



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO RELATOR *LUIZ FUX* DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

ADI Nº 4628/DF

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS – ABIMAQ, associação civil de fins não econômicos, que representa, em âmbito nacional, a indústria de máquinas e equipamentos, sediada na Av. Jabaquara, 2925, São Paulo, SP, CEP 04045-902, inscrita no CNPJ/MF sob nº 46.390.209/0001-00, por seus advogados que esta subscrevem, constituído nos termos do Estatuto Social e instrumento de mandato anexos, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fundamento no § 2º, do art. 7º, da Lei nº 9.868/99, requerer sua admissão na qualidade de

AMICUS CURIAE

nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade em epígrafe, movida pela **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS E SERVIÇOS E TURISMO – CNC**, a fim de pugnar pela procedência do pedido, conforme os fundamentos de fato e de direito abaixo aduzidos:



I – DA REPRESENTATIVIDADE DA ABIMAQ, RELEVÂNCIA DA MATÉRIA E PERTINÊNCIA TEMÁTICA

Nos termos do disposto no § 2º, do art. 7º, da Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, admite-se, em ações do gênero, a manifestação, de outros órgãos ou entidades, no processo de ação direta de inconstitucionalidade:

Art. 7º. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

(...)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

A fim de esse Excelso Pretório aferir a pertinência do presente pedido de admissão nos autos, registre-se que a peticionante, ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS – ABIMAQ, é uma associação de direito privado de fins não econômicos que, desde 1975, representa o setor industrial de bens de capital de todo o Brasil. Em seu quadro associativo, figuram empresas de capital nacional e estrangeiro, de todos os portes, instaladas em todo País.

A missão da ABIMAQ é defender, de forma permanente e intransigente, os interesses legítimos das empresas associadas à Entidade, valendo-se, para tanto, de diversas formas de ações, inclusive judiciais, agindo sempre na defesa dos interesses das suas associadas (art. 2º do Estatuto Social anexo).

Sua importância como entidade de classe resulta da representatividade e relevância do setor de bens de capital no contexto da economia brasileira, bem como da participação efetiva de seu quadro de associadas nas suas atividades.



A propósito, a peticionante propôs algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, dentre as elas as de nº 3413 e 3702, as quais, recentemente, foram julgadas procedentes por esse Excelso Pretório, Ações essas que foram ajuizadas com o objetivo de corrigir distorções estabelecidas por alguns Estados no que tange ao ICMS no âmbito da chamada guerra fiscal.

E é justamente com esse objetivo que volta a esse Supremo Tribunal Federal, agora, contudo, na qualidade de *amicus curiae* em razão de o Protocolo ICMS nº 21/2011, impugnado nesta Ação, estar atingindo as operações praticadas pelos associados da peticionante.

Com efeito, o quadro associativo da peticionante é composto de indústrias que, evidentemente, produzem e vendem máquinas, equipamentos, componentes e acessórios, genericamente denominados bens de capital, bem como máquinas e implementos de uso agrícola.

E, apesar de tais produtos serem, como dito, bens de capital, o que, em princípio, afastaria a aplicabilidade do Protocolo ICMS nº 21/2011 sobre as operações praticadas aqueles mesmos bens, fato é que o setor representado pela peticionante também está sofrendo com as normas do citado Protocolo.

Isso porque, Excelências, o Protocolo em tela trata de *operações com consumidor final não contribuinte do ICMS*, em cuja definição não se encontram apenas pessoas físicas, alcançando, também, pessoas jurídicas que, apesar de não serem contribuintes do ICMS, adquirem, de associados da peticionante, bens para seu ativo imobilizado.

Cite-se, como exemplo, os agricultores, grande parte deles de pequeno porte, localizados, no mais das vezes, nos Estados das regiões Centro-oeste, Norte e Nordeste, signatários do Protocolo questionado. Há, também, clínicas médicas, hospitais, academias, shopping centers, empresas de saneamento básico, construção civil etc, que adquirem bens de capital e não são contribuintes do ICMS.

Apesar de o Protocolo objetivar alcançar as operações de vendas concretizadas pela forma não presencial, ou seja, fora do estabelecimento da indústria, isto é, via *internet, telemarketing, showroom*, representação comercial etc., fato é que todas as operações interestaduais estão sendo objeto de questionamento por parte dos Estados



subscritores e aderentes ao Protocolo. E isso ocorre por uma razão muito simples: não há como o fiscal de barreira identificar a forma como foi concretizada a venda; sendo ela interestadual, presume-se que não ocorrera no estabelecimento da indústria vendedora.

É preciso esclarecer, ainda neste tópico inicial, que a peticionante não formulou o presente pedido em momento anterior porque, até então, os Estados signatários do Protocolo não vinham aplicando-o ao setor de bens de capital, representado pela peticionante, o que, infelizmente, de uns dias para cá, não vem ocorrendo, dada a sanha dos Estados.

Por esse motivo, a peticionante não pode deixar de atender seus associados e, ao mesmo tempo, cientificar a Suprema Corte de que também o setor de bens de capital está sendo, ilegitimamente, *data venia*, prejudicado pelas normas inconstitucionais do Protocolo, o que reforça a necessidade de concessão de medida cautelar, conforme, inclusive, entenderam a Advocacia Geral da União e o Ministério Público Federal em manifestações já juntadas nos autos.

Demonstrando-se, então, a representatividade da ABIMAQ e pertinência temática, e estando diante da indubitável relevância da matéria tratada na presente ação, deve ser deferida a admissão da peticionante no feito, na qualidade de *amicus curiae*, modo de intervenção admissível em nosso ordenamento jurídico conforme posicionamento doutrinário e jurisprudencial.

Evidenciada como está a pertinência da recepção da peticionante como *amicus curiae*, transcreve-se, abaixo, a íntegra do referido Protocolo ICMS nº 21/2001, e, mais adiante, tecemos considerações quanto ao cabimento de ADI em face de Protocolo ICMS, para, em seguida, tratar das inconstitucionalidades existentes no Protocolo em questão.

II – DO PROTOCOLO ICMS Nº 21/2011

Os Estados do 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 celebram, em 1º de abril do corrente ano 2011, no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, o Protocolo ICMS nº 21/2011.



Posteriormente, o Estado de Mato Grosso do Sul aderiu ao referido Protocolo, conforme prevê o Protocolo ICMS nº 31/2011.

O teor do Protocolo ICMS nº 21/2011 é o seguinte:

PROTOCOLO ICMS 21, DE 1º DE ABRIL DE 2011

Publicado no DOU de 07.04.11, pelo Despacho 50/11.

Adesão do MS, pelo Prot. ICMS 30/11, efeitos a partir de 25.04.11.

Retificação no DOU de 13.04.11.

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.

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.

Como visto, o Protocolo transcrito, pelo parágrafo único de sua cláusula terceira, prevê, em total desacordo com o texto Constitucional (o que será exposto mais adiante), a aplicação da alíquota interestadual nas operações com consumidores finais não contribuintes do ICMS.

Em razão dessa inconstitucionalidade é que se instituiu o diferencial de alíquota do ICMS, recaindo ele sobre as operações interestaduais que destinam mercadorias a consumidores finais não contribuintes do ICMS, operações essas concretizadas de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou showroom.

Pela norma contida no parágrafo único da cláusula primeira, o diferencial é devido não só em razão das operações praticadas entre os 19 Estados aderentes ao Protocolo; a norma – nitidamente inconstitucional –, abarca operações que ocorrem a partir de Estados que sequer são subscritores do Protocolo.

Esses destaques iniciais são importantes e válidos para que essa Corte Suprema pasme com a gravidade normativa imposta pelos 18 Estados subscritores do Protocolo e pelo outro que a ele aderiu.



III – DO CABIMENTO DE ADI EM FACE DE PROTOCOLO ICMS

Sabe-se que o controle concentrado só pode ser praticado quando o ato legal/normativo revestir-se de generalidade e abstração.

Com efeito, de acordo com r. decisão proferida por esse Supremo Tribunal na ADI nº 587-1, “a noção de ato normativo, para efeito de controle concentrado de constitucionalidade, pressupõe, além de sua autonomia jurídica, a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade, elementos que lhe conferem aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos, estatais ou individuais, futuros” (ADI nº 587-1, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 08/05/1992).

Como se verá adiante, as normas do Protocolo guerreado regulam, de forma autônoma e abstrata, condutas tendentes a obrigar sujeitos ao recolhimento de ICMS, em hipótese não prevista/autorizada constitucionalmente.

Para demonstrar, de vez, que as normas do Protocolo em questão são passíveis de questionamento via controle concentrado, a petionante faz referência ao item II da petição inicial da Autora, cujo teor deixa fora de dúvida o cabimento da presente Ação, manejada que foi em face de Protocolo, não sendo aqui transcrita para não tornar os autos ainda mais volumosos.

III – MÉRITO: INCONSTITUCIONALIDADES DO PROTOCOLO ICMS Nº 21/2011

a) ARQUÉTIPO CONSTITUCIONAL DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS

A Constituição Federal, em seu artigo 155, § 2º, inc. VII, alienas “a” e “b”¹, prevê que o diferencial de alíquota do ICMS pode exigido quando ocorrer operação

¹ **Constituição Federal:** “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993): (...)

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993): (...)



interestadual com adquirente/destinatário contribuinte do ICMS que for consumidor final do bem ou mercadoria adquirida.

A fim de identificarmos a correta hipótese de incidência do diferencial de alíquota previsto/permitido pela Constituição, devemos conhecer a figura do contribuinte do imposto e do consumidor final do bem ou mercadoria. Pois bem.

Pela materialidade do ICMS traçada na Constituição Federal, pode-se dizer que *contribuintes* do ICMS são as pessoas que (i) praticam circulação de mercadoria, ou (ii) prestam serviços de transporte interestadual e intermunicipal, ou (iii) prestam serviços de comunicação, ou, ainda, (iv) que importam bens e mercadorias.

Mais precisa ainda é a definição de *contribuinte* contida na Lei Complementar nº 87/1996, art. 4º, *verbis*: “*Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.*”

Socorrendo-nos, ainda, da materialidade do ICMS, pode-se dizer que *consumidor final* é a pessoa física ou jurídica que adquire bem ou mercadoria sem objetivo comercialização, mas com o intuito de consumi-la, empregada essa expressão em sentido amplo.

A partir dessas premissas, todas, evidentemente, firmadas a partir do texto constitucional, fica fácil concluir que o diferencial de alíquota do ICMS só pode ser exigido quando o adquirente, localizado em Estado distinto do de localização do fornecedor, praticar com habitualidade operações de circulação de mercadorias (contribuinte do ICMS), e, além disso, for “consumir” a mercadoria adquirida (consumidor final).

Esse é o arquétipo constitucional do diferencial de alíquota do ICMS. Qualquer modificação dos critério que autorizam a incidência do diferencial implicará em sua inconstitucionalidade, como, a propósito, ocorreu com a edição do Protocolo ICMS nº 21/2011.

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;”



b) ARQUÉTIPO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS PREVISTO NO PROTOCOLO ICMS Nº 21/2011

O parágrafo único, da cláusula terceira, do Protocolo em questão determina a aplicação da alíquota interestadual nas operações com consumidor final não contribuinte do ICMS, contrariando, expressamente, a norma do art. 155, § 2º, inc. VII, alínea “b”, da Constituição Federal, que impõe, na hipótese, a aplicação da alíquota interna

Conjugando essa norma protocolar com a cláusula primeira do mesmo Protocolo, infere-se que foi criado o diferencial de alíquota do ICMS incidente nas operações interestaduais em que o consumidor adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou showroom, não fazendo, a referida cláusula, nenhuma ressalva quanto à necessidade de o adquirente ser contribuinte do ICMS.

A propósito, o verdadeiro objetivo das normas do Protocolo é alcançar as operações praticadas com consumidor final NÃO contribuinte do ICMS. Tanto é assim, que esse objetivo está previsto no segundo “considerando” do Protocolo, *verbis* (com destaque nosso):

*“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;”.*

Como mencionado anteriormente, na prática, toda e qualquer operação interestadual, praticada com NÃO contribuinte do ICMS, consumidor final, está sendo objeto de exigência do diferencial de alíquota do imposto por parte dos Estados subscritores do Protocolo. E isso fica ainda mais evidente pelo teor normativo da cláusula segunda do Protocolo, que trata, genericamente, de “operações interestaduais”, *verbis*:



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.* (grifo nosso)

A propósito dessa cláusula que, além do efeito prático gerado conforme acima esclarecido, também instituiu a substituição tributária do diferencial de alíquota, incorrendo em outra flagrante inconstitucionalidade, o que será melhor exposto em tópico próprio.

Por ora, centremo-nos nas inconstitucionalidades do diferencial em si.

III.1. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA, DO NÃO CONFISCO E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Como se viu, o Protocolo em análise criou uma nova hipótese de incidência do diferencial de alíquota; uma nova hipótese não prevista/permitida pela Constituição Federal.

Em que pese a relevância dos motivos econômico-sociais suscitados pelos Estados para firmarem a norma protocolar, fato é que o meio e o foro utilizado para corrigir a hipotética distorção gerada pelo comércio eletrônico não são constitucionalmente adequados. Com efeito, a Constituição Federal prevê todos os mecanismos aptos e válidos à modificação e adequação desta ou daquela normal legal à nova realidade dos fatos. Estamos falando de modificação do texto constituição não via edição de Protocolo, mas via emenda constitucional.

A dinâmica do direito não outorga ao Executivo ou qualquer outro “Poder” a faculdade de criar leis e normas sem observância das regras estruturantes previstas no ordenamento jurídico; vivemos num Estado Democrático de Direito e, portanto, sujeitos, todos, ao estrito cumprimento das leis, normas de conduta ou estrutura.



Ora, reunirem-se 17 ou 18 Estados, num foro, no caso o CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária, que foi instituído para discutir e deliberar sobre benefícios e incentivos fiscais relativos ao ICMS, para criar uma nova hipótese de incidência ou fato gerador do ICMS, significa total subversão do ordenamento jurídico².

Mais grave e inconstitucional ainda, são esses mesmos Estados determinarem a incidência do diferencial quando a mercadoria for oriunda de Estado que sequer firmou o Protocolo (parágrafo único da cláusula primeira).

Fosse pouco, o Protocolo, ao adotar como fundamento de validade os arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional, dispositivos esses totalmente inválidos ao objetivo colimado porque pressupõem a validade dos acordos interestaduais aos territórios dos Estados subscritores do mesmo acordo, demonstra, outrossim, sua evidente impossibilidade de produção de efeitos jurídicos, a qual, contudo, deve ser declarada por esse Pretório Excelso.

Se considerarmos o trâmite constitucional para previsão de criação do diferencial de alíquota nas operações interestaduais com consumidores finais não contribuintes do ICMS, que, no caso, é a modificação da própria Constituição Federal, pode-se dizer que os mesmos Estados usurparam competência do Congresso Nacional.

Com efeito, nos termos dos arts. 59, inc. I, e 60, §§ 2º e 3º, a Constituição Federal só pode ser modificada mediante elaboração de proposta de emenda à Constituição, que deve ser aprovada pelas duas Casas Legislativas, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal.

Restou também infringida a reserva de resolução senatorial para fixação das alíquotas interestaduais de ICMS, conforme, inclusive, bem decidiu o Min. Joaquim Barbosa no voto condutor proferido no julgamento da ADI-MC nº 4565, julgada em 07/04/2011, verbis:

“Inicialmente, observo que o texto impugnado viola a reserva de resolução senatorial para fixação das alíquotas interestaduais do ICMS, ao determinar que a carga tributária líquida será equivalente a

² A propósito, como bem ressaltou a Advocacia Geral da União em sua manifestação, o Regimento Interno do CONFAZ dispõe, em seu art. 38, parágrafo único, que “Os protocolos não se prestarão ao estabelecimento de normas que aumentem, reduzam ou revoguem benefícios fiscais”.



4,5 e 10% do valor constante no 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 7%, 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.”

Adiante, considerando que o Protocolo em debate criou uma nova hipótese para exigência do diferencial de alíquota, não observando, a toda evidência, as normas dos arts. 59, inc. I, e 60, §§ 2º e 3º da Constituição Federal, é ele totalmente inconstitucional e, como tal, deve ser declarado por esse Supremo Tribunal Federal.

Fosse pouco, sabe-se que o princípio da legalidade impede a regulação de conduta sem lei que o estabeleça (art. 5º, inc. II, da Constituição Federal).

Na seara constitucional, esse princípio é ainda mais claro e objetivo, previsto no art. 150, inc. I, da Constituição Federal, cujo texto é o seguinte:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Como se vê, a Constituição Federal só admite a exigência ou aumento de tributo, quando previsto e estabelecido em “lei”, *stricto sensu*.

No caso em debate, o diferencial de alíquota foi instituído por Protocolo, tipo de acordo entre Estados, cujo procedimento de elaboração sequer se assemelha ao procedimento de edição de Leis. Com efeito, para celebração de Protocolo, basta a assinatura do chefe do Poder Executivo do Estado ou qualquer outra pessoa que tenha sido para tanto delegada; nada há de democrático nesse procedimento, como, ao contrário, ocorre no procedimento de elaboração de leis.

Admitir a possibilidade de criação de nova hipótese de incidência do diferencial de alíquota do ICMS via Protocolo, é permitir o confisco, quando, sabemos, a mesma Constituição Federal proíbe a utilização de tributo com efeito de confisco (art. 150, inc. IV, da Constituição Federal).



Mesmo que a Constituição Federal permitisse a incidência do diferencial de alíquota do ICMS nas vendas interestaduais feitas com consumidores finais não contribuintes do ICMS, nem assim poder-se-ia admitir a constitucionalidade do Protocolo, já que a competência tributária, como demonstrado, não pode ser exercida pelo Executivo, não podendo, nem mesmo, ser a ele delegada tal função³, dado o peso axiológico do princípio da legalidade tributária.

Esse mesmo argumento é válido, também, para demonstrar a clara inconstitucionalidade que marca a norma do parágrafo único da cláusula primeira do Protocolo, qual seja, aquela que prevê a incidência do diferencial de alíquota nas operações interestaduais oriundas de Estados que não são subscritores do Protocolo.

Seria possível, aqui, argumentar que o Protocolo também violou a separação dos poderes (art. 2º, da Constituição Federal) na medida que o Executivo instituiu novo fato gerador, porém estamos convictos de que a exposição já feita é mais que suficiente para se demonstrar os graves defeitos que maculam o Protocolo ora combatido, devendo, então, ser declarada sua inconstitucionalidade.

III.2. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE TRÁFEGO

O texto constitucional não permite a criação das chamadas barreiras tributárias, isto é, obstáculos, na forma de tributos, postos com o objetivo de limitar o tráfego de bens ou pessoas; e isso está previsto nos artigos 150, inc. V⁴, e 152⁵ da Constituição Federal.

³ **Código Tributário Nacional:** “Art. 7º A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição.”

⁴ **Constituição Federal:** “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

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;”

⁵ **Constituição Federal** “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.”



O questionado Protocolo, por seu turno, vai na contramão do texto constitucional, já que prevê o diferencial de alíquota ali previsto só é devido para os Estados signatários e aderentes ao Protocolo, o mesmo não ocorrendo, por exemplo, quando a operação se inicia naqueles Estados e se encerra, ainda exemplificativamente, no Estado do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro ou Minas Gerais.

É clara, então, a limitação ao tráfego de bens imposta pelo Protocolo, além, evidentemente, de estabelecer diferença tributária em razão da origem da mercadoria, conduta igualmente reprimida pela Constituição Federal.

III.3. OUTRO INSTITUTO INCONSTITUCIONAL PREVISTO NO PROTOCOLO ICMS Nº 21/2011: A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA

Mesmo que se admitisse, por devaneio, a constitucionalidade do diferencial de alíquota previsto Protocolo, ainda assim não resistiria ele a uma outra inconstitucionalidade que incorreu. Referimo-nos à substituição tributária prevista na cláusula segunda do Protocolo.

Trata-se, assim, de outro tema relevante e não menos importante. Por mais óbvio que possa parecer, não é demais lembrarmos que a substituição tributária também deve observância à norma de estrutura delineada na Constituição Federal (art. 150, § 7º), a qual também não foi obedecida pelos Estados subscritores e aderentes ao Protocolo.

Com efeito, a Constituição Federal prevê, em seu art. 150, § 7º, que somente “lei” pode instituir a substituição tributária. No mesmo sentido é o art. 6º, da Lei Complementar nº 87/1996.

Como corolário do princípio da estrita legalidade tributária, a expressão “lei”, contida na Constituição Federal, é interpretada em sentido estrito. Logo, Protocolo, por não ser “lei” em sentido estrito, já que não segue o trâmite legal de aprovação e promulgação, também não pode dispor sobre substituição tributária.

Evidencia-se, assim, mais uma inconstitucionalidade que macula e impede a produção de efeitos pelo Protocolo.



IV – MEDIDA CAUTELAR – PRECEDENTE FAVORÁVEL – ADI 4565

Os fatos expostos e o direito a eles aplicado demonstram a ocorrência da hipótese autorizadora da concessão de medida cautelar.

Com efeito, o *fumus boni juris* está consubstanciado na criação, não autorizada, de nova hipótese de incidência do diferencial de alíquota do ICMS, qual seja, operações interestaduais com consumidores finais não contribuintes do imposto.

O *periculum in mora*, por seu turno, é verificado pelas consequências inconstitucionalmente impostas pelo Protocolo, as quais são claramente prejudiciais ao consumidor final, pelo que aguardar o julgamento final desta ação, que fatalmente dará pela inconstitucionalidade do Protocolo, para, então, serem repetidos os valores exigidos, é postura que prejudica não só contribuinte-consumidor final, mas também o próprio comércio eletrônico, redundando, em última análise, em aumento dos preços das mercadorias de forma ilegítima e desnecessária.

Merece destaque, a respeito da tese defendida pela peticionante e sobre a necessidade de concessão de medida cautelar, importante precedente dessa Suprema Corte, oriundo do julgamento da ADI nº 4565, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra a Lei nº 6.041/2010 do Estado do Piauí, que versava, justamente, sobre a incidência do diferencial de alíquota em operação interestadual com adquirente, localizado no Piauí, não contribuinte do ICMS, onde foi deferida medida cautelar, *verbis*:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL. LEI 6.041/2010 DO ESTADO DO PIAUÍ. LIBERDADE DE TRÁFEGO DE BENS E PESSOAS (ARTS. 150, V E 152 DA CONSTITUIÇÃO). DUPLICIDADE DE INCIDÊNCIA (BITRIBUTAÇÃO – ART. 155, § 2º, VII, B DA CONSTITUIÇÃO). GUERRA FISCAL VEDADA (ART. 155, § 2º, VI DA CONSTITUIÇÃO). MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Tem densa plausibilidade o juízo de inconstitucionalidade de norma criada unilateralmente por ente federado que estabeleça tributação diferenciada de bens provenientes de outros estados da Federação, pois: (a) Há reserva de resolução do Senado Federal para determinar as alíquotas do ICMS para operações interestaduais; (b) O perfil constitucional do ICMS exige a ocorrência de operação de circulação



de mercadorias (ou serviços) para que ocorra a incidência e, portanto, o tributo não pode ser cobrado sobre operações apenas porque elas têm por objeto “bens”, ou nas quais fique descaracterizada atividade mercantil-comercial; (c) No caso, a Constituição adotou como critério de partilha da competência tributária o estado de origem das mercadorias, de modo que o deslocamento da sujeição ativa para o estado de destino depende de alteração do próprio texto constitucional (reforma tributária). Opção política legítima que não pode ser substituída pelo Judiciário. Medida liminar concedida para suspender a eficácia prospectiva e retrospectiva (ex tunc) da Lei estadual 6.041/2010.

(ADI 4565 MC, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 07/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 24-06-2011 PUBLIC 27-06-2011 - destacamos)

Dada a natureza do direito invocado frente às graves e evidentes violações constitucionais, sendo identicamente graves os prejuízos ilegitimamente suportados pelos consumidores, deve, *data máxima vênia*, ser concedida medida cautelar, com efeitos *ex tunc*, o que ora se requer.

V – PEDIDO

Diante do exposto, a Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos – ABIMAQ requer:

- (i) sua admissão no feito na qualidade de *amicus curiae*, em virtude da relevância da matéria frente à representatividade da peticionante e pertinência temática;
- (ii) seja deferida medida cautelar para suspender, *ex tunc*, os efeitos do Protocolo ICMS nº 21/2011 bem como das normas estaduais fundamentadas no citado Protocolo ou que o internalizaram;
- (iii) e, na análise do mérito da ação, sejam julgados procedentes os pedidos lançados na exordial.

Termos em que, pede deferimento.

De São Paulo para Brasília, 21 de novembro de 2011.

DENIS CHEQUER ANGHER
OAB/SP nº 210.776

LUIZ OLIVEIRA DA SILVEIRA FILHO
OAB/SP nº 101.120-A