

06/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.596 CEARÁ

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
REQTE.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S) : MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO E
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ
INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ
AM. CURIAE. : CAMARA BRASILEIRA DE DIAGNOSTICO
LABORATORIAL-CBDL
ADV.(A/S) : JOÃO PAULO MORELLO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos. 6-A, 6-B e 6-C do Decreto nº 29.560/2008. Revogação. Aditamento à petição inicial. Ausência de prejudicialidade. ICMS. Cobrança pelo Estado de destino. Mercadoria adquirida em outra unidade federada. Consumidor final não contribuinte do imposto. Artigo 155, § 2º, VII, b, da CF. Redação original. Emenda Constitucional nº 87/2015. Convalidação. Impossibilidade. Lei nº 14.237/2008. Artigo 1º, caput e §§ 1º; 2º, incisos I e II; 3º, 4º e 5º; e art. 2º, caput e §§ 1º e 2º, do Decreto nº 30.542, de 23 de maio de 2011. Inconstitucionalidade. Modulação temporal.

1. Ausência de prejuízo do pedido em relação aos arts. 6-A, 6-B e 6-C do Decreto nº 29.560/08 do Estado do Ceará em razão da revogação dos referidos dispositivos pelo Decreto nº 30.542/2011 do mesmo Estado, deferido que foi o aditamento à petição inicial para se substituir o pedido de declaração de inconstitucionalidade das disposições revogadas pela declaração de inconstitucionalidade do art. 1º, caput e §§ 1º; 2º, incisos I e II; 3º, 4º e 5º; e do art. 2º, caput e §§ 1º e 2º, do Decreto nº 30.542, de 23 de maio de 2011, publicado no DOE de 24/05/2011.

ADI 4596 / CE

2. O Plenário da Corte já definiu que ofende o sistema constitucional de repartição interestadual de receitas previsto para o ICMS a instituição de diferença de alíquotas em favor do estado destinatário das mercadorias na hipótese de venda direta ao consumidor. O art. 155, § 2º, VII, g, da CF, em sua redação original, previa a incidência de alíquota interna devida ao estado de origem.

3. O ICMS incidente na aquisição de mercadorias ou bens por consumidor final não contribuinte do tributo decorrente de operação interestadual não pode ter regime jurídico fixado por estados-membros não favorecidos, sob pena de se contrariarem os arts. 155, § 2º, inciso VII, b, na sua redação original e o art. 150, IV e V, da CRFB/88.

4. A pretexto de corrigir desequilíbrio econômico, os entes federados não podem utilizar sua competência legislativa concorrente ou privativa para retaliar outros entes federados, como pretendeu o legislador estadual ao editar a Lei nº 14.237/08. No caso, a Constituição adotou como critério de partilha da competência tributária o estado de origem das mercadorias ou bens, de modo que o deslocamento da sujeição ativa para o estado de destino depende de alteração do próprio texto constitucional, opção política legítima que não pode ser substituída pela ação do Judiciário.

5. A orientação na jurisprudência da Corte vai no sentido de que o sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. Dessa forma, mesmo que a mudança do texto constitucional perpetrada pela Emenda Constitucional nº 87/2015 pudesse ser conciliada com a lei inconstitucional, não poderia haver convalidação, nem recepção da lei, já que eivada de nulidade original insanável, decorrente de sua frontal incompatibilidade com o texto constitucional vigente no momento de sua edição.

6. O art. 11 da Lei Estadual nº 14.237/2008 e os arts. 1º e 2º do Decreto nº 30.542/2011, por serem inconstitucionais ao tempo de sua edição, não poderiam ser, como não foram, convalidados pela Emenda Constitucional nº 87/2015. E, se a norma não foi convalidada, isso significa que sua inconstitucionalidade persiste e é atual, ainda que se refira a dispositivos

ADI 4596 / CE

da Constituição que não se encontram mais em vigor, alterados que foram pela referida emenda constitucional.

7. Ação direta julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade do art. 11 da Lei nº 14.237/2008 e dos arts. 1º e 2º do Decreto nº 30.542/2011, ambos do Estado do Ceará, com a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para o mês seguinte ao do julgamento da presente ação direta, ressalvadas as ações judiciais em curso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos e nos termos do voto do Relator, em julgar procedente a ação direta, declarando a inconstitucionalidade do art. 11 da Lei nº 14.237/2008 do Estado do Ceará. Acordam, ademais, os Ministros, por maioria e nos termos do voto do Relator, em modular a decisão de declaração de inconstitucionalidade para que tenha efeitos a partir do mês seguinte ao do julgamento da presente ação direta, ressalvadas as ações judiciais em curso.

Brasília, 6 de junho de 2018.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

06/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.596 CEARÁ

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S)	: MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ
INTDO.(A/S)	: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ
AM. CURIAE.	: CAMARA BRASILEIRA DE DIAGNOSTICO LABORATORIAL-CBDL
ADV.(A/S)	: JOÃO PAULO MORELLO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) tendo por objeto o art. 11 da Lei nº 14.237/08 e os arts. 6-A, 6-B e 6-C do Decreto nº 29.560/08 do Estado do Ceará, os quais impõem o recolhimento do ICMS, nas entradas de mercadorias ou bens de outras unidades da Federação destinadas a pessoa física ou jurídica não inscrita no Cadastro Geral da Fazenda do Estado.

Alega a parte requerente que a legislação impugnada ofende o princípio da não discriminação constante do art. 150, V, da Constituição. De sua óptica, essa norma “visa impedir barreiras fiscais entre os membros da federação e, em última análise, o cerceio ao livre ir e vir, igualmente previsto na Carta, em seu art. 5º, XV”. Diz que o dispositivo legal impugnado estaria tentando impedir a entrada no território cearense de mercadorias e bens provenientes de outros estados membros, violando, assim, os preceitos constitucionais citados. Aduz que o aludido princípio também pode ser extraído do art. 152 da Carta Federal, que

ADI 4596 / CE

“veda expressamente o estabelecimento de diferenças tributárias entre bens e serviços de qualquer natureza em razão de sua procedência”. Assevera que a jurisprudência da Corte não tolera as diferenças tributárias estabelecidas pelas normas questionadas.

O autor também aponta que o dispositivo legal combatido incide em bitributação. Para ele, o art. 11 supracitado “viola o art. 155, § 2º, inciso VII, alínea ‘b’, da Carta Política, que estabeleceu [a] adoção da alíquota interna (do Estado de origem) quando o destinatário da mercadoria não for contribuinte de ICMS”. Refere que os arts. 6-A e 6-B do Decreto contestado acentuam essa inconstitucionalidade ao prever a exigência do imposto, “inclusive, nas operações ‘destinadas a pessoa jurídica, não contribuinte do imposto, inscrita ou não no Cadastro Geral da Fazenda (CGF), da Secretaria de Fazenda do Estado do Ceará’”. Nesse sentido, entende que houve a instituição de novo tributo. Indica, ainda, ofensa à redação originária do art. 155, § 2º, VIII, da Constituição.

Assevera que a criação do tributo, sem qualquer respaldo no ordenamento jurídico, teria violado o pacto federativo e a autonomia dos estados membros (arts. 1º e 18 da Constituição).

Aduz que o art. 11 da impugnada viola o art. 155, § 2º, VI, da Constituição, o qual estabelece que as alíquotas internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias, não podem ser inferiores àquelas previstas para as operações interestaduais. Informa que o Senado Federal, por meio da Resolução nº 22, de 19 de maio de 1989, estabeleceu que a alíquota máxima do imposto para as operações interestaduais seria de 12%. Sustenta, além disso, que o dispositivo legal combatido não poderia ter delegado ao decreto o poder para fixar a alíquota, pois tal delegação não encontra amparo constitucional.

Foi deferido o aditamento à petição inicial i) requerendo a substituição pelo pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 1º, **caput** e §§ 1º; § 2º, incisos I e II; 3º, 4º e 5º; e do art. 2º, **caput** e §§ 1º e 2º, do Decreto nº 30.542, de 23 de maio de 2011, os quais regulamentam o Protocolo ICMS nº 21/2011.

O Governo do Estado do Ceará sustenta a perda do objeto da ação

ADI 4596 / CE

direta quanto aos arts. 6-A, 6-B e 6-C do Decreto nº 29.560/2008, acrescentados pelo Decreto Estadual nº 29.817/2009 e com a redação alterada pelos Decretos Estaduais nºs 29.560/2009 e 30.115/2010, todos do Estado do Ceará. Refere a edição do Decreto Estadual nº 30.542/11, o qual estabelece procedimentos operacionais para a aplicação do Protocolo ICMS nº 21/2011, que dispõe sobre as operações interestaduais que destinem mercadoria ou bem a consumidor final cuja aquisição ocorrer de forma não presencial no estabelecimento. Aduz que o aditamento feito pelo requerente - de que a declaração de inconstitucionalidade se dê em face do art. 1º, **caput** e §§ 1º; § 2º, inciso I e II; 3º, 4º e 5º; e do art. 2º, **caput** e §§ 1º e 2º, do Decreto nº 30.542, de 23 de maio de 2011 - não deve ser acolhido, uma vez que não especificou em que consistiam as inconstitucionalidades das novas normas impugnadas. Segundo alega, a situação descrita no Decreto nº 30.542/2011 são díspares daquelas contidas no decreto revogado, já que, no decreto de 2011, o valor do ICMS devido ao Estado destinatário se faria com as deduções especificadas no Protocolo nº 21/11, não se cogitando, assim, de bitributação.

Sustenta, ainda, o Governo do Estado do Ceará o não cabimento da ação direta, sob o argumento de que a questão seria de adequação entre o que está prescrito na Lei Complementar nº 87/96 e o que está estipulado na legislação estadual, podendo-se, só indiretamente, cogitar de adequação ao texto constitucional.

Sobre o art. 11 da Lei Estadual nº 14.237/2008, esclarece que a cobrança do ICMS estabelecida pela lei estadual decorre da entrada de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas a pessoas físicas ou jurídicas localizadas no Estado do Ceará. Aduz que a norma estadual encontra suporte no art. 155, inciso II, § 2º, incisos VII e VIII, da Constituição Federal. Aduz que o art. 11 da lei questionada não

“impõe necessariamente a cobrança do ICMS pela entrada de mercadoria no Estado destinada a consumidor final, mas sim daquela mercadoria destinada ao contribuinte pessoa física não inscrita no CGF, cuja operação, segundo os critérios legais, denota o seu intuito comercial. Portanto, a hipótese de

ADI 4596 / CE

incidência tributária prevista na norma estadual não se confunde com aquela situação tratada no art. 155, § 2º, VII da Carta Magna”.

A Advocacia Geral da União manifestou-se pela prejudicialidade parcial da ação direta, em razão da revogação dos arts. 6-A, 6-B e 6-C do Decreto nº 29.560/08 pelo art. 6º do Decreto nº 30.542/2011. No mérito, manifestou-se pela procedência parcial do pedido.

O Ministério Público Federal posicionou-se pela procedência do pedido para que seja declarada a inconstitucionalidade do art. 11 da Lei nº 14.237/2008 e dos arts. 1º e 2º do Decreto nº 30.542/2011, ambos do Estado do Ceará.

O Estado de São Paulo, na qualidade de **amicus curiae** também requereu a procedência da ação direta.

É o relatório.

06/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.596 CEARÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

1. PRELIMINAR

Quanto à alegação de prejuízo do pedido em relação aos arts. 6-A, 6-B e 6-C do Decreto nº 29.560/08 do Estado do Ceará em razão da revogação dos referidos dispositivos pelo Decreto nº 30.542/2011 do mesmo Estado, não se configura a prejudicialidade da ação direta, uma vez que foi deferido o aditamento à petição inicial para se substituir o pedido de declaração de inconstitucionalidade das disposições revogadas pela declaração de inconstitucionalidade do art. 1º, **caput** e §§ 1º; 2º, incisos I e II; 3º, 4º e 5º; e do art. 2º, **caput** e §§ 1º e 2º, do Decreto nº 30.542, de 23 de maio de 2011, publicado no DOE de 24/05/2011.

Ademais, ressalto a verticalidade direta das normas estaduais impugnadas com relação aos dispositivos constitucionais tidos por violados, não se cogitando de afronta reflexa.

2. Mérito

Verificada a satisfatoriedade das razões trazidas na petição inicial para o conhecimento da ação direta, passo à análise dos dispositivos impugnados:

Lei nº 14.237/08:

“Art. 11. Nas entradas de mercadorias ou bens de outras unidades da Federação destinadas a pessoa física ou jurídica **não inscrita no Cadastro Geral da Fazenda deste Estado**, em quantidade, valor ou habitualidade que caracterize ato comercial, será exigida o recolhimento do ICMS correspondente a uma carga tributária líquida, entre 3% (três por cento) e 10% (dez por cento) por cento, aplicada sobre o valor da operação constante do respectivo documento fiscal, conforme disposto

ADI 4596 / CE

em regulamento.”

Decreto nº 30.542/2011

“Art. 1º Nas entradas de mercadorias ou bens procedentes das unidades federadas signatárias do Protocolo ICMS nº 21/2011, em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing, showroom ou qualquer outra modalidade, será exigido, nos termos deste Decreto, 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.

§ 1º A exigência do imposto prevista no caput deste artigo, aplica-se, inclusive, nas operações procedentes de unidades da Federação não signatárias do referido protocolo.

§ 2º A parcela do imposto devido a este Estado será obtida pela aplicação da alíquota interna aplicável ao produto, sobre o valor da respectiva operação, deduzindo-se o valor equivalente ao percentual aplicado sobre a base de cálculo utilizada para cobrança do imposto devido na origem, no máximo, nos seguintes percentuais:

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.

§ 3º O imposto previsto neste artigo será exigível no momento do ingresso da mercadoria ou bem no território deste Estado, quando a operação estiver sem a comprovação do pagamento do imposto relativo à parcela pertencente a este Estado.

§ 4º O disposto no §3º aplica-se também nas entradas procedentes de unidades federadas não signatária do referido protocolo.

ADI 4596 / CE

§ 5º Na hipótese do §3º, quando o destinatário for órgão público estadual, este poderá firmar convênio com a Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará, para reter o imposto devido pelo fornecedor e repassar ao Estado através de GNRE ou DAE, conforme o caso.

Art. 2º Nas operações interestaduais destinadas as unidades federadas signatárias do Protocolo ICMS nº 21/2011, o estabelecimento remetente, sediado neste estado, na condição de substituto tributário, será o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, em favor da unidade federada de destino, relativo à parcela de que trata o art.1º.

§ 1º 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 ao percentual de 12% (doze por cento) aplicados sobre a base de cálculo utilizada para cobrança do imposto de obrigação direta do emitente.

§ 2º O ICMS devido a este Estado, relativo à obrigação própria do remetente, será calculada com a utilização da alíquota interestadual, desde que se comprove o recolhimento do imposto pertencente ao Estado destinatário, 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.”

Vide que a Lei nº 14.237/2008 foi editada em período anterior à Emenda Constitucional nº 87/2015, quando vigente a redação original do art. 155, § 2º, VII, **b**, da Constituição. Pela redação originária dos referidos dispositivos constitucionais, a alíquota interestadual somente seria adotada, em relação às operações e prestações que destinassem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, quando o destinatário fosse contribuinte do imposto, hipótese em que caberia ao estado da localização do destinatário o imposto correspondente à

ADI 4596 / CE

diferença entre a alíquota interna e a interestadual. **Caso o destinatário não fosse contribuinte do imposto, adotava-se a alíquota interna.**

No julgamento da ADI nº 4.628, Rel. Min. **Luiz Fux**, o Plenário da Corte, ao analisar o Protocolo ICMS nº 21/2011 do CONFAZ, o qual versava 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**, firmou a orientação de que ofende a disciplina constitucional do ICMS (art. 155, § 2º, VII, b, da CF) instituir-se uma diferença de alíquotas em favor do estado destinatário das mercadorias ou bens na hipótese de venda direta ao consumidor.

Segue a ementa do julgado:

“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

ADI 4596 / CE

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 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

ADI 4596 / CE

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 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

ADI 4596 / CE

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. 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

ADI 4596 / CE

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” (ADI nº 4.628/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 24/11/14).

Na ocasião, assentou o Plenário que 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 se contrariarem os arts. 155, § 2º, inciso VII, *b*; e 150, IV e V, da CRFB/88. Ressaltou-se, ainda, que o protocolo violava não só o pacto federativo, mas também a reserva de resolução senatorial para a fixação das alíquotas interestaduais do ICMS (art. 155, § 2º, IV, CF) e a proibição de tratamento discriminatório entre entes federados (arts. 150, V, e 152, CF).

Vide que a matéria também foi analisada em sede de repercussão geral nos autos do RE nº 680.089/SE, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, conforme mostra a ementa a seguir:

“Recurso extraordinário. 2. Constitucional e Tributário. 3. Interpretação do art. 155, § 2º, VII, a e b, VIII, da Constituição Federal. Vendas realizadas de forma não presencial a consumidor final não contribuinte do imposto. Aplicação da alíquota interna no estado de origem. 4. protocolo CONFAZ nº 21/2011. Inconstitucionalidade. 5. Modulação dos efeitos. 6. Repercussão geral. 7. Recurso extraordinário não provido” (RE nº 680.089/SE, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 3/12/14).

ADI 4596 / CE

Vide que a cobrança da alíquota do estado de origem quando o consumidor final não era contribuinte do ICMS acabava por privilegiar os estados mais industrializados, localizados nas Regiões Sudeste e Sul do País, onde se concentram as sedes das principais empresas do comércio de vendas, em detrimento das demais unidades da Federação, que, a despeito de possuírem significativa parcela de consumidores, não ostentam essa intensa atividade empresarial e comercial. No entanto, a pretexto de corrigir o desequilíbrio econômico, os entes federados não podem utilizar sua competência legislativa concorrente ou privativa para retaliar outros entes federados, como pretendeu o legislador estadual ao editar a Lei nº 14.237/08. No caso, a Constituição adotou como critério de partilha da competência tributária o estado de origem das mercadorias ou bens, de modo que o deslocamento da sujeição ativa para o estado de destino depende de alteração do próprio texto constitucional, opção política legítima que não pode ser substituída pela ação do Judiciário.

Nesse contexto é que foi editada a Emenda Constitucional nº 87/2015, alterando-se, de forma profunda, a sistemática de recolhimento do ICMS. Ao alterar as redações dos incisos VII e VIII do art. 155, § 2º, da Constituição Federal e ao incluir as alíneas a e b nesse inciso, referida emenda determinou a adoção da alíquota interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, e dispôs caber ao estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do estado destinatário e a alíquota interestadual. Além disso, **atribuiu-se ao remetente, quando o destinatário não for o contribuinte do imposto, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente ao citado diferencial de alíquotas, cabendo o recolhimento ao destinatário quando ele for contribuinte do imposto.**

Todavia, a orientação na jurisprudência da Corte vai no sentido de que o sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. Dessa forma, mesmo que a mudança do texto constitucional pudesse ser conciliada com a lei inconstitucional,

ADI 4596 / CE

de acordo com a redação anterior, não poderia haver convalidação, nem recepção desta lei, já que eivada de nulidade original insanável, decorrente de sua frontal incompatibilidade com o texto constitucional vigente no momento de sua edição.

Nesse sentido:

“CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação de antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. Ação direta que não se conhece por impossibilidade jurídica do pedido” (ADI nº 2-1/DF, Rel. Min. **Paulo Brossard**, DJ de 21/11/97).

Dessa perspectiva, o art. 11 da Lei Estadual nº 14.237/2008 e os arts. 1º e 2º do Decreto nº 30.542/2011, por serem inconstitucionais ao tempo de sua edição, não poderiam ser, como não foram, convalidados pela Emenda Constitucional nº 87/2015. E, se a norma não foi convalidada, isso significa que sua inconstitucionalidade persiste e é atual, ainda que se refira a dispositivos da Constituição que não se encontram mais em vigor, alterados que foram pela referida emenda constitucional.

ADI 4596 / CE

3. DISPOSITIVO

Diante dos exposto, julgo procedente a ação direta, declarando a inconstitucionalidade do art. 11 da Lei nº 14.237/2008 e dos arts. 1º e 2º do Decreto nº 30.542/2011, ambos do Estado do Ceará, com a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir do julgamento da presente ação direta, ressalvadas as ações judiciais em curso (ADI nº 4.628/DF).

4. DA MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO

O art. 11 da Lei nº 14.237/2008 e os arts. 1º e 2º do Decreto nº 30.542/2001 do Estado do Ceará estão em vigor e produzindo efeitos desde 2008 e 2011, respectivamente. O Protocolo ICMS nº 21/2011 disciplinou a matéria no âmbito de todos os estados da Federação. Na ADI nº 4.628/DF, referido protocolo foi declarado inconstitucional. No julgamento da referida ação direta, o Plenário da Corte modulou os efeitos da decisão a partir do deferimento da concessão da medida liminar, ressalvadas as ações já ajuizadas. O mesmo entendimento, a meu sentir, deve ser adotado quanto à declaração de inconstitucionalidade do art. 11 da Lei nº 14.237/2008 e dos arts. 1º e 2º do Decreto nº 30.542/2011. Como na espécie não houve concessão de medida liminar, proponho a modulação da decisão para que tenha efeitos a partir do mês seguinte ao do julgamento da presente ação direta, ressalvadas as ações judiciais em curso. A proposta de modulação dos efeitos para o mês seguinte ao do julgamento prende-se ao período de apuração do ICMS, o qual, via de regra, é mensal.

06/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.596 CEARÁ

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

A matéria é tributária - ICMS no destino - e declaramos inconstitucional o dispositivo. Nesse ponto, já houve a proclamação na sessão extraordinária da manhã.

Ministro **Celso de Mello**, já chegamos a sete votos. Há divergência do Ministro **Marco Aurélio**, um voto contrário, quanto à modulação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Quanto à modulação apenas.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Em relação à declaração de inconstitucionalidade, foi unânime. Mas em relação à modulação, não se alcançando o quórum, seguindo o Regimento, aguarda-se a composição.

Em duas ações diretas de inconstitucionalidade, na 4.596 e na 4.712, que têm por objeto a mesma lei do Estado do Ceará, eu propus - e já fui acompanhado por seis Colegas - a modulação do efeitos para passar a valer a decisão a partir do mês subsequente ao do julgamento, porque é uma questão tributária.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - Com ressalva das ações judiciais em curso?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Com a ressalva das ações judiciais em curso, exatamente.

06/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.596 CEARÁ

VOTO S/ MODULAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu aqui - infelizmente não pude estar na parte da manhã -, a questão aqui, Ministro Dias Toffoli, é a mesma que foi debatida na ADI 4.628?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Eu não me lembro de cabeça.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É porque houve uma...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Em relação à proclamação do resultado...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - A proclamação do resultado da inconstitucionalidade já aconteceu. Nós estamos trazendo apenas a modulação.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

A inconstitucionalidade já não está mais em jogo, já foi julgada. É a questão da modulação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu até vou acompanhar o Relator. A minha única dúvida - eu tive a impressão que fosse a mesma matéria -, e, aí, nessa julgada em 2014, o Ministro Fux já havia modulado.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Não, não, aqui é uma lei do Estado do Ceará.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu entendo, mas a questão de fundo seria a mesma.

Mas, de qualquer forma, neste momento, quer dizer, uma perda de receita com risco de repetições, nesse momento, eu acho que seria uma questão complicada.

De modo que eu estou acompanhando o Relator.

06/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.596 CEARÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, eu, nessa ADI 4.628, eu modulei. De sorte que não me parece que possa surpreender nem Estado nem contribuinte, tento em vista que já, naquela oportunidade, em 2014, eu havia modulado.

De sorte que eu vou pedir vênua para não modular.

06/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.596 CEARÁ

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S)	: MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ
INTDO.(A/S)	: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ
AM. CURIAE.	: CAMARA BRASILEIRA DE DIAGNOSTICO LABORATORIAL-CBDL
ADV.(A/S)	: JOÃO PAULO MORELLO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, muito embora, na primeira parte, tenha me pronunciado de forma contrária à modulação, desejo ressaltar dois aspectos.

Continuo acreditando que não se pode albergar a inconstitucionalidade útil, considerada a passagem do tempo; dar-se o dito pelo não dito, como se a Constituição Federal tivesse ficado em *stand by* até o momento da decisão do Supremo. Lei que surja, no cenário normativo nacional, conflitante com a Constituição Federal é natimorta.

Há mais: o pano de fundo é a guerra fiscal. E há muito tempo este Tribunal vem glosando a guerra fiscal.

06/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.596 CEARÁ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, divirjo apenas quanto à modulação.

06/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.596 CEARÁ

V O T O

(s/ modulação)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênia, Senhora Presidente, **para acompanhar** o eminente Relator, **apoiando-me**, *para tanto, nas razões que expus* por ocasião do julgamento do RE 723.651/PR, em fevereiro de 2016.

É o meu voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.596

PROCED. : CEARÁ

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

REQTE.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

ADV.(A/S) : MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO (18958/DF, 167075/MG, 2525/PI) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ

INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ

AM. CURIAE. : CAMARA BRASILEIRA DE DIAGNOSTICO LABORATORIAL-CBDL

ADV.(A/S) : JOÃO PAULO MORELLO (112569/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO

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

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta, declarando a inconstitucionalidade do art. 11 da Lei nº 14.237/2008 do Estado do Ceará. Em seguida, o julgamento foi suspenso para votar-se, na sessão seguinte, a modulação dos efeitos da decisão. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Luiz Fux e Roberto Barroso. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 6.6.2018.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, modulou a decisão de declaração de inconstitucionalidade para que tenha efeitos a partir do mês seguinte ao do julgamento da presente ação direta, ressalvadas as ações judiciais em curso. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux. Ausente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 6.6.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário