

17/09/2014

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.628 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
REQTE.(S)	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS SERVIÇOS E TURISMO - CNC
ADV.(A/S)	: FERNANDO CESAR THIAGO DE MELLO
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 DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
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

ADI 4628 / DF

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

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

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 ELÉTRICA E ELETRÔNICA - ABINEE

ADV.(A/S) :DENIS CHEQUER ANGHER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS - ABIMAQ

ADV.(A/S) :DENIS CHEQUER ANGHER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :CÂMARA BRASILEIRA DE DIAGNÓSTICO LABORATORIAL -CBDL

ADV.(A/S) :JOÃO PAULO MORELLO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO DO ESTADO DE SÃO PAULO - FECOMERCIO/SP

ADV.(A/S) :LEANDRO ALVES DE ALMEIDA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :SINDICATO DOS LOCADORES DE EQUIPAMENTOS, MÁQUINAS E FERRAMENTAS DE PERNAMBUCO - SINDILEQ/PE

ADV.(A/S) :BRUNO SUASSUNA CARVALHO MONTEIRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES COMERCIAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO - FACESP

ADV.(A/S) :GASTAO ALVES DE TOLEDO E OUTRO(A/S)

ADI 4628 / DF

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. 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

ADI 4628 / DF

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 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

ADI 4628 / DF

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 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;

ADI 4628 / DF

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.

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do

ADI 4628 / DF

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, 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 4.628 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
REQTE.(S) : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS SERVIÇOS E TURISMO - CNC**
ADV.(A/S) : **FERNANDO CESAR THIAGO DE MELLO**
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 DE MATO GROSSO DO SUL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
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 4628 / 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 RORAIMA
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO.(A/S) :ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
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
ELÉTRICA E ELETRÔNICA - ABINEE
ADV.(A/S) :DENIS CHEQUER ANGHER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE
MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS - ABIMAQ
ADV.(A/S) :DENIS CHEQUER ANGHER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :CÂMARA BRASILEIRA DE DIAGNÓSTICO
LABORATORIAL -CBDL
ADV.(A/S) :JOÃO PAULO MORELLO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E
TURISMO DO ESTADO DE SÃO PAULO -
FECOMERCIO/SP
ADV.(A/S) :LEANDRO ALVES DE ALMEIDA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :SINDICATO DOS LOCADORES DE EQUIPAMENTOS,
MÁQUINAS E FERRAMENTAS DE PERNAMBUCO -
SINDILEQ/PE
ADV.(A/S) :BRUNO SUASSUNA CARVALHO MONTEIRO E
OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES COMERCIAIS DO
ESTADO DE SÃO PAULO - FACESP
ADV.(A/S) :GASTAO ALVES DE TOLEDO E OUTRO(A/S)

ADI 4628 / DF

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, aparelhada com pedido liminar, ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) contra o Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, do Conselho Nacional de Política Fazendária CONFAZ, que versa sobre 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 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

ADI 4628 / DF

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, 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

ADI 4628 / DF

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.”

Na sequência, a subscritora, ao deduzir a presente impugnação, busca demonstrar a necessidade de suspensão cautelar dos efeitos do Protocolo adversado por suposta ofensa aos preceitos constitucionais seguintes:

(i) ao art. 155, § 2º, inciso VII, alínea *b*, da CRFB/88, que *“dispõe que deve ser adotada a alíquota interna quando o destinatário não for contribuinte do ICMS, sendo este tributo devido à unidade federada de origem e não à unidade federada destinatária”*, além de ensejar odiosa hipótese de bitributação, *“pois 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”*;

(ii) ao art. 150, inciso IV, da CRFB/88, caracterizada pela utilização do tributo com efeito confiscatório, *“posto que [sic] 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 título também de ICMS, na unidade destinatária, quando o contribuinte [rectius: destinatário] não for contribuinte, procedimento este eivado de inconstitucionalidade, geram distorção grave e insuportável acréscimo à tributação de ICMS, na operação, nos casos envolvendo pequenos e médios empresários, significar, até mesmo, o encerramento de suas atividades por conta da voracidade fiscal dos Estados signatários do (...) Protocolo ICMS no.*

ADI 4628 / DF

21/2011”;

(iii) ao art. 150, inciso V, da CRFB/88, de vez que o ônus tributário imposto pelo Protocolo nas operações interestaduais gera entraves ao tráfego de pessoas e bens entre as respectivas entidades da Federação;

(iv) ao art. 150, § 7º, da CRFB/88, visto que a Cláusula Segunda do Protocolo hostilizado, ao determinar que o estabelecimento remetente será o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS em favor da unidade federada destinatária, instituiu modalidade de substituição tributária para frente, o que somente poderia ser veiculada por em sentido formal, no caso, lei complementar, a teor do art. 155, § 2º, XII, alínea *b*, da CRFB/88.

Pugna, assim, pela concessão do provimento cautelar para suspender integralmente a eficácia do Protocolo ICMS nº 21/2011. Afirma a Requerente estarem devidamente caracterizados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Segundo alega, “o *fumus boni iuris* está demonstrado com base em tudo foi acima exposto, caracterizando-se, amplamente, a afronta à Constituição da República, em especial de seus artigos 150, incisos IV, V, art. 155, § 2º, VII, alínea ‘b’, bem como do § 7º do art. 150.”. Por outro lado, o *periculum in mora* restaria evidenciada em razão da “possibilidade concreta (...) de retenção de mercadorias nas barreiras fiscais, também é que se impõe a decretação liminar de suspensão da eficácia do inconstitucional Protocolo ICMS nº. 21/2011, com isso evitando não apenas a violação ao texto constitucional, como ainda o incremento dos danos que ela inegavelmente causará à toda sociedade.”. Ao final, requer a declaração de inconstitucionalidade do Protocolo ICMS nº 21/2011.

Deferi o ingresso do Estado de São Paulo e da Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica (ABINEE) para ingressar no feito na qualidade de *amici curiae*, nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, porquanto as entidades serão diretamente atingidas pela sistemática instituída no Protocolo ICMS nº 21/2011.

ADI 4628 / DF

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. 10, *caput*, da Lei nº 9.868/99).

Após a intimação, foram prestadas informações pelos Estados do Acre, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Roraima e Sergipe pugnando, em linhas gerais, pelo indeferimento do provimento cautelar.

Não prestaram informações os Estados do Alagoas, Amapá, Mato Grosso, Rio Grande do Norte e Rondônia.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pelo deferimento da medida cautelar pleiteada, em manifestação assim ementada:

*Tributário. Protocolo ICMS nº 21/2011 celebrado entre alguns Estados da federação, o qual estabelece a disciplina relacionada à exigência do ICMS nas operação interestaduais que destinem mercadoria ou bem a consumidor final, cuja aquisição ocorrer de forma não presencial no estabelecimento remetente, violação aos artigos 1º; 18; 25 caput; 150, inciso V; 152, § 2º, incisos IV e VII, alínea b, todos da Carta Política. Presença do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora** necessários ao deferimento da medida cautelar postulada. Manifestação no sentido da concessão do pleito liminar.*

Em seu parecer, o Ministério Público Federal manifestou-se, igualmente, pelo deferimento do pleito cautelar. Transcrevo abaixo a ementa:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Pedido de medida cautelar. Protocolo 21/2011. ICMS. Guerra fiscal. Cobrança de ICMS pelo Estado de destino de bem ou mercadoria adquirida em outra unidade da federação por consumidor final não contribuinte do imposto. Contrariedade à disciplina constitucional do ICMS (art. 155, §§ 2º, VII, b, CR), ao pacto federativo (arts. 1º e 18, CR), à reserva de resolução senatorial para a fixação das alíquotas para a fixação das

ADI 4628 / DF

alíquotas interestaduais do ICMS (art. 155, § 2º, IV, CR). Parecer pelo deferimento da medida cautelar para suspender a eficácia do Protocolo 21/2011.

Prossigo neste relato para informar a admissão, na qualidade de *amicus curiae*, das seguintes entidades: (i) Associação Brasileira de Indústria de Máquinas e Equipamentos (ABIMAQ), (ii) Câmara Brasileira de Diagnóstico Laboratorial (CBDL), (iii) Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo (FECOMÉRCIO/SP), (iv) Sindicato dos Locadores de Equipamentos, Máquinas e Ferramentas de Pernambuco (SINDILEQ/PE) e (v) Federação das Associações Comerciais do Estado de São Paulo (FACESP), por representarem segmentos econômicos especialmente atingidos pela novel disciplina instituída no Protocolo ICMS nº 21/2011.

Em 19 de fevereiro de 2014, deferi o pleito cautelar *ad referendum* do Plenário.

Por estar a presente ação direta devidamente instruída, sugiro que a Corte se pronuncie, de imediato, acerca do mérito da controvérsia debatida.

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

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.628

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS SERVIÇOS E
TURISMO - CNC

ADV.(A/S) : FERNANDO CESAR THIAGO DE MELLO

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 DE MATO GROSSO DO SUL

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

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 RORAIMA

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

INTDO.(A/S) : ESTADO DE RONDÔNIA

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

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 ELÉTRICA E ELETRÔNICA - ABINEE
ADV.(A/S) : DENIS CHEQUER ANGHER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS - ABIMAQ
ADV.(A/S) : DENIS CHEQUER ANGHER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CÂMARA BRASILEIRA DE DIAGNÓSTICO LABORATORIAL -CBDL
ADV.(A/S) : JOÃO PAULO MORELLO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO DO ESTADO DE SÃO PAULO - FECOMERCIO/SP
ADV.(A/S) : LEANDRO ALVES DE ALMEIDA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : SINDICATO DOS LOCADORES DE EQUIPAMENTOS, MÁQUINAS E FERRAMENTAS DE PERNAMBUCO - SINDILEQ/PE
ADV.(A/S) : BRUNO SUASSUNA CARVALHO MONTEIRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES COMERCIAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO - FACESP
ADV.(A/S) : GASTAO ALVES DE TOLEDO E OUTRO(A/S)

Decisão: O Plenário adiou o julgamento do feito. Ausente o Ministro Dias Toffoli, participando da VI Conferência Ibero-Americana sobre Justiça Eleitoral, no México, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Plenário, 27.08.2014.

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, 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. Falaram, pelo *amicus curiae* Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica - ABINEE, o Dr. Marcos Von Glehn, e, pelo Estado do Pará, o Dr. José Aloysio Campos, Procurador do Estado. 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