



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 5849 - PGR - RG

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.642

REQUERENTE : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO
BRASIL - CFOAB

REQUERIDO : GOVERNADOR DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MINISTRO AYRES BRITTO

Supremo Tribunal Federal

18/11/2011 14:38 0088004



PETIÇÃO ELETRÔNICA

Ação direta de inconstitucionalidade. Arts. 1º e 2º do Decreto nº 13.162/2011, do Estado do Mato Grosso do Sul. Imposto sobre operações de circulação de mercadorias e prestação de serviços de comunicação e de transporte interestadual e intermunicipal (ICMS). Preliminar. Ausência de ofensa reflexa. Mérito. Guerra fiscal. Cobrança do ICMS pelo Estado de destino de bem ou mercadoria adquirida em outra unidade federada por pessoa física ou jurídica não contribuinte do imposto. Afronta ao pacto federativo (arts. 1º e 18, CR), à reserva de resolução senatorial para a fixação das alíquotas interestaduais do ICMS (art. 155, § 2º, IV, CR) e à proibição do tratamento discriminatório entre entes federados (arts. 150, V, e 152, CR). Parecer pela procedência do pedido.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, dirigida contra os arts. 1º e 2º do Decreto nº 13.162/2011, do Estado do Mato Grosso do Sul.

2. Eis o teor dos dispositivos impugnados:

“Art. 1º 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) de que trata a cláusula primeira do Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, devida a este Estado nas operações de aquisição, em outras unidades da Federação, de mercadoria ou bem por consumidor final, pessoa física ou jurídica não inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado (CCE), de forma não presencial, por meio de *internet*, *telemarketing* ou *showroom*, se sujeita aos procedimentos de controle, arrecadação e fiscalização estabelecidos neste Decreto.

Parágrafo único. O disposto neste artigo:

I - aplica-se, inclusive, às operações procedentes de unidades da Federação não signatárias do Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011 (parágrafo único da cláusula primeira do referido Protocolo);

II – não se aplica às operações:

a) com veículos automotores de que trata o Convênio ICMS nº 51, de 15 de dezembro de 2000;

b) com mercadoria ou bem:

1. sujeitos à imunidade, isenção ou não incidência do imposto;

2. destinados à exposição ou demonstração;

3. doados a entidade filantrópica, desde que comprovada essa condição;

4. recebidos a título de brinde ou prêmio, desde que comprovada essa condição;

c) destinados a órgãos e a entidades da Administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Estado, pela União ou pelos Municípios, hipótese em que a liberação da entrada fica condicionada à comprovação da aquisição pelo órgão, pela entidade ou pela fundação destinatários.

Art. 2º A parcela do ICMS devido a este Estado nas operações de que trata o art. 1º corresponderá ao valor resultante

da aplicação da alíquota prevista para as operações internas com a mesma mercadoria ou bem, sobre o valor da operação de aquisição, deduzido do valor equivalente aos seguintes percentuais, aplicados sobre a base de cálculo do ICMS 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 oriundos das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Estado do Espírito Santo.

§ 1º Aplicam-se os percentuais de dedução estabelecidos neste artigo inclusive nos casos em que o documento fiscal emitido pelo remetente da mercadoria ou bem consignar destaque do ICMS pela alíquota aplicável às operações internas na unidade da Federação de origem.

§ 2º Para efeito do disposto neste artigo, quando verificado o subfaturamento ou a bonificação ou o desconto injustificado, deve ser:

I - observado, no caso de subfaturamento, o preço corrente da mercadoria ou bem no mercado de Mato Grosso do Sul ou o Valor Real Pesquisado, se houver, para apuração da parcela do imposto devido a este Estado;

II - desconsiderado o valor relativo à bonificação ou ao desconto injustificado.”

3. O requerente alega, em síntese, que as normas contestadas violam os artigos 1º; 5º, XV; 18; 150, I e V; 152; e 155, II e § 2º, VII, “b”, todos da Constituição da República.

4. Nesse sentido, as normas questionadas, ao tributarem a simples entrada do bem ou mercadoria no território sul-mato-grossense, inviabilizariam

a liberdade de tráfego, em afronta ao disposto nos artigos 5º, XV¹; e 150, V², da Constituição. E, ao diferenciar a tributação dos bens em razão de sua procedência, violariam também o princípio da não discriminação, positivado no artigo 152³, CR.

5. O requerente assevera que, nos termos do artigo 155, II e § 2º, VII, “b”⁴, “quando operação interestadual destina bem a não contribuinte a alíquota adotada será aquela do Estado onde se deu a operação, pertencendo a este ente federativo o tributo devido” (fl. 9 da inicial). Desse modo, estaria vedada pela Constituição a cobrança do ICMS pelo Estado do Mato Grosso do Sul na entrada do bem destinado a consumidor final não contribuinte, sob pena de bitributação da operação.

6. A tributação de vendas diretas a consumidor final de bens e mercadorias oriundos de outros Estados, por extrapolar a competência tributária do Estado do Mato Grosso do Sul e criar nova espécie de tributo relativa-

1 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

2 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;

3 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.

4 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:

[...]

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

mente às operações ocorridas fora de seu território, violaria, ainda, o pacto federativo (Arts. 1º⁵ e 18⁶, CR).

7. De mais a mais, sustenta que a exigência de recolhimento do ICMS na entrada do bem destinado ao consumidor final constitui matéria submetida a reserva de lei em sentido formal e que a fixação da alíquota do imposto submete-se, por sua vez, à reserva de resolução senatorial, conforme dispõem os arts. 5º, II⁷, e 150, I⁸, 155, § 2º, IV⁹, CR.

8. Acrescenta que, recolhido o ICMS devido ao Estado de origem do bem, a exigência do tributo quando da entrada no território sul-matogrossense configuraria confisco, vedado expressamente pelo art. 150, IV¹⁰, CR.

9. Foi adotado o rito do artigo 12 da Lei nº 9.868/1999.

10. O Governador do Estado do Mato Grosso do Sul prestou informações em que sustenta, preliminarmente, o não conhecimento da ação, ante a ocorrência de ofensa reflexa entre os dispositivos impugnados e a Constituição

5 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: (...).

6 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.

7 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

8 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;

9 Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

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

[...]

IV - resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;

10 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;

da República, e, no mérito, a improcedência do pedido (Petição nº 74.809/2011).

11. A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela procedência da ação direta (Petição nº 76.960/2011).

12. É o relatório.

13. A preliminar de não conhecimento suscitada pelo requerido não merece acolhida. Isso porque a análise das inconstitucionalidades apontadas na inicial requer um exame direto de compatibilidade entre as normas impugnadas e a Constituição, não havendo que se falar em ofensa reflexa.

14. Discute-se, no caso, se o Estado do Mato Grosso do Sul extrapolou a competência constitucional que lhe é atribuída e violou a sistemática instituída pela Constituição da República para a cobrança do ICMS. É necessário, portanto, cotejo direto entre os dispositivos impugnados e os arts. 1º; 18; 150, V; 152; e 155, § 2º, IV, da Constituição.

15. No mérito, a ação direta é procedente.

16. A questão que ora se discute diz respeito à constitucionalidade, ou não, da cobrança do ICMS pelo Estado de destino de mercadoria adquirida em outra unidade federada por consumidor final não contribuinte do imposto.

17. A cobrança tem origem no Protocolo ICMS nº 21/2011 – celebrado pelos 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 – o qual justifica-se, segundo as unidades federadas signatárias, em razão da *“substancial e crescente mudança do comércio convencional para essa modalidade de comércio*

[aquisição de mercadorias de forma remota], *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*".

18. Os signatários asseveram que a maioria dos centros de produção e de distribuição de produtos industrializados está localizada nas regiões Sul e Sudeste do país, em Estados que concentram parcela significativa da riqueza financeira nacional. Em contrapartida, os Estados localizados nas demais regiões abrigariam grande parte dos consumidores e parcela menos expressiva de agentes agregadores industriais ou comerciais de riqueza. A partir desses fatos, seria injusta a exclusão dos Estados consumidores da partilha de competência da cobrança do ICMS, em benefício de Estados mais desenvolvidos econômica e socialmente.

19. Ainda que sejam nobres os objetivos buscados pelo Protocolo nº 21/2011, aos Estados não é dada a competência para modificar a disciplina constitucional da matéria, que pode ser assim sistematizada¹¹:

i) Nas operações interestaduais em que a mercadoria é destinada a consumidor final contribuinte do imposto, cabe ao Estado de

11 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;

VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

[...]

§ 4º Na hipótese do inciso XII, h, observar-se-á o seguinte:

I - nas operações com os lubrificantes e combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo;

origem a aplicação da alíquota interestadual e ao Estado de destino a aplicação da diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Nessa hipótese, portanto, ambos os Estados cobram o tributo, cada qual na proporção indicada;

ii) Nas operações interestaduais em que a mercadoria é destinada a consumidor final não contribuinte do imposto, apenas o Estado de origem é competente para cobrar o ICMS, devendo ser aplicada a alíquota interna; e

iii) Nas operações que envolvem combustíveis e lubrificantes, a competência para a cobrança do tributo desloca-se para o Estado de destino.

20. Nesse sentido, no recente julgamento da ADI-MC 4.565, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido da inconstitucionalidade de ato normativo estadual que institua a cobrança do ICMS nas operações interestaduais que destinam mercadorias a consumidores finais não contribuintes do imposto localizados em seu território. Eis o teor da ementa do julgado:

“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 4.565, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 121, de 24/6/2011).

21. Ressaltou-se, na ocasião, que o ato impugnado violava não só o pacto federativo, mas também a reserva de resolução senatorial para a fixação das alíquotas interestaduais do ICMS (art. 155, § 2º, IV, CR) e a proibição do tratamento discriminatório entre entes federados (arts. 150, V, e 152, CR).

22. Consignou-se, ademais, a inconstitucionalidade da cobrança de ICMS sobre operações das quais resulte a simples transferência de propriedade de bens móveis, ignorados os elementos constitutivos do conceito de circulação de mercadorias. Isso porque a Constituição da República só permite a *“instituição e cobrança do tributo sobre operações de circulação de mercadorias, isto é, nas quais há a caracterização jurídica mercantil-comercial”*¹².

23. Nos mesmos vícios incorrem os dispositivos ora impugnados, uma vez que instituem a cobrança de ICMS sobre a entrada, no território sul-mato-grossense, de bens ou mercadorias destinadas a consumidor final, pessoa

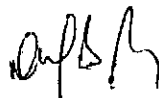
12 Trecho do voto proferido pelo Relator, Min. Joaquim Barbosa, na ADI-MC 4.565, DJe 121, de 24/6/2011.

PP-

física ou jurídica não inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado, bem como fixam suas alíquotas. As normas contestadas violam, portanto, o disposto nos artigos 1º; 18, 150, V; 152; 155, § 2º, IV e VII, todos da Constituição da República.

Ante o exposto, o parecer é pela procedência do pedido para que seja declarada a inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º do Decreto nº 13.162/2011, do Estado do Mato Grosso do Sul.

Brasília, **31** de outubro de 2011.



DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
VICE-PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

APROVO:



ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

MCX