

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.628 DISTRITO FEDERAL**

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

**ADI 4628 / DF**

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

ADI 4628 / DF

## RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, aparelhada com pedido liminar, ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) contra o Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, do Conselho Nacional de Política Fazendária CONFAZ, que versa sobre a tributação por ICMS de operações interestaduais *em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou showroom* (Cláusula Primeira, *caput*).

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

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

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

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

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

**ADI 4628 / DF**

interna, sobre o valor da respectiva operação, deduzindo-se o valor equivalente aos seguintes percentuais aplicados sobre a base de cálculo utilizada para cobrança do imposto devido na origem:

I - 7% (sete por cento) para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Sul e Sudeste, exceto do Estado do Espírito Santo;

II - 12% (doze por cento) para as mercadorias ou bens procedentes das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Estado do Espírito Santo.

Parágrafo único. O ICMS devido à unidade federada de origem da mercadoria ou bem, relativo à obrigação própria do remetente, é calculado com a utilização da alíquota interestadual.

Cláusula quarta A parcela do imposto a que se refere a cláusula primeira deverá ser recolhida pelo estabelecimento remetente antes da saída da mercadoria ou bem, por meio de Documento de Arrecadação Estadual (DAE) ou Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), exceto quando o remetente se credencie na unidade federada de destino, hipótese em que o recolhimento será feito até o dia nove do mês subsequente à ocorrência do fato gerador.

Parágrafo único. Será exigível, a partir do momento do ingresso da mercadoria ou bem no território da unidade federada do destino e na forma da legislação de cada unidade federada, o pagamento do imposto relativo à parcela a que se refere a cláusula primeira, na hipótese da mercadoria ou bem estar desacompanhado do documento correspondente ao recolhimento do ICMS, na operação procedente de unidade federada:

I - não signatária deste protocolo;

II - signatária deste protocolo realizada por estabelecimento remetente não credenciado na unidade federada de destino.

Cláusula quinta O disposto neste Protocolo não se aplica às operações de que trata o Convênio ICMS 51/00, de 15 de

**ADI 4628 / DF**

dezembro de 2000.

Cláusula sexta Fica facultada à unidade federada signatária estabelecer, em sua respectiva legislação, prazos diferenciados para o início de aplicabilidade deste protocolo, relativamente ao tipo de destinatário: pessoa física, pessoa jurídica e órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, inclusive suas autarquias e fundações.

Cláusula sétima Este protocolo entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, produzindo efeitos a partir do 1º dia do mês subsequente ao da publicação.”

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

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

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

**ADI 4628 / DF**

21/2011”;

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

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

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

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

**ADI 4628 / DF**

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

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

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

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

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

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

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

**ADI 4628 / DF**

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

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

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

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

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