que ocorra a incidência e, portanto, o tributo não pode ser cobrado sobre operações apenas porque elas têm por objeto bens, ou nas quais fique descaracterizada atividade mercantil-comercial;

(c) No caso, a Constituição adotou como critério de partilha da competência tributária o estado de origem das mercadorias, de modo que o deslocamento da sujeição ativa para o estado de destino depende de alteração do próprio texto constitucional (reforma tributária). Opção política legítima que não pode ser substituída pelo Judiciário.

Medida liminar concedida para suspender a eficácia prospectiva e retrospectiva (ex tunc) da Lei estadual 6.041/2010.

O relator, na ADI 4.565/PI-MC, julgada por unanimidade, assim resumiu esta engenharia tributária quanto à cobrança do ICMS:

ADI 4713 / DF

a) Operações interestaduais cuja mercadoria é destinada a consumidor final contribuinte do imposto: o Estado de origem aplica a alíquota interestadual, e o Estado de destino aplica a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual. Há, portanto, tributação concomitante, ou partilha simultânea do tributo. Quer dizer, ambos os Estados cobram o tributo, nas proporções já indicadas;

b) Operações interestaduais cuja mercadoria é destinada a consumidor final não-contribuinte: apenas o Estado de origem cobra o tributo, com a aplicação da alíquota interna;

c) Operações interestaduais cuja mercadoria é destinada a quem não é consumidor final: apenas o Estado de origem cobra o tributo, com a aplicação da alíquota interestadual;

d) Se a operação envolver combustíveis e lubrificantes, há inversão: a competência para cobrança é do Estado de destino da mercadoria, e não do Estado de origem.

Note-se que, segundo a Lei Fundamental de 1988 e diversamente do que fora estabelecido no Protocolo ICMS nº 21/2011, a aplicação da alíquota interestadual só tem lugar quando o consumidor final localizado em outro Estado for contribuinte do imposto, mercê do art. 155, § 2º, inciso VII, alínea g, da CRFB/88.

Em outras palavras, outorga-se ao Estado de origem, via de regra, a cobrança da exação nas operações interestaduais, excetuando os casos em que as operações envolverem combustíveis e lubrificantes que ficarão a cargo do Estado de destino.

Para o bem ou para o mal, esta opção do constituinte originário deve ser observada. E há diversas razões para isso. A primeira delas é que, ante o tratamento constitucional dispensado à matéria, não se afigura legítimo admitir a fixação de novas regras para a cobrança de ICMS pelos Estados membros para além destes parâmetros já esquadrihados pelo constituinte, na justa medida em que isso subverteria a sistemática de

ADI 4713 / DF

repartição de competências tributárias, notadamente relativa ao ICMS, que tem na Constituição a sede própria para aglutinar tal regramento.

Por outro lado, a estrita observância dos imperativos constitucionais relativos aos ICMS se impõe como instrumento de preservação da higidez do pacto federativo. O fato de tratar-se de imposto estadual não confere aos Estados membros a prerrogativa de instituir, *sponte sua*, novas regras para a cobrança deste tributo, desconsiderando o altiplano constitucional.

Em que pese a alegação da existência de um cenário de desigualdades inter-regionais, em virtude da aplicação do art. 155 § 2º, VII, da Constituição, a correção destas distorções somente poderá emergir pela promulgação de emenda constitucional, operando uma reforma tributária, e não mediante a edição de qualquer outra espécie normativa.

Precisamente por não ostentar legitimidade democrática da Assembleia Constituinte ou do constituinte derivado, descabe ao CONFAZ ou a qualquer das unidades da Federação de forma isolada, estipular um novo modelo de cobrança de ICMS nos casos de operações interestaduais quando o destinatário final das mercadorias não for contribuinte.

Justamente por isso, o afastamento dessa premissa, além de comprometer a integridade nacional ínsita à Federação, gera um ambiente de *anarquia normativa*, dentro da qual cada unidade federada irá se arvorar da competência de proceder aos ajustes que entenderem necessários para o melhor funcionamento da Federação.

Daí por que a correção da engenharia constitucional de repartição de competências tributárias somente pode ocorrer *legitimamente* mediante manifestação do constituinte reformador, por meio da promulgação de emendas constitucionais, e não pela edição de outras espécies normativas (*e.g.*, Protocolos, Resoluções etc.).

ADI 4713 / DF

Não bastasse isso, do ponto de vista sistêmico, não se pode transigir que os Estados membros editem atos normativos para proceder a tais correções, de forma isolada ou em conjunto com outros Estados, a pretexto de amainar supostas desigualdades sociais e econômicas inter-regionais.

E isso porque a adoção de tais práticas pelos Estados membros comprometeria por completo a segurança e previsibilidade necessárias aos cidadãos, em geral, e aos contribuintes do tributo, em especial, em razão da multiplicidade de atos normativos que seriam editados relativos ao ICMS.

Vale dizer, todos os indivíduos, residentes ou não no Estado instituidor da nova política tributária de ICMS, ficam prejudicados com a adoção de medidas unilaterais pretensamente voltadas a solver os reveses da Federação brasileira.

Assim é que, no limite, em situações como as debatidas na espécie, os maiores prejudicados são os consumidores finais que, verdadeiramente, terão de suportar o excessivo e indevido aumento da carga tributária a eles repassados no preço da mercadoria.

Nesse particular, é imperioso dever da Suprema Corte, como guardiã da Lei Fundamental e da higidez do pacto federativo, repudiar situações de manifesta inconstitucionalidade, tal como ocorre na espécie, notadamente porque há um risco elevado de se exigirem quadros fáticos de difícil reparação.

Nesse sentido, foram as considerações aduzidas pelo e. Min. Joaquim Barbosa, quando do julgamento do referendo à medida cautelar concedida, por unanimidade, nos autos da ADI 4.705/DF, quando assentou, com precisão, que *a falta de prestação jurisdicional oportuna sobre*

ADI 4713 / DF

as várias ramificações da guerra fiscal tende a consolidar quadros de difícil reversão, ao estimular a retaliação unilateral ao mesmo tempo em que desacredita as instituições constituídas para resolver esses impasses.

Last but not least, há relatos de que os Estados subscritores do Protocolo ICMS nº 21/2011 procedem à apreensão das mercadorias, quando do ingresso em seu território, das empresas que não recolherem o tributo de acordo com esta nova sistemática.

Com efeito, as empresas remetentes passaram a ter preocupação com a dupla exigência do ICMS em suas operações interestaduais, já que os Estados remetentes (principalmente aqueles que não aderiram ao Protocolo ICMS nº 21/2011) continuaram a exigir o recolhimento do ICMS incidente na operação interestadual, calculado com base na alíquota interna desse Estado (por se tratar de mercadoria destinada a consumidor final, não contribuinte do ICMS), e estarão obrigadas a recolher uma nova parcela do ICMS em favor dos Estados destinatários.

O objetivo precípuo desta prática é compelir o contribuinte, pela via transversa, ao recolhimento do ICMS, utilizando-se à evidência de um mecanismo coercitivo de pagamento do tributo repudiado pelo nosso ordenamento constitucional.

Essa odiosa medida vulnera, a um só tempo, os incisos IV e V do art. 150 da Lei Fundamental de 1988, que vedam, respectivamente, a cobrança de tributos com efeitos confiscatórios e o estabelecimento de restrições, por meio da cobrança de tributos, ao livre tráfego de pessoas ou bens entre os entes da Federação.

Sob esse enfoque, a Suprema Corte já se manifestou contrariamente a tais práticas, placitando o entendimento no sentido de ser *inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos*” (Enunciado da Súmula nº 323/STF). Assim, a retenção das mercadorias

ADI 4713 / DF

equivale, *ipso facto*, ao confisco.

Deveras, a substituição tributária, em geral, e, especificamente para frente, somente pode ser veiculada por meio de Lei Complementar, a teor do art. 155, § 2º, XII, alínea *b*, da CRFB/88. *In casu*, o protocolo hostilizado, ao determinar que o estabelecimento remetente é o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS em favor da unidade federada destinatária vulnera a exigência de lei em sentido formal (CRFB/88, art. 150, § 7º) para instituir uma nova modalidade de substituição.

Essas razões são suficientemente consistentes para inquirar a validade do Protocolo ICMS nº 21/2011. O indigitado diploma, ao instituir a cobrança da alíquota do Estado de origem, quando o consumidor final não for contribuinte do tributo, colide frontalmente com a sistemática constitucional prevista pelo art. 155, § 2º, VII, alínea *b*, bem como o art. 150, incisos IV e V, razão por que deve ser expungido do ordenamento jurídico.

Corroboram a inconstitucionalidade do indigitado diploma a existência de diversas propostas de emenda constitucional com o intuito de resolver esta hipótese de guerra fiscal, PEC nº 56/2011, PEC nº 103/2011 e PEC 113/2011, em tramitação no Congresso Nacional.

É como voto, dando provimento à ADI, modulando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir do deferimento da concessão da medida liminar, ressalvadas as ações já ajuizadas.

17/09/2014

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.713 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, mostra-se sintomático que os dois Estados que mais comercializam, via *internet*, não subscreveram esse protocolo. Um deles é um país dentro do país, ou seja, o Estado de São Paulo, e o outro, o Estado do Rio de Janeiro.

Houve repartição tributária via instrumental impróprio, alterando-se, inclusive – e deixaria a Carta Federal de ser rígida –, o Texto Constitucional. Isso não é possível.

17/09/2014

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.713 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, só um detalhe.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O Ministro está impedido.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu estou impedido. Mas é que a tese fixada na repercussão geral é mais importante que a ADI, porque lá evita que os processos subam.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então, eu queria tecer uma consideração sobre isso, neste caso, do Ministro Gilmar Mendes, nós temos 52 casos sobrestados que estariam liquidados, é o tema 615 da repercussão geral que tem o seguinte enunciado:

Constitucionalidade - no caso inconstitucionalidade - da cobrança de ICMS pelo Estado de destino com base no Protocolo ICMS 21/2011 do Confaz nas operações interestaduais de vendas de mercadorias a consumidor final realizadas de forma não presencial.

Então essa seria a tese. Um pouco mais abrangente do que...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pois é, Presidente, e há mais um aspecto que precisa ser considerado quanto ao número de casos resolvidos: a estatística fica muito aquém da realidade, porque o Supremo não é informado, como deveria ser, pelos tribunais do País.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Exatamente, Vossa Excelência tem toda a razão. Esse é o

ADI 4713 / DF

dado que nós temos no momento, mas os casos são em número muito, muito maior.

Nós teríamos ainda os embargos declaratórios.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, Senhor Presidente, tem que modular.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então Vossa Excelência faz um pleito no sentido da modulação. Então consulto o Relator.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, como eu deferi a liminar, eu tenho a impressão de que, a partir da liminar, a declaração de inconstitucionalidade tem a sua higidez a partir da liminar, e as operações pretéritas ficam superadas, porque, senão, o prejuízo é maior ainda para esses Estados que já ...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A liminar foi concedida quando? O protocolo é de 2011.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - 2014.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - O pleito do Estado do Pará, que ele apresenta em memorial, é a partir do deferimento da liminar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É preciso atentar para um aspecto. Em dois pronunciamentos, um do Colegiado e outro – houve o referendo –, ambos os processos da relatoria do ministro Joaquim Barbosa, caminhou-se no sentido de estabelecer, quanto à liminar, efeitos retrospectivos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Naquele caso, né?

ADI 4713 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quer dizer, agora vamos modular, nesse caso concreto? Ficaré um choque entre o que decidimos antes e agora.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Bem, então, Ministro Gilmar Mendes, Vossa Excelência como é que se pronuncia com relação à modulação?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O eminente Relator propõe que, desde a liminar, portanto...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A partir da liminar, a declaração de inconstitucionalidade prevalece a partir da liminar...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E os efeitos anteriores, antes da liminar...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - ... eu tenho a impressão de que isso é uma questão de Justiça Fiscal, entendeu?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu acompanharia o Relator.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:
(CANCELADO.)

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Está solucionado isso. Pagou, pagou.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Em síntese, uma reforma tributária mediante meio impróprio, com transgressão da Carta da República, que vai surtir, num determinado espaço de tempo, efeitos.

ADI 4713 / DF

Torno a repetir: em duas situações ligadas ao que estamos tratando, fui voto vencido. Chegou-se ao ponto de dar eficácia retrospectiva à liminar. Sustentei que não se poderia assentar essa conclusão; que a eficácia seria a partir do pronunciado do Tribunal.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Fux, posso dar a palavra ao advogado? Vossa Excelência está com a palavra.

O SENHOR GUSTAVO AMARAL MARTINS (ADVOGADO) - Senhor Presidente, em havendo a modulação, que ela ficasse clara se ela estava falando a respeito apenas de evitar repetição de indébito, ou ações de cobrança, ainda em curso, se elas ficariam sustadas, e o efeito dessa medida com relação ao Estado de origem, porque eu posso ter o problema também do valor recolhido no Estado de origem. Para que não se tenha uma afirmação de modulação, e que a gente tenha uma grande dificuldade de saber se ela abrange ações de cobrança em curso no período anterior à liminar, se ela abrange apenas repetição de indébito, e se produz o efeito ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A modulação, a essa altura, apenas causará problemas, implicações inúmeras.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu não sei, eu tenho a impressão de que se nós formos claros e dissermos que a declaração de inconstitucionalidade, ela tem a sua validade a partir da liminar, respeitadas as ações em curso, resolvemos vários problemas, e evitamos inúmeros outros.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não, então essa é a proposta do ...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E evite a

ADI 4713 / DF

propositura de ação depois da ...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Depois da liminar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas as ações em curso são respeitadas, quer dizer, posso aniquilar quem promoveu a ação na ciência de que era inconstitucional isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Com a maior segurança.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O advogado do Pará? Procurador? Vossa Excelência quer...

O SENHOR JOSÉ ALOÍSIO CAMPOS (PROCURADOR DO ESTADO DO PARÁ) - Só acrescentar que isso vai trazer uma multiplicidade de demandas, ainda essas que estão em curso vão progredir, e de forma multifacetada, em vinte Unidades da Federação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu tenho a impressão que o Pará tem um bom corpo de procuradores e saberá dar conta dessas ações.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Na repercussão geral, nós fixamos uma tese: pelo Código de Processo Civil, os juízes já podem até julgar o mérito de acordo com a tese, como é que nós vamos anular as ações?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Sem dúvida.

17/09/2014**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.713 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Lanço algumas ideias. Continuo convencido de que apenas se avançará culturalmente quando emprestar-se concretude maior à Carta da República. Toda vez que o Tribunal modula certa decisão, estimula procedimentos à margem dessa mesma Carta da República.

O Plenário – ao apreciar a medida acauteladora na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.705, quando estava em jogo a mesmíssima matéria, mas uma lei do Estado da Paraíba, a Lei estadual nº 9.528/2011, contra meu voto, no que sempre votei no sentido de a liminar ter eficácia desde o momento em que formalizada – deu efeitos retrospectivos à liminar, para fulminar a lei desde o início. Veio a repetir essa decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.705 e já tinha também procedido, de idêntica forma, porque essa foi a subsequente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.565.

Qual é a preocupação maior – e peço aos colegas que esqueçam o fato de ser terminantemente contrário à modulação? É que, se modular-se, provocar-se-ão inúmeros incidentes, considerado o que foi satisfeito, em termos de ação de repetição do indébito, e, também, o que será cobrado pelos estados.

Por isso, entendo que o caso mostra-se emblemático quanto à impossibilidade de chegar-se à modulação. E, perdoem-me a expressão carioca, houve uma cara de pau incrível, no que se estabeleceu esse protocolo, colocando-se, em segundo plano, o documento básico da República, a Constituição Federal, que precisa ser mais amado, principalmente pelas unidades da Federação. Que se aguarde a reforma tributária, porque proceder-se a essa reforma mediante simples protocolo é passo demasiadamente largo.

17/09/2014

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.713 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O Ministro Fux parece que queria fazer um...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu propus uma fórmula intermediária submetida ao Tribunal, que seria a seguinte: a declaração de inconstitucionalidade vale a partir da liminar, respeitadas as ações em curso, ou seja, as ações em curso têm que ser julgadas de acordo com o que se decidiu na ADI e no recurso extraordinário.

Agora, se nós dermos efeito **ex tunc**, vai ser um caos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois, não. Eu pergunto, à exceção do Ministro Marco Aurélio, se a Corte está de acordo com essa modulação?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A questão é que essa solução, em princípio, afora algum problema que nós não estejamos vislumbrando, é adequada. E nós até já fizemos isso no caso da questão de previdência social, decadência e prescrição, fazendo uma ressalva, porque, como nós temos um modelo misto de controle, nós não podemos... É diferente do que acontece, por exemplo, nos modelos de controle concentrado puro em que...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Fico mais tranquilo porque aqueles que resistiram ao ato, flagrantemente inconstitucional, não serão prejudicados, ou seja, os que deixaram de satisfazer o tributo e os que entraram em juízo para buscar a efetividade da Carta da República estão imunes à decisão.

ADI 4713 / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É exatamente essa a ressalva que o Ministro Fux já estava falando. Como nós fizemos no caso do RE tal, da previdência social, em que declaramos a inconstitucionalidade, modulamos o efeito, mas ressalvamos as ações que estavam em tramitação, tal como propõe, agora, o eminente Relator dessas ADIs. Parece-me que isso faz o ajuste, até porque é necessário mesmo, do contrário nós suprimiríamos o direito de ação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Estou quase seduzido com a proposta!

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.713

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA

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

ADV.(A/S) : GUSTAVO DO AMARAL MARTINS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ACRE

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE

INTDO.(A/S) : ESTADO DE ALAGOAS

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

INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAPÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

INTDO.(A/S) : ESTADO DO CEARÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

INTDO.(A/S) : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE GOIÁS

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

INTDO.(A/S) : ESTADO DO MARANHÃO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DA PARAÍBA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA

INTDO.(A/S) : ESTADO DE PERNAMBUCO

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

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

INTDO.(A/S) : ESTADO DE RONDÔNIA

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

INTDO.(A/S) : ESTADO DE RORAIMA

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

INTDO.(A/S) : ESTADO DE SERGIPE

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

AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO

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

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE ARTIGOS E EQUIPAMENTOS MÉDICOS, ODONTOLÓGICOS, HOSPITALARES E DE

LABORATÓRIOS - ABIMO

ADV. (A/S) : HELCIO HONDA E OUTRO (A/S)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação. Por maioria, o Tribunal modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir da concessão da medida liminar na ADI nº 4.628, ressalvadas as ações em curso, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não modulava. Ausente o Ministro Roberto Barroso, participando do "Yale Global Constitutionalism Seminar", na Universidade de Yale. Falou, pela requerente Confederação Nacional da Indústria, o Dr. Gustavo do Amaral Martins. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 17.09.2014.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário