



SENADO FEDERAL
Gabinete da Senadora **FÁTIMA BEZERRA**

PARECER Nº , DE 2017

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA em decisão terminativa, sobre o Ofício “S” nº 3, de 2015 (nº 4.392/P, de 2014, na origem), do Supremo Tribunal Federal, que encaminha, *para os efeitos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia do acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 680.089, mediante o qual o Plenário daquela Corte declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).*

RELATORA: Senadora FÁTIMA BEZERRA

I – RELATÓRIO

Vem ao exame desta Comissão, nos termos constitucionais, o Ofício “S” nº 3, de 2015 (nº 4.392/P, de 2014, na origem), do Ministro Ricardo Lewandowski, na época Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ao Presidente do Senado Federal, que encaminha, para os fins previstos no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, decisão que declarou, nos autos do Recurso Extraordinário (RE) nº 680.089, de maneira incidental, a inconstitucionalidade do Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

O acórdão em questão, proferido em 17 de setembro de 2014, publicado no Diário da Justiça Eletrônico (DJe) em 3 de dezembro de 2014, transitou em julgado em 15 de dezembro de 2014, conforme certidão anexa ao ofício.



SF/17631.42815-82

O referido Protocolo, firmado ou ratificado por vinte Unidades da Federação – UFs (os Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Amazonas não aderiram) dispôs, em síntese, que:

a) as UFs signatárias exigirão, a favor da UF de destino da mercadoria ou bem, **a parcela do ICMS** devida na operação interestadual em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio da internet, telemarketing ou showroom;

b) a exigência se aplica, inclusive, nas operações procedentes de UFs não signatárias;

c) o estabelecimento remetente, na condição de substituto tributário, será responsável pela retenção e recolhimento da parcela do ICMS, em favor da UF de destino;

d) a parcela do ICMS devido à UF destinatária será obtida pela aplicação de 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:

d.1) 7% para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Sul e Sudeste, exceto do Estado do Espírito Santo;

d.2) 12% para as mercadorias ou bens procedentes das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Estado do Espírito Santo;

e) o ICMS devido à UF de origem da mercadoria ou bem, relativo à obrigação própria do remetente, é calculado com a utilização da alíquota interestadual;

f) o pagamento da parcela do ICMS da UF destinatária será:

f.1) feito por meio de documento de arrecadação pelo estabelecimento remetente: (i) antes da saída da mercadoria ou bem; ou (ii) até o dia nove do mês subsequente à ocorrência do fato gerador, quando o remetente estiver credenciado na UF de destino;



f.2) exigível, a partir do momento do ingresso da mercadoria ou bem no território da UF destinatária, na forma da sua legislação, na hipótese de a mercadoria ou bem estar desacompanhado do documento de arrecadação, na operação procedente de UF: (i) não signatária; (ii) ou, signatária, quando o remetente não estiver credenciado na UF de destino.

O RE foi interposto pelo Estado de Sergipe contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado que concedera segurança à B2W – Companhia Global de Varejo para obstar a cobrança do ICMS, pelo Estado de Sergipe, com base no Protocolo ICMS nº 21, de 2011, relativamente às suas mercadorias adquiridas de forma virtual, quando da entrada destas em Sergipe para a entrega ao consumidor final.

O tema teve repercussão geral reconhecida pelo STF nos seguintes termos:

Recurso extraordinário. Constitucional e tributário. Protocolo Confaz nº 21/2011. Venda realizada de forma não presencial a consumidor final não contribuinte do imposto. Recolhimento do ICMS em favor do Estado de destino da mercadoria. Repercussão geral. Artigo 155, § 2º, VII, *b*, da Constituição Federal. Questão de fundo similar à tratada na ADI 4.628. Relevância da matéria e transcendência de interesses. Manifestação pela existência de repercussão geral da questão constitucional. (DJe 10.12.2012)

O STF entendeu, por unanimidade, que o Protocolo ICMS nº 21, de 2011, é inconstitucional por afrontar o art. 155, § 2º, VII, *b* e VIII, da Constituição Federal (CF), na sua redação original, então vigente, *verbis*:

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;

.....
...

§ 2º 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; (grifos nossos)

De fato, o constituinte originário, ao dispor sobre o ICMS incidente sobre operações que destinem bens e mercadorias a consumidor final localizado em outro Estado determinou que:

a) quando o destinatário for contribuinte, o ICMS será repartido entre os dois Estados, ficando o de origem com o montante resultante da aplicação da alíquota interestadual (definida pelo Senado Federal com fulcro no inciso IV do § 2º do art. 155), e o de destino com o imposto resultante da aplicação do diferencial de alíquota (diferença entre a sua alíquota interna e a interestadual), ambas as alíquotas sobre o valor da operação;

b) quando o destinatário não for contribuinte, o ICMS será apropriado integralmente pelo Estado de origem, mediante aplicação da sua alíquota interna.

A comunicação do STF se fez acompanhar das cópias do acórdão, relatório, voto, extrato da ata do registro taquigráfico do julgamento, certidão de trânsito em julgado, do Protocolo questionado, assim como do parecer da Procuradoria Geral da República.

II – ANÁLISE

Nos termos do art. 52, X, da CF, compete ao Senado Federal, de forma privativa, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

O art. 388 do Regimento Interno do Senado Federal preconiza que a comunicação encaminhada pelo Presidente do STF acerca de declaração de inconstitucionalidade será, após leitura em plenário, enviada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), que formulará projeto de resolução para suspender a execução da lei, no todo ou em parte. A competência da CCJ é também estabelecida no inciso III do art. 101 do Regimento Interno do Senado, que prevê caber à referida Comissão a propositura de projeto de resolução tendente a suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo STF.

Cabe registrar que se encontram cumpridas as exigências que constam do Regimento Interno do Senado Federal, em seu art. 387, relativas à instrução documental.

A despeito de o art. 52, X, da CF, mencionar apenas “lei”, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é no sentido de que o Senado Federal pode suspender qualquer lei ou ato normativo, seja ele federal, estadual, municipal ou celebrado entre pessoas jurídicas de direito público, a exemplo dos convênios e protocolos entre os Estados, dotados de generalidade, abstração e autonomia.

O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, pois não dispõe de competência para tanto. A resolução que venha a emitir é ato político que visa conferir a eficácia geral à decisão do STF prolatada *incidenter tantum* em face de um caso concreto, que só tem eficácia entre as partes.

No caso que ora se aprecia, contudo, a suspensão do Protocolo ICMS nº 21, de 2011, não implicaria qualquer resultado quanto à eficácia jurídica e social da norma, pelas razões apontadas a seguir.

Cumprе lembrar que, no RE nº 680.089, a maioria do STF decidiu pela modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir da concessão da medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.628, ressalvadas as ações em curso – o que ocorrera em 21 de fevereiro de 2014. Essa ADI, impetrada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens e Serviços e Turismo (CNC), contra o Protocolo ICMS nº 21, de 2011, foi provida por unanimidade, em 21 de fevereiro de 2014. Na ocasião, por maioria, o Tribunal modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir da concessão da medida liminar, vencido o Ministro Marco Aurélio que não modulava.

Das decisões do STF no RE nº 680.089 e na Adin nº 4.628, ambas proferidas em 17 de setembro de 2014, resulta claro que:

a) em se tratando de ato normativo contestado mediante controle concentrado perante o STF, o efeito geral já está assegurado;

b) o Protocolo nº 21, de 2011, deixou de produzir efeitos a partir de 21 de fevereiro de 2014;

c) as ações em curso na data supracitada não foram sobrestadas mas deverão ser julgadas de acordo com o que se decidiu na ADI e no RE citados;

d) não tendo gerado efeitos *ex tunc*, mas *ex nunc*, o que houvera sido pago em conformidade com o protocolo condenado, não será objeto de restituição, nem poderão os Estados de origem prejudicados com a cobrança a menor, por conta da aplicação da alíquota interestadual, e não da interna, exigirem a diferença, administrativa ou judicialmente.

À época em que veio à luz o Protocolo ICMS nº 21, de 2011, tramitavam no Congresso Nacional diversas propostas de emenda constitucional (PEC) com o intuito de incorporar ao Texto Constitucional as mudanças no regime do ICMS constantes do referido protocolo e ansiadas pela maioria das UFs.

As PECs nºs 56, 103 e 113, todas de 2011, de autoria dos Senadores Luiz Henrique, Delcídio do Amaral e Lobão Filho, respectivamente, tramitaram em conjunto e deram origem ao substitutivo oferecido pelo Senador Renan Calheiros aprovado pelo Senado em 4 de julho de 2012. O substitutivo originou a PEC nº 197, de 2012, aprovada com alterações pela Câmara dos Deputados em 3 de fevereiro de 2015, cujo texto foi confirmado pelo Senado Federal e convertido na Emenda Constitucional (EC) nº 87, de 16 de abril de 2015.

O art. 1º da EC dá nova redação aos incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da CF. O novo inciso VII determina que *nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual*. O novo inciso VIII preconiza que *a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à*

diferença entre a alíquota interna e a interestadual será atribuída: a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto; b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto.

O art. 2º acrescenta o art. 99 ao Ato da Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), dispondo que *no caso de operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outro Estado, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual será partilhado entre os Estados de origem e de destino, na seguinte proporção:*

Exercício financeiro	Apropriação da receita do imposto correspondente ao diferencial de alíquota	
	Estado de destino	Estado de origem
2015	20%	80%
2016	40%	60%
2017	60%	40%
2018	80%	20%
2019	100%	0%

O art. 3º prevê que *a emenda constitucional entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos no ano subsequente e após noventa dias desta.*

Assim, 1º de janeiro de 2016 foi o marco inicial da partilha progressiva entre as UFs de origem e de destino do ICMS incidente sobre operações e prestações interestaduais que destinem bens, mercadorias e serviços a consumidores finais não contribuintes. A partir de 1º de janeiro de 2019, as UFs de destino se apropriarão, integralmente, da parcela do imposto resultante do diferencial de alíquota. O Poder Constituinte Derivado foi sensível ao interesse legítimo da grande maioria dos Estados, cuja arrecadação era prejudicada pelo rápido incremento do comércio eletrônico (*e-commerce*) – de R\$ 0,55 bilhão em 2011 para R\$ 35,8 bilhões em 2014 –, dada a alta concentração dos estabelecimentos virtuais em poucos Estados (São Paulo concentraria mais de 60% do comércio eletrônico).

Complementando a EC nº 87, de 2015, os Estados, na sua totalidade, celebraram o Convênio ICMS nº 93, de 17 de setembro de 2015, alterado pelo Convênio nº 152, de 11 de dezembro de 2015, no

âmbito do Confaz, que *dispõe sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra UF*. O Protocolo ICMS nº 21, de 2011, não é mais, portanto, que uma relíquia histórica.

III – VOTO

Ante o exposto, observadas as disposições pertinentes da Constituição Federal e do Regimento Interno do Senado Federal, e entendendo, quanto ao mérito, que a suspensão da aplicação do Protocolo ICMS nº 21, de 2011, não geraria qualquer efeito jurídico e político, voto pelo conhecimento do Ofício “S” nº 3, de 2015, do Presidente do STF, e pelo seu arquivamento.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relatora

