

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE  
4.628 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. LUIZ FUX**  
**REQTE.(S)** : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE  
BENS SERVIÇOS E TURISMO - CNC**  
**ADV.(A/S)** : **FERNANDO CESAR THIAGO DE MELLO**  
**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DO ACRE**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE**  
**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DE ALAGOAS**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS**  
**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DO AMAPÁ**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ**  
**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DA BAHIA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA**  
**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DO CEARÁ**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ**  
**INTDO.(A/S)** : **DISTRITO FEDERAL**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**  
**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO  
SANTO**  
**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DE GOIÁS**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS**  
**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DO MARANHÃO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO  
MARANHÃO**  
**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DE MATO GROSSO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO  
GROSSO**  
**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DO PARÁ**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ**  
**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DA PARAÍBA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA**  
**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE  
PERNAMBUCO**  
**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DO PIAUÍ**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ**

**ADI 4628 MC / DF**

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

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

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

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

**AM. CURIAE.** :ESTADO DE SÃO PAULO  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**AM. CURIAE.** :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA ELÉTRICA E ELETRÔNICA - ABINEE

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

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

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

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

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

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

**DECISÃO:** Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, aparelhada com pedido liminar, ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) contra o Protocolo ICMS nº

**ADI 4628 MC / DF**

21, de 1º de abril de 2011, do Conselho Nacional de Política Fazendária CONFAZ, que versa sobre a tributação por ICMS de operações interestaduais *em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou showroom* (Cláusula Primeira, *caput*).

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

Cláusula primeira Acordam as unidades federadas signatárias deste protocolo a exigir, nos termos nele previstos, a favor da unidade federada de destino da mercadoria ou bem, a parcela do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - devida na operação interestadual em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou *showroom*.

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

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

Cláusula terceira A parcela do imposto devido à unidade federada destinatária será obtida pela aplicação da sua alíquota 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

**ADI 4628 MC / DF**

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

**ADI 4628 MC / DF**

sua publicação no Diário Oficial da União, produzindo efeitos a partir do 1º dia do mês subsequente ao da publicação.

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

(i) ao art. 155, § 2º, inciso VII, alínea *b*, da CRFB/88, que *“dispõe que deve ser adotada a alíquota interna quando o destinatário não for contribuinte do ICMS, sendo este tributo devido à unidade federada de origem e não à unidade federada destinatária”*, além de ensejar odiosa hipótese de bitributação, *“pois os signatários do Protocolo invadem competência própria daquelas unidades federadas (de origem da mercadoria ou bem) que constitucionalmente têm o direito de constar como sujeitos ativos da relação tributária quando da venda de bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outra unidade da Federação”*;

(ii) ao art. 150, inciso IV, da CRFB/88, caracterizada pela utilização do tributo com efeito confiscatório, *“posto que [sic] a aplicação da alíquota interna do ICMS na unidade federada de origem da mercadoria ou bem, procedimento correto e apropriado, bem como a exigência de novo percentual, a título também de ICMS, na unidade destinatária, quando o contribuinte [rectius: destinatário] não for contribuinte, procedimento este eivado de inconstitucionalidade, geram distorção grave e insuportável acréscimo à tributação de ICMS, na operação, nos casos envolvendo pequenos e médios empresários, significar, até mesmo, o encerramento de suas atividades por conta da voracidade fiscal dos Estados signatários do (...) Protocolo ICMS no. 21/2011”*;

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

(iv) ao art. 150, § 7º, da CRFB/88, visto que a Cláusula Segunda do Protocolo hostilizado, ao determinar que o estabelecimento remetente será o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS em favor da unidade federada destinatária, instituiu modalidade de substituição

**ADI 4628 MC / DF**

tributária para frente, o que somente poderia ser veiculada por em sentido formal, no caso, lei complementar, a teor do art. 155, § 2º, XII, alínea *b*, da CRFB/88.

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

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

Diante da relevância da argumentação exposta na inicial, solicitei informações no prazo comum de cinco dias às autoridades das quais emanou o ato normativo impugnado (Art. 10, *caput*, da Lei nº 9.868/99).

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

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

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

*Tributário. Protocolo ICMS nº 21/2011 celebrado entre alguns*

**ADI 4628 MC / DF**

*Estados da federação, o qual estabelece a 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, § 2º, incisos IV e VII, alínea b, todos da Carta Política. Presença do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora** necessários ao deferimento da medida cautelar postulada. Manifestação no sentido da concessão do pleito liminar.*

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

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

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

É o relatório.

Em caráter excepcional, diante da gravidade do quadro narrado,

**ADI 4628 MC / DF**

examino o pedido de medida cautelar (cf., e.g., ADI 4.598-MC, rel. min. Luiz Fux, decisão monocrática, DJe de 1º.08.2011 e a ADI 4.477-MC, rel. min. Ellen Gracie, decisão monocrática, DJe de 1º.02.2011).

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

“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



**ADI 4628 MC / DF**

prospectiva e retrospectiva (*ex tunc*) da Lei estadual ”

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL. COBRANÇA NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS PELO ESTADO DE DESTINO. EXTENSÃO ÀS REMESSAS PARA CONSUMIDORES FINAIS. COMÉRCIO ELETRÔNICO. “GUERRA FISCAL”. DENSA PROBABILIDADE DE VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL. LEI 9.582/2011 DO ESTADO DA PARAÍBA. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA. 1. A Constituição define que o estado de origem será o sujeito ativo do ICMS nas operações interestaduais aos consumidores finais que não forem contribuintes desse imposto, mas a legislação atacada subverte essa ordem (art. 155, § 2º, II, b da Constituição). 2. Os entes federados não podem utilizar sua competência legislativa privativa ou concorrente para retaliar outros entes federados, sob o pretexto de corrigir desequilíbrio econômico, pois tais tensões devem ser resolvidas no foro legítimo, que é o Congresso Nacional (arts. 150, V e 152 da Constituição). 3. Compete ao Senado definir as alíquotas do tributo incidente sobre as operações interestaduais. 4. A tolerância à guerra fiscal tende a consolidar quadros de difícil reversão.”

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

A referida cobrança encontra assento normativo no Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, do Conselho Nacional de Política Fazendária CONFAZ, subscrito pelos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso,

**ADI 4628 MC / DF**

Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima e Sergipe.

Em seus considerandos, os Estados signatários justificaram a instituição da cobrança do ICMS em tais operações, nos seguintes termos: (i) *a sistemática atual do comércio mundial permite a aquisição de mercadorias e bens de forma remota; (ii) o aumento dessa modalidade de comércio, de forma não presencial, especialmente as compras por meio da internet, telemarketing e showroom, deslocou as operações comerciais com consumidor final, não contribuintes de ICMS, para vertente diferente daquela que ocorria predominante quando da promulgação da Constituição Federal de 1988; (iii) o imposto incidente sobre as operações de que trata este protocolo é imposto sobre o consumo, cuja repartição tributária deve observar esta natureza do ICMS, que a Carta Magna na sua essência assegurou às unidades federadas onde ocorre o consumo da mercadoria ou bem ; (iv) a substancial e crescente mudança do comércio convencional para essa modalidade de comércio, persistindo, todavia, a tributação apenas na origem, o que não coaduna com a essência do principal imposto estadual, não preservando a repartição do produto da arrecadação dessa operação entre as unidades federadas de origem e de destino.*

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

Com efeito, a irrisignação dos Estados signatários se funda na atual sistemática constitucional de cobrança do ICMS para as operações interestaduais. Ao prever a cobrança da alíquota do Estado de origem, quando o consumidor final não for contribuinte do tributo (art. 155, § 2º, inciso VII, alínea *b*) seriam privilegiados os Estados mais industrializados, localizados nas Regiões Sudeste e Sul do país, onde se concentram as sedes das principais empresas do comércio de vendas remotas, em detrimento das demais unidades da Federação, que, a despeito de possuírem significativa parcela de consumidores destes produtos, não ostentam essa intensa atividade empresarial e comercial.

**ADI 4628 MC / DF**

Como resultado, o comando constitucional pouco ou nada contribuiria para a eliminação ou redução das desigualdades inter-regionais, mas, em vez disso, as acentuam, ao incisivamente beneficiar os Estados detentores de maior desenvolvimento econômico e social. Daí por que a novel cobrança, instituída pelo Protocolo ICMS nº 21/2011, exsurge como forma de amainar esse panorama desfavorável às entidades subscritoras da norma.

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

A resposta é, a meu juízo, desenganadamente negativa.

A seguir, serão expostas as razões que justificam incompatibilidade da norma infraconstitucional com os preceitos da Lei Maior.

De início, assento que as regras-matrizes de incidência do ICMS foram exaustivamente delimitadas pela Constituição de 1988, com o nítido propósito de impedir, ou, ao menos suavizar, a cognominada “guerra fiscal” entre as unidades federadas. Com efeito, o arquétipo constitucional relativo ao ICMS estabeleceu regras específicas e bastante claras para a fixação de alíquotas por parte dos Estados-membros, atribuindo ao Estado de origem, via de regra, a competência para instituir a cobrança do ICMS. Ao legislador estadual, por tal razão, facultou-se apenas a sua instituição, podendo dispor, neste particular, sobre aspectos não contemplados pela regra-matriz de incidência do tributo (*e.g.*, forma e o prazo de recolhimento, penalidades e deveres instrumentais).

De acordo com o modelo adotado pelo constituinte de 1988, optou-se por atribuir ao Estado de origem, via de regra, a competência para proceder à cobrança do ICMS. Em arguta sistematização, o e. Min. Joaquim Barbosa, nos autos da ADI nº 4.565/PI-MC, da qual foi relator, assim resumiu esta engenharia tributária quanto à cobrança do ICMS:

“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

**ADI 4628 MC / DF**

diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual. Há, portanto, tributação concomitante, ou “partilha simultânea do tributo”. Quer dizer, ambos os estados cobram o tributo, nas proporções já indicadas;

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

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

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

Note-se que, segundo a Lei Fundamental de 1988 e diversamente do que fora estabelecido no Protocolo ICMS nº 21/2011, a aplicação da alíquota interestadual só tem lugar quando o consumidor final localizado em outro Estado for contribuinte do imposto, mercê do art. 155, § 2º, inciso VII, alínea g, da CRFB/88. Em outras palavras, outorga-se ao Estado de origem, via de regra, a cobrança da exação nas operações interestaduais, excetuando os casos em que as operações envolverem combustíveis e lubrificantes que ficarão a cargo do Estado de destino.

Para o bem ou para o mal, esta opção do constituinte originário deve ser observada. E há diversas razões para isso. A primeira delas é que, ante o tratamento constitucional dispensado à matéria, não se afigura legítimo admitir a fixação de novas regras para a cobrança de ICMS pelos Estados-membros para além destes parâmetros já esquadrihados pelo constituinte. Isso subverteria a sistemática de repartição de competências tributárias, notadamente relativa ao ICMS, que tem na Constituição como sede própria para aglutinar tal regramento.

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

**ADI 4628 MC / DF**

Em que pese a alegação do agravamento do cenário de desigualdades inter-regionais, em virtude da aplicação do art. 155 § 2º, VII, da Constituição, a correção destas distorções somente poderá emergir pela promulgação de emenda constitucional, operando uma reforma tributária, e não mediante a edição de qualquer outra espécie normativa. Precisamente por não ostentar legitimidade democrática da Assembleia Constituinte ou do constituinte derivado, descabe ao Confaz ou a qualquer das unidades da Federação de forma isolada estipular um novo modelo de cobrança de ICMS nos casos de operações interestaduais quando o destinatário final das mercadorias não for seu contribuinte habitual.

Justamente por isso, o afastamento dessa premissa, além de comprometer a integridade nacional ínsita à Federação, gera um ambiente de *anarquia normativa*, dentro da qual cada unidade federada irá se arvorar da competência de proceder aos ajustes que entenderem necessários para o melhor funcionamento da Federação. Daí por que a correção da engenharia constitucional de repartição de competências tributárias somente pode ocorrer somente pode ocorrer *legitimamente* mediante manifestação do constituinte reformador, por meio da promulgação de emendas constitucionais, e não pela edição de outras espécies normativas (*e.g.*, Protocolos, Resoluções etc.).

Não bastasse isso, do ponto de vista sistêmico, não se pode transigir que os Estados-membros editem atos normativos para proceder a tais correções, de forma isolada ou em conjunto com outros Estados, a pretexto de amainar supostas desigualdades sociais e econômicas inter-regionais. E isso porque a adoção de tais práticas pelos Estados-membros comprometeria por completo a segurança e previsibilidade necessárias aos cidadãos, em geral, e aos contribuintes do tributo, em especial, em razão da multiplicidade de atos normativos que seriam editados relativos ao ICMS. Vale dizer, todos os indivíduos, residentes ou não do Estado instituidor da nova política tributária de ICMS, ficam prejudicados com a adoção de medidas unilaterais pretensamente voltadas a solver os reveses da Federação brasileira. Assim é que, no limite, em situações como as

**ADI 4628 MC / DF**

debatidas na espécie, os maiores prejudicados são os consumidores finais que, verdadeiramente, terão de suportar o excessivo – e indevido – aumento da carga tributária a eles repassado no preço da mercadoria.

Neste particular, assevero também que a Suprema Corte, como guardiã da Lei Fundamental e da higidez do pacto federativo, tem o dever institucional de repudiar situações de manifesta inconstitucionalidade, tal como ocorre na espécie, notadamente porque existe um risco elevado de se criarem quadros fáticos de difícil reparação. Nesse sentido, foram as considerações aduzidas pelo e. Min. Joaquim Barbosa, quando do julgamento do referendo à medida cautelar concedida nos autos da ADI nº 4.705/DF, quando assentou, com precisão, que *“a falta de prestação jurisdicional oportuna sobre as várias ramificações da guerra fiscal tende a consolidar quadros de difícil reversão, ao estimular a retaliação unilateral ao mesmo tempo em que desacredita as instituições constituídas para resolver esses impasses”*.

Além disso, há relatos de que os Estados subscritores do Protocolo ICMS nº 21/2011 procedem à apreensão das mercadorias, quando do ingresso em seu território, das empresas que não recolherem o tributo de acordo com esta nova sistemática. Eis o objetivo precípua desta prática: compelir o contribuinte, pela via transversa, ao recolhimento do ICMS. Trata-se, à evidência, de um mecanismo coercitivo de pagamento do tributo repudiado pelo nosso ordenamento constitucional.

Por evidente, tal medida vulnera, a um só tempo, os incisos IV e V do art. 150 da Lei Fundamental de 1988, que vedam, respectivamente, a cobrança de tributos com efeitos confiscatórios e o estabelecimento de restrições, por meio da cobrança de tributos, ao livre tráfego de pessoas ou bens entre os entes da Federação. Nesse sentido, a Suprema Corte já se manifestou contrariamente a tais práticas, placitando o entendimento no sentido de ser *“inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”* (Enunciado da Súmula nº 323/STF). Assim, a retenção das mercadorias equivale, *ipso facto*, ao confisco.

Tais razões são suficientemente consistentes para inquinar a validade do Protocolo ICMS nº 21/2011. De fato, o indigitado diploma, ao instituir

**ADI 4628 MC / DF**

a cobrança da alíquota do Estado de origem, quando o consumidor final não for contribuinte do tributo, colide frontalmente com a sistemática constitucional, prevista pelo art. 155, § 2º, VII, alínea *b*, bem como o art. 150, incisos IV e V, razão por que, a meu sentir, deve ser expungido do ordenamento jurídico.

Por derradeiro, é preciso consignar algumas notas acerca da possibilidade de modular os efeitos da declaração de nulidade no presente caso.

Como cediço, a decisão que defere o pleito cautelar é dotada de efeitos *ex-nunc* (prospectivos), conforme dispõe o art. 11, § 1º, da Lei nº 9.868/99. O caso, porém, merece tratamento diverso, impondo a modulação dos efeitos do provimento cautelar efeitos para emprestar-lhe eficácia *ex-tunc* (efeitos retroativos).

A técnica da modulação se impõe por questões de segurança jurídica e de relevante interesse social, como bem apregoa o art. 27 da Lei nº 9.868/99. Trata-se de um sopesamento entre, de um lado, os efeitos produzidos pela norma reconhecida como inconstitucional (no caso, o Protocolo ICMS nº 21/2011), e, do outro, os valores protegidos pelas normas constitucionais violadas pelo ato normativo (no caso, os art. 155, VII, alínea *b*, art. 150, incisos IV e V e art. 150 § 7º).

Isso significa que, ao dosar os efeitos, esta Suprema Corte deve levar em consideração os impactos da declaração de inconstitucionalidade na esfera jurídica dos envolvidos. Assim, resta incontroverso, pelos argumentos aduzidos até o momento, o manifesto prejuízo experimentado pelos contribuintes do ICMS nestas operações mercantis de cunho interestadual.

Mas não é só. A modulação de efeitos deve possuir uma **dimensão pedagógica**. Ela se presta coibir a prática de atos manifestamente inconstitucionais perpetrados pelos órgãos estatais, em todas as esferas da Federação. Sendo mais claro: a técnica da modulação deve inibir, e não estimular, a edição de atos normativos que inequivocamente transgridam os preceitos da Lei Fundamental. Assim, o recado que esta Suprema Corte deve passar é o de que comportamentos manifestamente contrários à Lei

**ADI 4628 MC / DF**

Fundamental não apenas são inválidos como também **não compensam**.

E é precisamente o que ocorre no caso. O Protocolo ICMS nº 21/2011 ofende flagrantemente a Constituição, tanto do ponto de vista formal quanto material. É dizer, o texto constitucional é claro o suficiente ao estabelecer as regras referentes à cobrança de ICMS, de modo que a tentativa de burlar esta sistemática constitucional pelos Estados subscritores deve ser repudiada.

Deste modo, dois imperativos informam a modulação dos efeitos nesta cautelar: em primeiro lugar, em razão do manifesto prejuízo sofrido pela cobrança da alíquota de ICMS prevista no Protocolo impugnado, quando nas operações interestaduais, o destinatário final não for contribuinte habitual do tributo; e, em segundo lugar, como forma de inibir tais práticas por outras unidades da federação. Do contrário, este cenário de “*guerra fiscal*” dificilmente será equacionado.

*Ex positis*, concedo a medida cautelar pleiteada, **ad referendum** do Plenário desta Suprema Corte, para suspender *ex tunc* a aplicação Protocolo ICMS nº 21/2011 (art. 10, § 3º da Lei 9.868/1999).

A medida liminar ora concedida não impede que os Estados signatários do referido Protocolo exerçam seu poder de fiscalização, com vistas a apurar os créditos tributários que julga serem válidos, máxime para evitar suposta decadência. Esse exercício deverá ocorrer em prazo módico e com instrumentos razoáveis e proporcionais, de modo a não caracterizar sanção política (cf. RE 591.033, rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, DJe de 25.02.2011).

Publique-se. Int..

Brasília, 19 de fevereiro de 2014.

Ministro LUIZ FUX

Relator

*Documento assinado digitalmente*