

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4628

Requerente: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo  
– CNC

Requeridos: Estados do Acre, de Alagoas, do Amapá, da Bahia, do Ceará, do Distrito Federal, do Espírito Santo, de Goiás, do Maranhão, de Mato Grosso, do Pará, da Paraíba, de Pernambuco, do Piauí, do Rio Grande do Norte, de Roraima, de Rondônia, de Sergipe e do Tocantins

Relator: Ministro Luiz Fux

*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 1º; 18; 25, caput; 150, inciso V; 152; e 155, § 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.*

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União, tendo em vista o disposto no artigo 103, § 3º, da Constituição da República, bem como na Lei nº 9.868/99, vem, respeitosamente, manifestar-se quanto à presente ação direta de inconstitucionalidade.

## I – DA AÇÃO DIRETA

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo – CNC, tendo por objeto o Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011 (publicado no Diário Oficial da União de 07.04.11, com retificação publicada no Diário Oficial da União de 13.04.11), que “*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*”. Confira-se o teor do ato impugnado:

*“Os Estados de Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Rondônia e Sergipe e o Distrito Federal, neste ato representados pelos Secretários de Fazenda, Finanças, Receita ou Tributação e Gerente de Receita, reunidos na cidade do Rio de Janeiro, no dia 1º de abril de 2011, fundamentados no disposto nos arts. 102 e 199 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e no art. 9º da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996,*

*considerando que a sistemática atual do comércio mundial permite a aquisição de mercadorias e bens de forma remota;*

*considerando que 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;*

*considerando que 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;*

*considerando 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, resolve celebrar o seguinte*

## PROTÓCOLO

*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 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 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.*

#### **RETIFICAÇÃO**

*Publicada no DOU de 13.04.11*

*Na lista de assinatura do Protocolo ICMS 21/11, de 01 de abril de 2011, publicado no DOU de 7 de abril de 2011, Seção 1, página 22, onde se lê: 'Acre - Mâncio Lima Cordeiro, Alagoas - Maurício Acioli Toledo, Amapá - Cláudio Pinho Santana, Bahia - Carlos Martins Marques de Santana, Ceará - Carlos Mauro Benevides Filho, Distrito Federal - Valdir Moysés Simão, Espírito Santo - Maurício César Duque, Goiás - Simão Cirineu Dias, Maranhão - Cláudio José Trinchão Santos, Mato Grosso - Edmilson José dos Santos, Pará - José Barroso Tostes Neto, Paraíba - Rubens Aquino Lins, Paraná - Luiz Carlos Haully, Pernambuco - Paulo Henrique Saraiva Câmara, Piauí - Antônio Silvano Alencar de Almeida, Rio Grande do Norte - José Airton da Silva, Rondônia - Benedito Antônio Alves, Roraima - Luiz Renato Maciel de Melo, Santa Catarina - Ubiratan Simões Rezende, Sergipe - João Andrade Vieira da Silva, Tocantins.'*

*leia-se: 'Acre - Mâncio Lima Cordeiro, Alagoas - Maurício Acioli Toledo, Amapá - Claudio Pinho Santana, Bahia - Carlos Martins Marques de Santana, Ceará - Carlos Mauro Benevides Filho, Distrito Federal - Valdir Moysés Simão, Espírito Santo - Maurício César Duque, Goiás - Simão Cirineu Dias, Maranhão - Claudio José Trinchão Santos, Mato Grosso - Edmilson José dos Santos, Pará - José Barroso Tostes Neto, Paraíba - Rubens Aquino Lins, Pernambuco - Paulo Henrique Saraiva Câmara, Piauí - Antônio*

*Silvano Alencar de Almeida, Rio Grande do Norte - José Airton da Silva, Rondônia - Benedito Antônio Alves, Roraima - Luiz Renato Maciel de Melo, Sergipe - João Andrade Vieira da Silva.”*

A requerente sustenta, em síntese, que o Protocolo nº 21/2011 ofenderia o artigo 155, § 2º, inciso VII, alínea “b”, da Constituição da República<sup>1</sup>, *“especialmente em sua cláusula primeira, porquanto exigiria o pagamento de ICMS à unidade federada destinatária mesmo quando o consumidor final não for contribuinte.”* (fl. 10).

Alega que o ato impugnado importaria *“indevida e lamentável situação de bitributação, pois os signatários do protocolo invadem a 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”* (fl. 12).

Afirma a requerente, também, *“que até que seja alterada a Constituição por seu instrumento apropriado, ou seja, mediante emenda à mesma, e que não se tente alterá-la de forma inaceitável e flagrantemente inconstitucional, como se pretende com o protocolo ICMS nº 21/2011, pois o Judiciário inevitavelmente manifestar-se-á em defesa do ordenamento jurídico pátrio, notadamente este Egrégio Tribunal, a quem cabe precipuamente, nos termos da Constituição (art. 102, caput), a guarda da mesma”* (fl. 12).

---

<sup>1</sup> “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

Ademais, argumenta que o dispositivo impugnado vulneraria o artigo 150, inciso IV, da Carta Política<sup>2</sup>, pois se caracterizaria como confisco, ou seja, “*um aumento no valor total a ser pago de ICMS na casa de 58,82% (diferença entre R\$ 170,00 e R\$ 270,00) considerando que se terá que pagar o imposto à alíquota interna (17%) ao Estado de Santa Catarina, que à evidência não abrirá mão de sua parcela, e um diferencial (10%) ao Estado destinatário, na hipótese apresentada, o Estado da Paraíba*” (fl. 19).

A autora alega que o protocolo hostilizado também ofenderia o artigo 150, inciso V, da Constituição Federal<sup>3</sup>, porque criaria “*limitações à entrada de bens, por conta de ônus tributário abusivo criado pelas unidades federadas signatárias do Protocolo nas operações interestaduais nas quais se adquire mercadorias ou bens de forma não presencial*” (fl. 20).

Sustenta, outrossim, que a cláusula segunda do ato normativo atacado ofenderia o artigo 150, § 7º, da Constituição Federal<sup>4</sup>, na medida em que atribui ao Estado remetente da mercadoria ou bem a suposta condição de substituto tributário do pagamento do imposto, quando somente lei complementar federal (por força do artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “b”, da Constituição Federal) e lei estadual (em razão do disposto no Lei Complementar nº 87/1996) poderiam fazê-lo.

---

<sup>2</sup> “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco”;

<sup>3</sup> “Art. 150. (...)

(...)

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público”;

<sup>4</sup> “Art. 150. (...)

(...)

§ 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”.

Ao final, requer a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia do Protocolo ICMS nº 21/2011 e, no mérito, a procedência do pedido para que seja declarada a inconstitucionalidade do mencionado ato normativo.

O processo foi distribuído ao Ministro Luiz Fuz que, nos termos do rito previsto no artigo 10, § 1º, da Lei nº 9.868/99, solicitou informações aos requeridos, bem como determinou a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

A Associação Brasileira de Indústria Elétrica e Eletrônica – ABNEE e o Estado de São Paulo ingressaram com pedido de intervenção como *amici curiae*.

Em atendimento à solicitação de informes, à exceção dos Estados de Alagoas, de Mato Grosso, do Rio Grande do Norte e de Rondônia, os demais signatários do Protocolo prestaram esclarecimentos no sentido do indeferimento da medida cautelar, sob a argumentação de ausência dos pressupostos necessários à sua concessão.

Na sequência, vieram os autos para manifestação do Advogado-Geral da União.

## **II – DA PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO**

Como relatado, a requerente insurge-se contra o Protocolo ICMS nº 21/2011, firmado pelos Estados do Acre, de Alagoas, do Amapá, da Bahia, do Ceará, do Espírito Santo, de Goiás, do Maranhão, de Mato Grosso, do Pará, da Paraíba, de Pernambuco, do Piauí, do Rio Grande do Norte, de Roraima, de Rondônia, de Sergipe, do Tocantins e do Distrito Federal, editado com o

propósito de alterar o regime constitucional de incidência do ICMS, conforme se depreende de seus *considerandos*.

Verifica-se, em primeiro plano, que o mencionado ato normativo não constitui Convênio firmado no âmbito do CONFAZ, tampouco sua celebração encontra abrigo no artigo 38 do Regimento Interno do referido Conselho, que dispõe em seu artigo 38, *verbis*:

*“Art. 38 – Dois ou mais Estados de Distrito Federal poderão celebrar entre si Protocolos, estabelecendo procedimentos comuns visando:*  
*I – a implementação de políticas fiscais;*  
*II – a permuta de informações e fiscalização conjuntas;*  
*III – a fixação de critérios para a elaboração de pautas fiscais;*  
*IV – outros assuntos de interesse dos Estados e do Distrito Federal.*

*Parágrafo Único – Os protocolos não se prestarão ao estabelecimento de normas que aumentem, reduzam ou revoguem benefícios fiscais”* (grifos apostos).

Dessa feita não se pode, por meio de protocolo, estabelecer cláusulas incompatíveis com a disciplina instituída pela Carta Magna acerca do ICMS, tampouco que aumentem impostos, como pretendido pelo ato normativo questionado, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da não diferenciação tributária (artigo 152<sup>5</sup>) e da liberdade de tráfego (artigo 150, inciso V), bem como ao postulado do pacto federativo (artigos 1º e 18, *caput*<sup>6</sup>) e ao disposto no artigo 155, § 2º, incisos IV<sup>7</sup> e VII, alínea “b”, todos da Constituição da República.

---

<sup>5</sup> “Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino”.

<sup>6</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

<sup>7</sup> “Art. 155. (...)

(...)



Como cediço, o artigo 150, inciso V, da Carta Maior proíbe aos entes tributantes “*estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais*”. Essa previsão constitucional converge com o princípio da não diferenciação tributária, previsto no artigo 152 da Constituição, segundo o qual é vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “*estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino*”.

Sobre o tema, esclarece Hugo de Brito Machado<sup>8</sup> que a Carta Política de 1988 não proíbe a cobrança de ICMS sobre a circulação de mercadorias em operações interestaduais, mas, sim, a instituição de tributo em que a transposição de fronteira estadual seja elemento essencial de sua hipótese de incidência. Confira-se:

*“O art. 150, inciso V, da Constituição Federal de 1988 veda às diversas entidades tributantes o estabelecimento de limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais. É importante esclarecer que essa regra não impede a cobrança de imposto sobre a circulação em operações interestaduais ou intermunicipais. O que ela proíbe é a instituição de um tributo em cuja hipótese de incidência seja elemento essencial a transposição de fronteira interestadual ou intermunicipal. Essa limitação ao poder de tributar decorre e de certa forma realiza o princípio federativo. Não configura propriamente uma imunidade. Apenas estabelece parâmetros para a atividade tributária. Define, na verdade, circunstâncias que a podem tornar inconstitucional. No inciso V, do art. 150, a circunstância que pode tornar um tributo inconstitucional é a interestadualidade, se tomada como essencial para o nascimento do dever jurídico de pagar o tributo, ou como critério para seu agravamento.”* (grifou-se).

Nesses termos, tem-se que a Constituição Federal veda aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir tributo cuja regra-matriz

---

*IV - terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal”.*

<sup>8</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 66.

contemple, em seu aspecto espacial, a transposição de bens e pessoas entre as unidades federadas.

Entretanto, na espécie, observa-se que, de acordo com a disposição prevista na cláusula primeira do protocolo impugnado, os Estados signatários acordam em *“exigir a favor da unidade de destino da mercadoria ou bem, a parcela do 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”*.

Vê-se, portanto, que o Protocolo nº 21/2011 não se compatibiliza com os princípios insculpidos nos artigos 150, inciso V, e 152 da Carta Maior, pois agravam a carga tributária relativa ao ICMS devido nas operações interestaduais, inserindo na hipótese de incidência do imposto o fato de o bem ou a mercadoria sair do território de um Estado e ingressar no território de outro.

Não bastasse isso, o parágrafo único da referida cláusula primeira afronta o princípio da autonomia previsto no artigo 25, *caput*, da Carta Política<sup>9</sup>, ao estabelecer que *“a exigência do imposto pela unidade federada destinatária da mercadoria ou bem, aplica-se, inclusive, nas operações procedentes de unidades da Federação não signatárias”* do protocolo, pois o Estado não pode ser obrigado a dar cumprimento a acordo com o qual não anuiu.

Argumente-se, por outro lado, que as cláusulas primeira, segunda e terceira do mencionado protocolo desrespeitam o próprio modelo constitucional de alíquotas do tributo em comento. É que o artigo 155, § 2º, inciso VII, da Constituição Federal determina que *“em relação às operações e prestações que*

---

<sup>9</sup> “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.

*destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado” seja adotada “a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele”.*

A regra, portanto, é que a receita tributária pertença ao Estado onde ocorreu a operação mercantil, mesmo que o consumidor final (destinatário) esteja localizado em outra unidade federada. Nessa linha, Roque Antonio Carrazza<sup>10</sup> assevera o seguinte:

*“O tributo pertence à pessoa política (Estado ou Distrito Federal) onde a operação mercantil se realizou, ainda que o destinatário da mercadoria esteja localizado em outra unidade federativa ou, mesmo, no exterior. É que a Constituição fez coincidir, como regra, o aspecto espacial da hipótese de incidência possível do ICMS, com os limites geográficos da entidade tributante.”*

No caso em análise, contudo, observa-se que o protocolo questionado exige do Estado-membro remetente da mercadoria ou bem o recolhimento de parcela do imposto, em favor do Estado destinatário de referida mercadoria, nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte situado em seu território.

É dizer, o conteúdo disposto nas cláusulas primeira, segunda e terceira do Protocolo nº 21/2011, em uma análise sumária, apontam desrespeito às regras insculpidas no artigo 155, § 2º, inciso VII, da Constituição, pois objetivam, na verdade, viabilizar a exigência de recolhimento de ICMS em favor do Estado destinatário da mercadoria ou bem, em situação na qual o referido tributo não lhe é devido (ou seja, quando o consumidor final não é contribuinte do imposto).

---

<sup>10</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42.

Ressalte-se, outrossim, que a sistemática prevista em tais cláusulas conduzem à dupla incidência de ICMS (bitributação) nas operações interestaduais, uma vez que, em tais situações, o imposto é exigido tanto no Estado de origem dos bens e mercadorias, quanto naquele Estado de destino, o que vulnera o disposto no artigo 155, § 2º, inciso VII, da Constituição.

No julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4565, essa Corte suspendeu a eficácia de lei estadual que determinara a incidência de ICMS nas entradas, no Estado do Piauí, de bens oriundos de outros entes da Federação. Confira-se:

**“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.”** (ADI-MC nº 4565, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 07/04/11, Publicação em 27/06/11; grifou-se).

A violação à autonomia dos entes federados decorre, igualmente, do desrespeito aos postulados constitucionais da liberdade de tráfego e da não diferenciação tributária, incompatibilizando-se o protocolo hostilizado, também, com o disposto nos artigos 1º e 18 da Constituição da República.

Por derradeiro, vislumbra-se a ocorrência de violação ao artigo 155, § 2º, inciso IV, da Constituição da República. Isso porque a cláusula terceira do Protocolo nº 21/2011 define os percentuais das alíquotas interestaduais do ICMS – quanto às operações iniciadas em determinada unidade da Federação e destinadas à outra –, cuja competência a Carta Maior reservou ao Senado Federal. Atualmente, a Resolução nº 22/89 do Senado Federal estabelece as alíquotas do ICMS nas operações e prestações interestaduais nos seguintes termos:

*“Art. 1º A alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, nas operações e prestações interestaduais, será de doze por cento.*

*Parágrafo único. Nas operações e prestações realizadas nas Regiões Sul e Sudeste, destinadas às Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e ao Estado do Espírito Santo, as alíquotas serão:*

*I - em 1989, oito por cento;*

*II - a partir de 1990, sete por cento.*

*Art. 2º A alíquota do imposto de que trata o art. 1º, nas operações de exportação para o exterior, será de treze por cento.*

*Art. 3º Esta Resolução entra em vigor em 1º de junho de 1989.”*

Conforme salientado por esse Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4565, revela-se inconstitucional norma criada por ente federado que estabeleça tributação diferenciada de bens provenientes de outros Estados da Federação, pois, dentre outros fundamentos, *“há reserva de resolução do Senado Federal para*

*determinar as alíquotas do ICMS para operações interestaduais*”. Confira-se excerto do voto condutor proferido, na ocasião, pelo Ministro Joaquim Barbosa:

*“Inicialmente, observo que o texto impugnado viola reserva de resolução senatorial para fixação das alíquotas interestaduais do ICMS, ao determinar que a carga tributária líquida será equivalente a 4,5 e 10% no valor constante do documento fiscal que acompanha a mercadoria (art. 155, § 2º, IV da Constituição). Atualmente, a Resolução SF 22/1989 estabelece que a alíquota do ICMS será de 7º, incidente nas operações interestaduais originadas nas Regiões Sul e Sudeste, e destinadas às Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, bem como ao Estado do Espírito Santo.”*

(ADI-MC nº 4565, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 07/04/11, Publicação em 27/06/11).

Nesse sentido, percebe-se que os Estados-membros signatários do protocolo impugnado invadiram a competência reservada ao Senado Federal para dispor sobre a alíquota de ICMS aplicável às operações interestaduais.

Assim, diante da contrariedade das cláusulas primeira, segunda e terceira do Protocolo nº 21/2011 com os artigos os artigos 1º; 18; 25, *caput*; 150, inciso V; 152; e 155, § 2º, incisos IV e VII, todos da Carta da República, conclui-se pela presença do pressuposto da plausibilidade jurídica do pedido de concessão da medida cautelar.

No que tange às cláusulas quarta, quinta, sexta e sétima do protocolo nº 21/2011, percebe-se vício de inconstitucionalidade a ser declarado por arrastamento.

Com efeito, a leitura de tais cláusulas permite aferir sua estreita dependência e vinculação com conteúdo das cláusulas primeira, segunda e

terceira do Protocolo nº 21/2011, fazendo incidir, portanto, a sua inconstitucionalidade por arrastamento.

Quanto à relação de dependência que pode existir entre normas e das consequências advindas da extinção da disposição normativa principal, confira-se o entendimento de Carlos Maximiliano:

*“Extinta uma disposição, ou um instituto jurídico, cessam todas as determinações que aparecem como simples consequências, explicações, limitações, ou se destinam a lhe facilitar a execução ou funcionamento, a fortalecer ou a abrandar os seus efeitos. O preceito principal arrasta em sua queda o seu dependente ou acessório.”*

Nessa linha, é o posicionamento desse Supremo Tribunal Federal.

Confira-se:

*“Ação Direta de Inconstitucionalidade. AMB. Lei nº 12.398/98-Paraná. Decreto estadual nº 721/99. (...). 6. Declaração de inconstitucionalidade por arrastamento das normas impugnadas do decreto regulamentar, em virtude da relação de dependência com a lei impugnada”.*

(ADI nº 2158, Relator: Ministro DIAS TOFFOLI, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em: 15-09-2010, Publicação em: DJ de 16-12-2010; grifou-se);

*“INCONSTITUCIONALIDADE. Ação Direta. Lei nº 2.749, de 23 de junho de 1997, do Estado do Rio de Janeiro, e Decreto Regulamentar nº 23.591, de 13 de outubro de 1997. Revista íntima em funcionários de estabelecimentos industriais, comerciais e de serviços com sede ou filiais no Estado. Proibição. Matéria concernente a relações de trabalho. Usurpação de competência privativa da União. Ofensa aos arts. 21, XXIV, e 22, I, da CF. Vício formal caracterizado. Ação julgada procedente. Inconstitucionalidade por arrastamento, ou consequência lógico-jurídica, do decreto regulamentar”.*

(ADI nº 2.947, Relator: Ministro Cezar Peluso (Presidente), Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em: 05-05-2010, Publicação em: DJ de 10-09-2010; grifou-se).

Dessa maneira, há plausibilidade jurídica no pedido de suspensão da eficácia do inteiro teor do Protocolo nº 21/2011, inclusive de suas cláusulas segunda, quarta, quinta, sexta e sétima.

### **III – DO *PERICULUM IN MORA***

Evidenciada a relevância da questão constitucional suscitada, mostra-se atendida a conveniência de sustar, provisoriamente, a eficácia do ato normativo em debate. Nessa esteira, entende-se por igualmente configurado o *periculum in mora* necessário à concessão da medida liminar, diante dos efeitos imediatos atinentes à cobrança do tributo nele previsto.

Não se pode afastar, ainda, o juízo de conveniência política que envolve a análise dos pleitos de medida cautelar em ações diretas de inconstitucionalidade, conforme decidiu essa Suprema Corte <sup>11</sup>, afastando-se, no caso concreto, a efetivação de guerra fiscal a ensejar danos às entidades federativas, principalmente àquelas que não são signatárias do Protocolo nº 21/2011, o qual extrapola os limites das competências tributárias constitucionais dos Estados-membros e do Distrito Federal.

Verifica-se, portanto, a presença dos requisitos necessários ao deferimento da medida cautelar postulada pela requerente.

Cumprido destacar, por derradeiro, que o posicionamento externado na presente manifestação encontra-se em consonância com o entendimento consolidado dessa Suprema Corte – e reafirmado no julgamento da questão de ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.916/DF, Relator Ministro

---

<sup>11</sup> ADI-MC nº 3401 – Relator Ministro Gilmar Mendes – DJ: 03.06.2005.



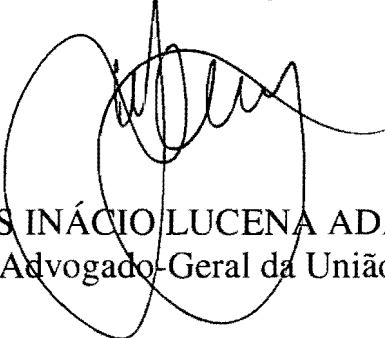
Eros Grau, DJ de 19.10.2009 – no que diz respeito à autonomia do Advogado-Geral da União contrapor-se à constitucionalidade das normas submetidas ao seu exame, na jurisdição concentrada de constitucionalidade, notadamente quando houver precedente no mesmo sentido.

#### IV – CONCLUSÃO


Por todo o exposto, o Advogado-Geral da União manifesta-se pelo deferimento da medida cautelar pleiteada, para o fim de suspender a eficácia do Protocolo ICMS nº 21, de 2011.

São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer em face do artigo 103, § 3º, da Constituição Federal.

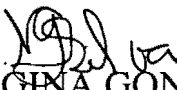
Brasília, de novembro de 2011.



LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS  
Advogado-Geral da União



GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA  
Secretária-Geral de Contencioso



MÁRCIA REGINA GONÇALVES DA SILVA  
Advogada da União