

**TUTELA PROVISÓRIA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE  
5.866 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**  
**REQTE.(S)** : **CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA**  
**ADV.(A/S)** : **CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES E OUTRO(A/S)**  
**INTDO.(A/S)** : **CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA  
FAZENDÁRIA - CONFAZ**  
**ADV.(A/S)** : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

**DECISÃO**

(Petição Avulsa STF n. 78.058/2017)

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONVÊNIO N. 52/2017 DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA - CONFAZ. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS. NORMAS GERAIS PARA APLICAÇÃO EM CONVÊNIOS E PROTOCOLOS FIRMADOS ENTRE OS ESTADOS E O DISTRITO FEDERAL. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO COM ENCERRAMENTO DE TRIBUTAÇÃO. ALEGADA CONTRARIEDADE À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE RESERVA DE LEI, AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE E À NÃO-BITRIBUTAÇÃO. PERIGO DE DANO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO CONFIGURADO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA AD REFERENDUM DO PLENÁRIO.*

**ADI 5866 TP / DF**

**Relatório**

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, ajuizada em 18.12.2017 pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do Convênio ICMS n. 52, de 7.4.2017, que dispõe sobre as “normas gerais a serem aplicadas aos regimes de substituição tributária e de antecipação do ICMS com encerramento de tributação, relativos às operações subseqüentes, instituídos por convênios ou protocolos firmados entres os Estados e o Distrito Federal” (fl. 2, e-doc. 1).

2. A Autora argumenta que, “[a]o fugir dos limites reservados pela Constituição às matérias a serem versadas mediante convênio (art. 155, §2º, XII, ‘b’ e ‘g’) e invadir o campo de inafastável incidência da lei (art. 150, §7º), inclusive complementar (art. 146, III, ‘a’ e 155, §2º, XII, ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘i’), o Convênio ICMS nº 52/2017 está por merecer, na sua integralidade, a declaração de inconstitucionalidade pelo STF” (fl. 2).

Afirma ser “evidente o prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (periculum in mora), em face das consequências advindas da vigência do aludido Convênio ICMS 52/2017 a partir do dia 1 de janeiro de 2018” (fl. 29), conforme deliberação do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ em reunião realizada no dia 15.12.2017.

Assevera que

*“até que haja um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade do Convênio ICMS 52/2017, as empresas serão forçadas a ajuizar demandas individuais para afastar a aplicação da norma em comento e, depois de resolvida a controvérsia, ainda deverão pleitear a restituição dos valores indevidamente pagos.*

*Além disso, a incerteza igualmente ensejará a atuação dos Fiscos estaduais na cobrança do tributo não recolhido, mas que o Ente Federado entende devido, com a incidência de juros e de multa. Todas essas demandas judiciais que aumentam a insegurança jurídica serão*

**ADI 5866 TP / DF**

*evitadas com a concessão da medida cautelar pleiteada. Ora, nesse contexto, ficam evidentes os danos emergentes da manutenção das cláusulas do Convênio ICMS 52/2017 impugnado e os prejuízos advindos da demora da decisão definitiva da presente ação direta.*

*É igualmente necessária a concessão da medida cautelar para garantir a ulterior eficácia da decisão pela dificuldade que as empresas enfrentarão para repetir o indébito tributário, desfazer e/ou refazer operações realizadas sob as alterações regime de substituição advindas do Convênio” (fl. 30).*

Requer, cautelarmente, “a determinação de que, até o julgamento definitivo da presente ação, fique suspensa a aplicação do Convênio ICMS nº 52/2017” (fl. 31).

Em pedido sucessivo, pleiteia o deferimento parcial da medida cautelar, para que “fique suspensa a aplicação das cláusulas terceira, oitava, nona, décima, décima-primeira, décima-segunda, décima-terceira, décima-quarta, décima-sexta, vigésima-quarta, vigésima-sexta e vigésima-sétima, do Convênio ICMS nº 52/2017”.

No mérito, pede a declaração de inconstitucionalidade integral do Convênio ICMS n. 52/2017 ou, sucessivamente, das suas cláusulas 3ª, 8ª, 9ª, 10ª, 11ª, 12ª, 13ª, 14ª, 16ª, 24ª, 26ª e 27ª, e as demais por arrastamento.

3. Em 20.12.2017, determinei, com urgência e prioridade, vista à Advogada-Geral da União e à Procuradora-Geral da República, sucessivamente, para manifestação, na forma da legislação vigente, no prazo máximo e prioritário de três dias cada qual (§ 1º do art. 10 da Lei n. 9.868/1999).

4. Em 27.12.2017, a Autora apresentou pedido de reconsideração, requerendo o deferimento de medida cautelar “imediatamente, de modo a impedir o início da vigência do Convênio ICMS nº 52/2017, independente das oitivas da PGR e da AGU” (fl. 1, e-doc. 26).

**ADI 5866 TP / DF**

Examinados os elementos havidos no processo, **DECIDO**.

5. Preliminarmente, com base no art. 13, inc. VIII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, defiro o pleito formulado na Petição Avulsa STF n. 78.058/2017, pelo que, considerada a natureza eletrônica dos presentes autos e o alegado perecimento do direito em 1º.1.2018, examino o requerimento de medida cautelar formulado na espécie, independente das manifestações a serem produzidas pela Advogada-Geral da União e pela Procuradora-Geral da República.

Reconheço que, ao dispor sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, a Lei n. 9.868/1999 excetua, em seu art. 10, a regra da submissão da medida cautelar ao Plenário deste Supremo Tribunal no recesso forense, período no qual compete ao Presidente decidir questões urgentes (art. 13, inc. VIII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

O estudo da peça inicial da presente ação e do ato infralegal sob exame evidenciam a impossibilidade de se postergar a apreciação e decisão do requerimento cautelar, por se demonstrarem os riscos decorrentes do aguardo da providência pela instância natural deste Supremo Tribunal, qual seja, o exame da matéria pelo eminente Ministro Relator e a submissão da questão ao Plenário segundo a sua douta análise e conclusão.

Nos termos do inc. III da cláusula 36ª do Convênio ICMS n. 52/2017, deliberado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, aquele ato passará a surtir efeitos a partir de 1º de janeiro de 2018.

Há risco comprovado, após a produção dos efeitos da norma questionada, da irreversibilidade dos impactos financeiros sobre os agentes econômicos submetidos à técnica de substituição e antecipação tributária do Impostos sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS

**ADI 5866 TP / DF**

cobrados em razão de operações interestaduais.

6. Analisados os elementos havidos nos autos, **decido sobre o requerimento de medida cautelar, sem a audiência das autoridades responsáveis pela edição da norma questionada e das manifestações da Advogada-Geral da União e da Procuradora-Geral da República, pela urgência qualificada comprovada na espécie.**

7. Anoto, inicialmente, a legitimidade ativa da Autora, submetida ao requisito da pertinência temática, reconhecendo-lhe as condições necessárias para iniciar o controle abstrato de constitucionalidade na espécie vertente:

*“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei estadual que fixa piso salarial para certas categorias. CNI. Preliminar de ausência parcial de pertinência temática. Rejeitada. Expressão ‘que o fixe a maior’ contida no caput do artigo 1º da Lei estadual nº 5.627/09. Direito do trabalho. Competência legislativa privativa da União delegada aos Estados e ao Distrito Federal. Expressão que extravasa os limites da delegação de competência legislativa conferida pela União aos Estados por meio da Lei Complementar nº 103/00. Ofensa ao artigo 22, inciso I e parágrafo único, da Lei Maior. 1. A exigência de pertinência temática não impede o amplo conhecimento da ação, com a declaração de inconstitucionalidade da norma para além do âmbito dos indivíduos representados pela entidade requerente, quando o vício de inconstitucionalidade for idêntico para todos os seus destinatários. Preliminar rejeitada. (...) Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente” (ADI n. 4.391, Relator o Ministro Dias Toffoli, Plenário, DJe 20.6.2011).*

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR, LEI N. 8.870, DE 15/5/1994, QUE ALTEROU DISPOSITIVOS DAS LEIS N.S 8.212 E 8.213, DE 24/7/1991, ART. 25 E PARAGRAFO 2.. 2. LEGITIMIDADE ATIVA DA AUTORA NO QUE CONCERNE A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PARAGRAFO 2. DO ART. 25*

**ADI 5866 TP / DF**

*DA LEI N. 8.870/1994, AO DETERMINAR A EXTENSAO, AS PESSOAS JURIDICAS QUE SE DEDIQUEM A PRODUÇÃO AGRO-INDUSTRIAL, DO DISPOSTO NO ART. 25 DO DIPLOMA ALUDIDO. 3. NÃO HÁ VER, NA ESPÉCIE, DESDE LOGO, CUMULATIVIDADE, EIS QUE A CONTRIBUIÇÃO PARA A SEGURIDADE SOCIAL PASSA, NO CASO, A CALCULAR-SE A VISTA DO VALOR ESTIMADO DA PRODUÇÃO AGRICOLA E NÃO PELO MONTANTE DA FOLHA DE SALARIOS DOS EMPREGADOS DA PARTE AGRICOLA. 4. "PERICULUM IN MORA" QUE NÃO SE CARACTERIZA. 5. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA" (ADI n. 1.103-MC, Relator o Ministro Néri da Silveira, Plenário, DJ 28.4.1995).*

Há, nos autos, procuração com poderes específicos, requisito essencial para propositura da presente ação direta, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

*"Ação direta de que não se conhece, por não haver sido cumprida a diligência destinada à regularização da representação processual (procuração com poderes específicos para atacar a norma impugnada)" (ADI n. 2.187, Relator o Ministro Octavio Gallotti, Plenário, DJ 12.12.2003).*

*"1) SEGURO DPVAT. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CNS PARA A PROPOSITURA DA PRESENTE AÇÃO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA DA ATUAÇÃO DA REQUERENTE COM OS DESDOBRAMENTOS DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELAS LEIS CONJURADAS NA REGULAMENTAÇÃO DO SEGURO DPVAT. 2) A PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECÍFICOS PARA A PROPOSITURA DE ADI ATRELADA AOS AUTOS APÓS A DISTRIBUIÇÃO DA AÇÃO SUPRE A INCAPACIDADE POSTULATÓRIA AB ORIGINE. VÍCIO SANADO. (...) 10) IMPROCEDÊNCIA DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 4.350 E 4.627.*

**ADI 5866 TP / DF**

*IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 8º DA LEI Nº 11.482/07 E DOS ARTS. 30 A 32 DA LEI Nº 11.945/09” (ADI n. 4.350, Relator o Ministro Luiz Fux, Plenário, DJe 3.12.2014).*

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINARES. LEI ESTADUAL. ICMS. PARCELA PERTENCENTE AOS MUNICÍPIOS. CÁLCULO. VALOR ADICIONADO. MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. VÍCIO FORMAL INSANÁVEL. 1. Atende as exigências legais procuração que outorga poderes específicos ao advogado para impugnar, pela via do controle concentrado, determinado ato normativo, sendo desnecessária a individualização dos dispositivos. (...) Ação procedente em parte” (ADI n. 2.728, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Plenário, DJ 20.2.2004).*

Apta a Confederação Nacional da Indústria – CNI para ajuizar a presente ação direta de inconstitucionalidade.

8. As razões expostas na peça vestibular demonstram, neste exame preliminar e precário, próprio das medidas cautelares, a plausibilidade jurídica do requerimento formulado pela Autora, notadamente quanto ao perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, concernente à possibilidade de invalidação das cláusulas do convênio impugnado na presente sede jurisdicional.

O Convênio ICMS n. 52/2017, adotado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, tem por finalidade principal normatizar os protocolos e convênios firmados entre os Estados e o Distrito Federal sobre substituição e antecipação tributária relativas ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS devido nas operações subsequentes.

Para tanto, o ato questionado, de natureza infralegal versa, de

**ADI 5866 TP / DF**

maneira geral, sobre: *a)* a forma e as situações sobre as quais incidirão os protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal concernentes a substituição tributária; *b)* a configuração da base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária; *c)* a maneira do cálculo do imposto (por dentro); *d)* a forma de pagamento do tributo devido; *e)* os critérios para ressarcimento do impostos anteriormente alcançado pelo regime de substituição tributária; *f)* as obrigações acessórias tendentes a instrumentalizar a substituição tributária; *g)* os documentos fiscais e informações a serem prestadas às autoridades fiscais, *h)* as regras concernentes aos bens e mercadorias fabricados em escala industrial não relevante; *i)* a formulação de delineamentos para obtenção de valor estimado de bens e mercadorias; *j)* a revisão dos protocolos e convênios atualmente vigentes.

Eis o teor do ato impugnado:

*“CONVÊNIO ICMS N<sup>o</sup> 52, DE 7 DE ABRIL DE 2017 Dispõe sobre as normas gerais a serem aplicadas aos regimes de substituição tributária e de antecipação do ICMS com encerramento de tributação, relativos às operações subsequentes, instituídos por convênios ou protocolos firmados entres os Estados e o Distrito Federal.*

*O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 164<sup>a</sup> Reunião Ordinária, realizada em Cuiabá, MT, no dia 7 de abril de 2017, tendo em vista o disposto nos arts. 6<sup>o</sup> a 10 da Lei Complementar n<sup>o</sup> 87, de 13 de setembro de 1996, nos arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei n<sup>o</sup> 5.172, de 25 de outubro de 1966), na alínea “a” do inciso XIII do § 1<sup>o</sup> e nos §§ 7<sup>o</sup> e 8<sup>o</sup> do art. 13, no art. 21-B e nos §§ 12 a 14 do art. 26, todos da Lei Complementar n<sup>o</sup> 123, de 14 de dezembro de 2006, resolve celebrar o seguinte:*

*CONVÊNIO*

*CAPÍTULO I - DAS DISPOSIÇÕES GERAIS*

*Cláusula primeira Os convênios e protocolos celebrados pelas unidades federadas para fins de substituição tributária do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e*



**ADI 5866 TP / DF**

de Comunicação (ICMS) devido nas operações subsequentes observarão o disposto neste convênio.

§ 1º O disposto no caput aplica-se também ao imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna da unidade federada de destino e a alíquota interestadual incidente sobre as operações interestaduais com bens e mercadorias destinadas ao uso, consumo ou ativo imobilizado do destinatário contribuinte do imposto.

§ 2º As referências feitas ao regime da substituição tributária também se aplicam ao regime da antecipação do recolhimento do ICMS com encerramento de tributação.

*Cláusula segunda* O regime de substituição tributária nas operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelas unidades federadas interessadas.

*Parágrafo único.* A critério da unidade federada de destino, a instituição do regime de substituição tributária dependerá, ainda, de ato do Poder Executivo para internalizar o acordo específico celebrado pelas unidades federadas interessadas.

*Cláusula terceira* Este convênio se aplica a todos os contribuintes do ICMS, optantes ou não pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional – instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

*Cláusula quarta* O sujeito passivo por substituição tributária observará as normas da legislação tributária da unidade federada de destino do bem e da mercadoria.

§ 1º A unidade federada que instituir o regime de substituição tributária nas operações interestaduais a ela destinadas, deverá instituí-lo, também, em relação às operações internas, aplicando-se, no que couber, o disposto neste convênio.

§ 2º Os acordos firmados entre as unidades federadas poderão estabelecer normas específicas ou complementares às estabelecidas neste convênio.

*Cláusula quinta* As regras relativas à substituição tributária serão tratadas em convênios específicos celebrados entre as unidades da federação em relação aos segmentos, bens e mercadorias a seguir

**ADI 5866 TP / DF**

*descritos:*

*I - energia elétrica;*

*II - combustíveis e lubrificantes;*

*III - sistema de venda porta a porta;*

*IV - veículos automotores cujas operações sejam efetuadas por meio de faturamento direto para consumidor.*

*Cláusula sexta Para fins deste convênio, considera-se:*

*I - segmento: o agrupamento de itens de bens e mercadorias com características assemelhadas de conteúdo ou de destinação, conforme previsto no Anexo I;*

*II - item de segmento: a identificação do bem, da mercadoria ou do agrupamento de bens e mercadorias dentro do respectivo segmento;*

*III - especificação do item: o desdobramento do item, quando o bem ou a mercadoria possuir características diferenciadas que sejam relevantes para determinar o tratamento tributário para fins do regime de substituição tributária;*

*IV - CEST: o código especificador da substituição tributária, composto por 7 (sete) dígitos, sendo que:*

*a) o primeiro e o segundo correspondem ao segmento do bem e mercadoria;*

*b) o terceiro ao quinto correspondem ao item de um segmento de bem e mercadoria;*

*c) o sexto e o sétimo correspondem à especificação do item;*

*V - que as empresas são interdependentes quando:*

*a) uma delas, por si, seus sócios ou acionistas, e respectivos cônjuges e filhos menores, for titular de mais de 50% (cinquenta por cento) do capital da outra;*

*b) uma delas tiver participação na outra de 15% (quinze por cento) ou mais do capital social, por si, seus sócios ou acionistas, bem assim por intermédio de parentes destes até o segundo grau e respectivos cônjuges, se a participação societária for de pessoa física;*

*c) uma mesma pessoa fizer parte de ambas, na qualidade de diretor, ou sócio com funções de gerência, ainda que exercidas sob outra denominação;*

*d) consideradas apenas as operações com destino a determinada*

**ADI 5866 TP / DF**

*unidade federada, uma tiver vendido ou consignado à outra, no ano anterior, mais de 20% (vinte por cento), no caso de distribuição com exclusividade em determinada área do território da unidade federada de destino, e mais de 50% (cinquenta por cento), nos demais casos, do seu volume de vendas para a unidade federada de destino;*

*e) consideradas apenas as operações com destino a determinada unidade federada, uma delas, por qualquer forma ou título, for a única adquirente, de um ou de mais de um dos produtos da outra, ainda quando a exclusividade se refira à padronagem, marca ou tipo do produto;*

*f) uma vender à outra, mediante contrato de participação ou ajuste semelhante, produto que tenha fabricado ou importado;*

*g) uma delas promover transporte de mercadoria utilizando veículos da outra, sendo ambas contribuintes do mesmo segmento;*

*h) uma tiver adquirido ou recebido em consignação da outra, no ano anterior mais de 50% (cinquenta por cento) do seu volume total de aquisições.*

*§ 1º A coluna correspondente à identificação do CEST nos Anexos II a XXVI conterá o código CEST com 7 (sete) dígitos.*

*§ 2º Os documentos fiscais relativos às operações com bens e mercadorias fabricados em escala industrial não relevante deverão indicar o CNPJ do respectivo fabricante.*

**CAPÍTULO II - DO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA**

**SEÇÃO I - DOS BENS E MERCADORIAS PASSÍVEIS DE SUJEIÇÃO AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA**

*Cláusula sétima Os bens e mercadorias passíveis de sujeição ao regime de substituição tributária são os identificados nos Anexos II ao XXVI, de acordo com o segmento em que se enquadrem, contendo a sua descrição, a classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul baseada no Sistema Harmonizado (NCM/SH) e um C E S T.*

*§ 1º Na hipótese de a descrição do item não reproduzir a correspondente descrição do código ou posição utilizada na NCM/SH, o regime de substituição tributária em relação às operações subsequentes será aplicável somente aos bens e mercadorias identificadas nos termos da descrição contida neste convênio.*

**ADI 5866 TP / DF**

§ 2º *As reclassificações, agrupamentos e desdobramentos de códigos da NCM/SH não implicam em inclusão ou exclusão de bem e mercadoria, classificados no código da referida nomenclatura, do regime de substituição tributária.*

§ 3º *Na hipótese do § 2º, o contribuinte deverá informar nos documentos fiscais o código NCM/SH vigente, observado o mesmo tratamento tributário atribuído ao bem e mercadoria antes da reclassificação, agrupamento ou desdobramento.*

§ 4º *As situações previstas nos §§ 2º e 3º não implicam alteração do CEST.*

§ 5º *Os bens e mercadorias relacionados nos Anexos II a XXVI sujeitos ao regime de substituição tributária em cada unidade federada serão divulgados pela Secretaria Executiva do CONFAZ, na forma prevista em Ato COTEPE.*

§ 6º *Os convênios e protocolos, bem como a legislação interna das unidades federadas, ao instituir o regime de substituição tributária, deverão reproduzir, para os itens que implementarem, o CEST, a classificação na NCM/SH e as respectivas descrições constantes nos Anexos II a XXVI.*

§ 7º *A exigência contida no § 6º não obsta o detalhamento do item, nas hipóteses em que a base de cálculo seja o Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF) ou o preço sugerido, desde que não restrinja ou amplie o alcance da descrição constante nos Anexos II a XXVI.*

**SEÇÃO II - DA RESPONSABILIDADE**

*Cláusula oitava O contribuinte remetente que promover operações interestaduais com bens e mercadorias especificadas em convênio ou protocolo que disponha sobre o regime de substituição tributária será o responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes devido à unidade federada de destino, mesmo que o imposto tenha sido retido anteriormente.*

§ 1º *A responsabilidade prevista no caput desta cláusula aplica-se também ao imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna da unidade federada de destino e a alíquota interestadual incidente sobre as operações interestaduais com bens e mercadorias*

**ADI 5866 TP / DF**

*especificadas em convênio ou protocolo que disponha sobre o regime de substituição tributária e destinadas ao uso, consumo ou ativo imobilizado do destinatário.*

*§ 2º O destinatário de bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, inclusive o varejista, é responsável pelo imposto devido à unidade federada de destino por substituição tributária, quando o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto, salvo disposição em contrário prevista na legislação da unidade destinatária.*

*Cláusula nona O regime de substituição tributária não se aplica:*

*I - às operações interestaduais que destinem bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária a estabelecimento industrial fabricante do mesmo bem e mercadoria, assim entendido aquele classificado no mesmo CEST;*

*II - às transferências interestaduais promovidas entre estabelecimentos do remetente, exceto quando o destinatário for estabelecimento varejista;*

*III - às operações interestaduais que destinem bens e mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem, desde que este estabelecimento não comercialize o mesmo bem ou mercadoria;*

*IV - às operações interestaduais que destinem bens e mercadorias a estabelecimento localizado em unidade federada que lhe atribua a condição de substituto tributário em relação ao ICMS devido na operação interna;*

*V - às operações interestaduais com bens e mercadorias produzidas em escala industrial não relevante, nos termos deste convênio.*

*§ 1º Ficam as unidades federadas de destino autorizadas a não aplicar o regime de que trata o caput nas operações entre estabelecimentos de empresas interdependentes, exceto se o destinatário for varejista, observado o disposto no § 6º da cláusula décima primeira.*

*§ 2º Em substituição ao inciso I do caput, não se aplica o regime de substituição tributária nas operações interestaduais destinadas a*

**ADI 5866 TP / DF**

*estabelecimento industrial localizado no Estado de São Paulo que seja fabricante de bem e mercadoria pertencentes ao mesmo segmento.*

§ 3º *Em substituição ao disposto no inciso II, nas transferências interestaduais destinadas aos Estados de Alagoas, Bahia, Minas Gerais, Paraíba e Rio de Janeiro, o regime de que trata o caput não se aplica quando promovidas entre estabelecimentos do industrial fabricante, exceto quando destinada a estabelecimento varejista.*

§ 4º *Para aplicação do disposto no § 3º, em se tratando de transferência para estabelecimento distribuidor, atacadista, depósito ou centro de distribuição, estes deverão operar exclusivamente com produtos fabricados por estabelecimento industrial de mesma titularidade.*

§ 5º *O regime de que trata o caput não se aplica, também, às operações interestaduais promovidas por contribuintes varejistas com destino a estabelecimento de contribuinte não varejista localizado no Estado de São Paulo.*

§ 6º *Para os efeitos desta cláusula, não se considera industrialização a modificação efetuada no bem ou na mercadoria pelo estabelecimento comercial para atender à especificação individual do consumidor final.*

§ 7º *Na hipótese desta cláusula, exceto em relação ao inciso V do caput, a sujeição passiva por substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário, salvo disposição em contrário na legislação da unidade federada de destino.*

§ 8º *Nas hipóteses de inaplicabilidade do regime de substituição tributária tratadas nesta cláusula, o sujeito passivo indicará, no campo "Informações Complementares" da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) que acobertar a operação, o dispositivo em que se fundamenta a referida inaplicabilidade.*

**SEÇÃO III - DO CÁLCULO DO IMPOSTO RETIDO**

*Cláusula décima A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária em relação às operações subsequentes será o valor correspondente ao preço final a consumidor, único ou máximo, fixado por órgão público competente.*

*Cláusula décima primeira Inexistindo o valor de que trata a cláusula décima, a base de cálculo do imposto para fins de substituição*

**ADI 5866 TP / DF**

*tributária em relação às operações subsequentes corresponderá, conforme definido pela legislação da unidade federada de destino, ao:*

*I - Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF);*

*II - preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador;*

*III - preço praticado pelo remetente acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de Margem de Valor Agregado (MVA) estabelecido na unidade federada de destino ou prevista em convênio e protocolo, para a mercadoria submetida ao regime de substituição tributária, observado o disposto nos §§ 1º e 2º.*

*§ 1º Nas operações interestaduais com as mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, quando o coeficiente a que se refere o inciso IV deste parágrafo for maior que o coeficiente correspondente à alíquota interestadual, para efeitos de apuração da base de cálculo com utilização de MVA, esta será ajustada à alíquota interestadual aplicável, observada a fórmula "MVA ajustada =  $\{[(1+MVA-ST \text{ original}) \times (1 - ALQ \text{ inter}) / (1 - ALQ \text{ intra})] - 1\} \times 100$ ", onde:*

*I - "MVA ajustada" é o percentual correspondente à margem de valor agregado a ser utilizada para apuração da base de cálculo relativa à substituição tributária na operação interestadual;*

*II - "MVA-ST original" é o coeficiente correspondente à margem de valor agregado estabelecida na legislação da unidade federada de destino ou previsto nos respectivos convênios e protocolos;*

*III - "ALQ inter" é o coeficiente correspondente à alíquota interestadual aplicável à operação;*

*IV - "ALQ intra" é o coeficiente correspondente à alíquota interna ou percentual de carga tributária efetiva, quando este for inferior à alíquota interna, praticada pelo contribuinte substituto da unidade federada de destino.*

*§ 2º O disposto no § 1º não se aplica à operação que tenha como remetente contribuinte optante pelo Simples Nacional.*

*§ 3º Nos casos em que a base de cálculo seja o preço final a*

**ADI 5866 TP / DF**

*consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, ocorrendo alteração dos preços, a lista dos novos preços deverá ser encaminhada à administração tributária da unidade federada de destino do bem e da mercadoria, nos termos do disposto na legislação da unidade federada de destino.*

*§ 4º Nas operações internas e interestaduais, as unidades federadas ficam autorizadas a estabelecer como base de cálculo a prevista no inciso III do caput desta cláusula quando o valor da operação própria praticado pelo remetente for igual ou superior a percentual estabelecido pela legislação interna da unidade federada de destino do valor do PMPF ou preço sugerido para o bem e a mercadoria.*

*§ 5º Na hipótese do inciso II do caput e dos §§ 3º e 4º, todos da cláusula nona, a base de cálculo poderá ser definida conforme critérios estabelecidos pela unidade federada de destino.*

*§ 6º Nas operações de que trata o § 1º da cláusula nona destinadas ao Rio de Janeiro, o valor inicial para a determinação da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária será o preço praticado pelo adquirente nas operações com o comércio varejista, adotando-se a MVA-ST original.*

*§ 7º As MVA-ST originais estabelecidas na legislação da unidade federada de destino serão divulgadas pela Secretaria Executiva do CONFAZ, na forma prevista em Ato COTEPE.*

*§ 8º A MVA-ST original prevista em convênio ou protocolo produzirá efeito em relação às operações destinadas à unidade federada de destino, a partir da data estabelecida em sua legislação interna.*

*Cláusula décima segunda Tratando-se de operação interestadual com bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente, a base de cálculo do imposto devido será o valor da operação interestadual adicionado do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna a consumidor final estabelecida na unidade federada de destino para o bem ou a mercadoria e a alíquota interestadual.*

*Cláusula décima terceira O imposto devido por substituição tributária integra a correspondente base de cálculo, inclusive na*



**ADI 5866 TP / DF**

*hipótese de recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna da unidade federada de destino e a alíquota interestadual.*

*Cláusula décima quarta O imposto a recolher por substituição tributária será:*

*I - em relação às operações subsequentes, o valor da diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota estabelecida para as operações internas na unidade federada de destino sobre a base de cálculo definida para a substituição e o devido pela operação própria do contribuinte remetente;*

*II - em relação aos bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente, o valor calculado conforme a fórmula "ICMS ST DIFAL = [(V oper - ICMS origem) / (1 - ALQ interna)] x ALQ interna - (V oper x ALQ interestadual)", onde:*

*a) "ICMS ST DIFAL" é o valor do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna a consumidor final estabelecida na unidade federada de destino para o bem ou a mercadoria e a alíquota interestadual;*

*b) "V oper" é o valor da operação interestadual, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros;*

*c) "ICMS origem" é o valor do imposto correspondente à operação interestadual, destacado no documento fiscal de aquisição;*

*d) "ALQ interna" é a alíquota interna estabelecida na unidade federada de destino para as operações com o bem e a mercadoria a consumidor final;*

*e) "ALQ interestadual" é a alíquota estabelecida pelo Senado Federal para a operação.*

*§ 1º Para efeitos do disposto nesta cláusula, na hipótese em que o remetente for optante pelo Simples Nacional, deverá ser deduzido, a título de ICMS da operação própria, o resultado da aplicação da alíquota interestadual estabelecida pelo Senado Federal.*

*§ 2º É vedada a compensação de débito relativo à substituição tributária com qualquer crédito do imposto da operação própria*

**ADI 5866 TP / DF**

*decorrente de entrada de mercadoria ou de utilização de serviço.*

**SEÇÃO IV - DO PAGAMENTO**

*Cláusula décima quinta O vencimento do imposto devido por substituição tributária será:*

*I - o dia 9 (nove) do mês subsequente ao da saída do bem e da mercadoria, em se tratando de sujeito passivo por substituição inscrito no cadastro de contribuinte do ICMS da unidade federada de destino;*

*II - a saída do bem e da mercadoria do estabelecimento remetente, em se tratando de sujeito passivo por substituição não inscrito no cadastro de contribuinte do ICMS da unidade federada de destino;*

*III - o dia 2 (dois) do segundo mês subsequente ao da saída do bem e da mercadoria, na hipótese de responsabilidade por substituição tributária atribuída a optante pelo Simples Nacional, inscrito na unidade federada de destino.*

*§ 1º O disposto no inciso II do caput desta cláusula aplica-se também:*

*I - no período em que a inscrição do sujeito passivo por substituição, na unidade federada de destino do bem e da mercadoria, encontrar-se suspensa;*

*II - ao sujeito passivo por substituição quando este não recolher, no todo ou em parte, o ICMS devido à unidade federada de destino do bem e da mercadoria ou seus acréscimos legais, conforme definido na legislação da unidade federada de destino.*

*§ 2º A unidade federada de destino poderá estabelecer que o prazo de vencimento do imposto previsto no inciso II do caput se aplique quando o sujeito passivo por substituição, por 2 (dois) meses, consecutivos ou alternados, não entregar:*

*I - a lista de preços de mercadorias;*

*II - os arquivos eletrônicos;*

*III - a Guia de Informação e Apuração do ICMS Substituição Tributária (GIA-ST) ou a Declaração de Substituição Tributária, Diferencial de Alíquotas e Antecipação (DeSTDA).*

*§ 3º O contribuinte que regularizar as obrigações de que trata o § 2º observará a legislação da unidade federada de destino do bem e da mercadoria no que se refere à cessação do vencimento nos termos do*

**ADI 5866 TP / DF**

*inciso II do caput.*

§ 4º *O imposto devido por substituição tributária em relação às operações interestaduais deverá ser recolhido por meio da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE) ou documento de arrecadação estabelecido pela unidade federada de destino.*

**SEÇÃO V - DO RESSARCIMENTO**

*Cláusula décima sexta Nas operações interestaduais com bens e mercadorias já alcançadas pelo regime de substituição tributária, o ressarcimento do imposto retido na operação anterior deverá ser efetuado pelo contribuinte, mediante emissão de NF-e exclusiva para esse fim, em nome de qualquer estabelecimento fornecedor, inscrito como substituto tributário.*

§ 1º *O ressarcimento de que trata esta cláusula deverá ser previamente autorizado pelo órgão fazendário em cuja circunscrição se localizar o contribuinte.*

§ 2º *O estabelecimento fornecedor, de posse da NF-e relativa ao ressarcimento de que trata o caput desta cláusula, poderá deduzir o valor a ser ressarcido do próximo recolhimento do imposto retido, a ser feito à unidade federada do contribuinte que tiver direito ao ressarcimento.*

§ 3º *Quando for impossível determinar a correspondência do ICMS retido à aquisição do respectivo produto, tomar-se-á o valor do imposto retido quando das últimas aquisições dos bens e mercadorias pelo estabelecimento, proporcionalmente à quantidade saída.*

§ 4º *O valor do ICMS retido por substituição tributária a ser ressarcido não poderá ser superior ao valor retido quando da aquisição dos respectivos bens e mercadorias pelo estabelecimento.*

§ 5º *Em substituição à sistemática prevista nesta cláusula, ficam as unidades federadas autorizadas a estabelecer forma diversa de ressarcimento, ainda que sob outra denominação.*

*Cláusula décima sétima No caso de desfazimento do negócio, se o imposto retido houver sido recolhido, aplica-se o disposto na cláusula décima sexta.*

**CAPÍTULO III - DAS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS**

**SEÇÃO I - DA INSCRIÇÃO**

**ADI 5866 TP / DF**

*Cláusula décima oitava* Poderá ser exigida ou concedida inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS da unidade federada destinatária do bem e da mercadoria ao sujeito passivo por substituição definido em convênio ou protocolo de atribuição de responsabilidade por substituição tributária, nos termos da legislação da respectiva unidade federada.

*Parágrafo único.* O número de inscrição a que se refere o caput desta cláusula deverá ser apostado em todos os documentos dirigidos à unidade federada de destino dos bens e mercadorias, inclusive no documento de arrecadação.

*Cláusula décima nona* Não sendo inscrito como substituto tributário no cadastro de contribuintes do ICMS da unidade federada destinatária do bem e da mercadoria, o sujeito passivo por substituição deverá efetuar o recolhimento do imposto devido à unidade federada de destino do bem e da mercadoria, em relação a cada operação, por ocasião da saída de seu estabelecimento, por meio de GNRE ou documento de arrecadação estabelecido pela unidade federada de destino, devendo uma via acompanhar o transporte do bem e da mercadoria.

*Parágrafo único.* Na hipótese desta cláusula, será emitida GNRE ou documento de arrecadação estabelecido pela unidade federada de destino distinto para cada NF-e, informando a respectiva chave de acesso.

*Cláusula vigésima* O sujeito passivo por substituição poderá ter sua inscrição suspensa ou cancelada, quando, por 2 (dois) meses, consecutivos ou alternados, não entregar as informações previstas no § 2º da cláusula décima quinta.

§ 1º Também poderá ter a sua inscrição suspensa ou cancelada o sujeito passivo por substituição que não recolher, no todo ou em parte, o ICMS devido à unidade federada de destino do bem e da mercadoria ou seus acréscimos legais, conforme estabelecido na legislação da unidade federada de destino.

§ 2º O contribuinte que regularizar as obrigações de que trata o § 2º da cláusula décima quinta, observará a legislação da unidade federada de destino dos bens e mercadorias no que se refere à reativação da inscrição no respectivo cadastro de contribuinte.

**ADI 5866 TP / DF**

§ 3º *Para os efeitos desta cláusula, a legislação da unidade federada de destino poderá prever outras situações equiparadas à suspensão da inscrição do contribuinte substituto.*

**SEÇÃO II - DO DOCUMENTO FISCAL**

*Cláusula vigésima primeira O documento fiscal emitido nas operações com bens e mercadorias listadas nos Anexos II a XXVI deste convênio, conterà, além das demais indicações exigidas pela legislação, as seguintes informações:*

*I - o CEST de cada bem e mercadoria, ainda que a operação não esteja sujeita ao regime de substituição tributária;*

*II - o valor que serviu de base de cálculo da substituição tributária e o valor do imposto retido, quando o bem e a mercadoria estiverem sujeitos ao regime de substituição tributária.*

§ 1º *As operações que envolvam contribuintes que atuem na modalidade porta a porta devem aplicar o CEST previsto no Anexo XXVI, ainda que os bens e as mercadorias estejam listadas nos Anexos II a XXV.*

§ 2º *Nas hipóteses de inaplicabilidade do regime de substituição tributária tratadas na cláusula nona, o sujeito passivo indicará, no campo "Informações Complementares" do documento fiscal que acobertar a operação, o dispositivo em que se fundamenta a referida inaplicabilidade.*

§ 3º *A inobservância do disposto no caput desta cláusula implica exigência do imposto nos termos que dispuser a legislação da unidade federada de destino.*

**SEÇÃO III - DAS INFORMAÇÕES RELATIVAS ÀS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM BENS E MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA**

*Cláusula vigésima segunda O sujeito passivo por substituição tributária remeterá à administração tributária da unidade federada de destino dos bens e mercadorias:*

*I - a GIA/ST, em conformidade com a cláusula oitava do Ajuste SINIEF 04/93, de 09 de dezembro de 1993; ou*

*II - a DeSTDA, se optante pelo Simples Nacional, em conformidade com o Ajuste SINIEF 12/15, de 4 de dezembro de 2015;*

**ADI 5866 TP / DF**

III - quando não obrigado à apresentação da Escrituração Fiscal Digital - EFD -, arquivo magnético com registro fiscal das operações interestaduais efetuadas no mês anterior, ou com seus registros totalizadores zerados, no caso de não terem sido efetuadas operações no período, inclusive daquelas não alcançadas pelos regimes de substituição tributária, em conformidade com a cláusula oitava do Convênio ICMS 57/95, de 28 de junho de 1995, até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao da realização das operações.

§ 1º O arquivo magnético previsto nesta cláusula substitui o exigido pela cláusula oitava do Convênio ICMS 57/95, desde que inclua todas as operações citadas na referida cláusula, mesmo que não realizadas sob os regimes de substituição tributária.

§ 2º Poderão ser objeto de arquivo magnético apartado as operações em que haja ocorrido desfazimento do negócio ou que por qualquer motivo a mercadoria informada em arquivo não haja sido entregue ao destinatário, nos termos do § 1º da cláusula oitava do Convênio ICMS 57/95.

§ 3º A unidade federada de destino poderá exigir a apresentação de outras informações que julgar necessárias.

§ 4º A unidade federada de destino poderá dispensar a apresentação da GIA/ST.

**CAPÍTULO IV - DAS DEMAIS DISPOSIÇÕES**

**SEÇÃO I - DOS BENS E MERCADORIAS FABRICADAS EM ESCALA INDUSTRIAL NÃO RELEVANTE**

Cláusula vigésima terceira Os bens e mercadorias relacionados no Anexo XXVII serão considerados fabricados em escala industrial não relevante quando produzidos por contribuinte que atender, cumulativamente, as seguintes condições:

I - ser optante pelo Simples Nacional;

II - auferir, no exercício anterior, receita bruta igual ou inferior a R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais);

III - possuir estabelecimento único;

IV - ser credenciado pela administração tributária da unidade federada de destino dos bens e mercadorias, quando assim exigido.

§ 1º Na hipótese de o contribuinte não ter funcionado por todo o exercício anterior, inclusive no caso de início de suas atividades no

**ADI 5866 TP / DF**

*decorrer do exercício, para fins do disposto no inciso II, considerar-se-á a receita bruta auferida proporcionalmente aos meses de efetivo funcionamento.*

*§ 2º Não se consideram fabricados em escala industrial não relevante os bens e mercadorias importados do exterior ou que possuam conteúdo de importação superior a 40% (quarenta por cento), nos termos da Resolução do Senado Federal nº 13, de 25 de abril de 2012.*

*§ 3º O contribuinte que atender as condições previstas nos incisos I a III do caput desta cláusula e desejar que os bens e mercadorias que fabricam, devidamente listados no Anexo XXVII, não se subsumam ao regime de substituição tributária, deverá solicitar seu credenciamento à administração tributária da unidade federada de destino dos bens e mercadorias, mediante a protocolização do formulário previsto no Anexo XXVIII devidamente preenchido, quando for exigido o credenciamento.*

*§ 4º A relação dos contribuintes credenciados, bem como as informações especificadas no Anexo XXIX, serão disponibilizadas pelas respectivas administrações tributárias em seus sítios na internet bem como no sítio do CONFAZ.*

*§ 5º Na hipótese de o contribuinte deixar de atender às condições previstas nesta cláusula, deverá comunicar o fato imediatamente à administração tributária em que estiver localizado, bem como à unidade federada em que estiver credenciado, a qual promoverá sua exclusão da relação de credenciados, adotando os procedimentos previstos no § 4º.*

*§ 6º O credenciamento do contribuinte e a exclusão previstos nos §§ 4º e 5º produzirão efeitos a partir do primeiro dia do mês subsequente ao da disponibilização no sítio na internet da administração tributária relativa à unidade federada em que estiver credenciado.*

*§ 7º A administração tributária de qualquer unidade federada que constatar indícios de descumprimento das condições previstas nesta cláusula, por contribuinte relacionado como fabricante de bens e mercadorias em escala industrial não relevante, deverá encaminhar as informações sobre o fato à administração tributária de localização do*

**ADI 5866 TP / DF**

*estabelecimento, bem como à unidade federada em que ele estiver credenciado, para verificação da regularidade e adoção das providências cabíveis.*

*§ 8º O documento fiscal que acobertar qualquer operação com bens e mercadorias fabricados em escala industrial não relevante deverá conter, no campo Informações Complementares, a declaração: "Bem/Mercadoria do Cód./Produto \_\_\_\_\_ fabricado em escala industrial não relevante pelo contribuinte\_\_\_\_\_, CNPJ\_\_\_\_\_".*

**SEÇÃO II - DAS REGRAS PARA REALIZAÇÃO DE PESQUISAS DE PREÇO E FIXAÇÃO DA MARGEM DE VALOR AGREGADO E PMPF**

*Cláusula vigésima quarta A MVA será fixada com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou por dados fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados.*

*§ 1º O levantamento previsto no caput desta cláusula será promovido pela administração tributária, que poderá admitir, a seu critério, pesquisa realizada por entidade de classe representativa do setor, observando-se:*

*I - identificação da mercadoria, especificando suas características particulares, tais como: tipo, espécie e unidade de medida;*

*II - preço de venda no estabelecimento fabricante ou importador, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, excluído o valor do ICMS relativo à substituição tributária;*

*III - preço de venda praticado pelo estabelecimento atacadista, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, excluído o valor do ICMS relativo à substituição tributária;*

*IV - preço de venda praticado pelo estabelecimento varejista, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros.*



**ADI 5866 TP / DF**

§ 2º A MVA será fixada pela unidade federada de destino para atender as peculiaridades na comercialização da mercadoria, estabelecendo-se a relação percentual entre os valores obtidos nos incisos IV e II ou entre os incisos IV e III, todos do caput desta cláusula.

Cláusula vigésima quinta O PMPF será fixado com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou por dados fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados.

Parágrafo único. O levantamento previsto no caput desta cláusula será promovido pela administração tributária, que poderá admitir, a seu critério, pesquisa realizada por entidade de classe representativa do setor, observando-se:

I - a identificação da mercadoria, especificando suas características particulares, tais como: tipo, espécie e unidade de medida;

II - o preço de venda da mercadoria submetida ao regime no estabelecimento varejista, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros;

III - outros elementos que poderão ser necessários em face da peculiaridade da mercadoria.

Cláusula vigésima sexta A pesquisa para obtenção da MVA ou do PMPF observará, ainda, o seguinte:

I - não serão considerados os preços de promoção, bem como aqueles submetidos a qualquer tipo de comercialização privilegiada;

II - sempre que possível, considerar-se-á o preço de mercadoria cuja venda no varejo tenha ocorrido em período inferior a 30 (trinta) dias após a sua saída do estabelecimento fabricante, importador ou atacadista;

III - as informações resultantes da pesquisa deverão conter os dados cadastrais dos estabelecimentos pesquisados, as respectivas datas das coletas de preços e demais elementos suficientes para demonstrar a veracidade dos valores obtidos.

§ 1º A pesquisa poderá utilizar os preços obtidos a partir dos

**ADI 5866 TP / DF**

*documentos fiscais eletrônicos e da EFD constantes da base de dados das unidades federadas, respeitado o sigilo fiscal na apresentação das informações.*

*§ 2º A unidade federada poderá, ainda, estabelecer outros critérios para a fixação da MVA ou do PMPF.*

*§ 3º Aplica-se o disposto nas cláusulas vigésima terceira, vigésima quarta e vigésima oitava à revisão da MVA ou do PMPF da mercadoria, que porventura vier a ser realizada, por iniciativa de qualquer unidade federada ou por provocação fundamentada de entidade representativa do setor interessado.*

*Cláusula vigésima sétima A unidade federada poderá autorizar que a pesquisa seja realizada por instituto, órgão ou entidade de reputação idônea, desvinculado da entidade representativa do setor.*

*Parágrafo único O resultado da pesquisa realizada nos termos do caput deverá ser homologado pela unidade federada interessada.*

*Cláusula vigésima oitava A unidade federada, após a realização da pesquisa relativa à apuração da MVA e do PMPF, cientificará as entidades representativas do setor envolvido na produção e comercialização da mercadoria do resultado encontrado, caso em que estabelecerá prazo para que as entidades representativas se manifestem com a devida fundamentação.*

*§ 1º Decorrido o prazo a que se refere o caput desta cláusula sem que tenha havido manifestação das entidades representativas do setor, considera-se validado o resultado da pesquisa e a unidade federada procederá à implantação das medidas necessárias à fixação da MVA ou do PMPF apurado.*

*§ 2º Havendo manifestação, a unidade federada analisará os fundamentos apresentados e dará conhecimento às entidades envolvidas sobre a decisão, com a devida fundamentação.*

*§ 3º A unidade federada adotará as medidas necessárias à implantação do regime de substituição tributária, com a aplicação da MVA ou do PMPF apurado, quando as informações apresentadas pelas entidades não forem aceitas, após a avaliação da manifestação recebida no prazo a que se refere o caput.*

**CAPÍTULO V - DISPOSIÇÕES FINAIS**

*Cláusula vigésima nona O contribuinte deverá observar a*

**ADI 5866 TP / DF**

*legislação interna da unidade federada em que estiver estabelecido relativamente ao tratamento tributário do estoque de bens e mercadorias incluídas ou excluídas do regime de substituição tributária referente às operações subsequentes, bem como nas demais situações previstas na legislação da respectiva unidade federada.*

*Cláusula trigésima A fiscalização do sujeito passivo por substituição tributária será exercida, conjunta ou isoladamente, pelas unidades federadas envolvidas nas operações, condicionando-se a administração tributária da unidade federada de destino ao credenciamento prévio junto à administração tributária de localização do estabelecimento a ser fiscalizado.*

*Parágrafo único. O credenciamento prévio de que trata esta cláusula não será exigido quando a fiscalização for exercida sem a presença física da autoridade fiscal no local do estabelecimento a ser fiscalizado.*

*Cláusula trigésima primeira Constitui crédito tributário da unidade federada de destino, o imposto retido, bem como a atualização monetária, multas, juros de mora e demais acréscimos legais com ele relacionados.*

*Cláusula trigésima segunda As unidades federadas comunicarão à Secretaria Executiva do CONFAZ, que providenciará a publicação no Diário Oficial da União:*

*I - qualquer redução ou restabelecimento da base de cálculo ou alteração na alíquota de bem ou mercadoria sujeitos ao regime de substituição tributária;*

*II - a instituição do regime de substituição tributária em data diferente da estabelecida no convênio ou protocolo;*

*III - a denúncia unilateral de acordo.*

*Cláusula trigésima terceira As unidades federadas disponibilizarão aos contribuintes, gratuitamente, aplicativo para operacionalização do regime de substituição tributária.*

*Cláusula trigésima quarta As unidades federadas revisarão os convênios e protocolos que tratam do regime de substituição tributária do ICMS relativo às operações subsequentes, vigentes na data de publicação deste convênio, de modo a reduzir o número de acordos por segmento, observado o cronograma previsto no § 2º.*

**ADI 5866 TP / DF**

§ 1º Os acordos de que tratam o caput poderão ser realizados em relação a determinados segmentos ou a determinados itens de um mesmo segmento.

§ 2º A implementação da redução dos acordos vigentes dar-se-á observado o seguinte cronograma correspondente aos segmentos de:

I - cigarros e outros produtos derivados do fumo; cimentos; sorvetes e preparados para fabricação de sorvetes em máquinas; rações para animais domésticos; bebidas alcoólicas, exceto cerveja e chope; cervejas, chopos, refrigerantes, águas e outras bebidas; pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha; veículos automotores; veículos de duas e três rodas motorizados; autopeças; até 30 de junho de 2017;

II - materiais de construção e congêneres; materiais elétricos; lâmpadas, reatores e "starter"; ferramentas; tintas e vernizes; produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos; materiais de limpeza; papéis, plásticos, produtos cerâmicos e vidros; produtos de papelaria; produtos alimentícios; até 31 de agosto de 2017;

III - medicamentos de uso humano e outros produtos farmacêuticos para uso humano ou veterinário; produtos de perfumaria e de higiene pessoal e cosméticos; até 30 de setembro de 2017.

Cláusula trigésima quinta Ficam revogados os seguintes convênios:

I - Convênio ICMS 81, de 10 de setembro de 1993;

II - Convênio ICMS 70, de 25 de julho de 1997;

III - Convênio ICMS 35, de 1º de abril de 2011;

IV - Convênio ICMS 92, de 20 de agosto de 2015;

V - Convênio ICMS 149, de 11 de dezembro de 2015.

Cláusula trigésima sexta Este convênio entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, produzindo efeitos:

I - a partir do primeiro dia do mês subsequente ao da publicação, relativamente à cláusula trigésima quarta;

II - a partir de 1º de julho de 2017, relativamente ao disposto no inciso I do caput da cláusula vigésima primeira;

III - a partir de 1º de outubro de 2017, relativamente aos demais dispositivos" (DOU 28.4.2017).

**ADI 5866 TP / DF**

9. A análise detida do ato normativo impugnado conduz à conclusão de ser ele de natureza geral, autônomo e com densidade normativa suficiente a ensejar a realização, por este Supremo Tribunal, do controle concentrado de constitucionalidade.

Em situações análogas, este Supremo Tribunal assentou a possibilidade do controle de constitucionalidade de convênios e protocolos firmados pelos Estados e pelo Distrito Federal no Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ:

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO - CNC. CABIMENTO DO CONTROLE ABSTRATO AÇÃO PARA O QUESTIONAMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DE CONVÊNIO FIRMADO PELOS ESTADOS MEMBROS. INCIDÊNCIA DO ICMS NA OPERAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. PARÁGRAFOS 10 E 11 DA CLÁUSULA VIGÉSIMA DO CONVÊNIO ICMS 110/2007, COM REDAÇÃO DADA PELO CONVÊNIO 101/2008 E, MEDIANTE ADITAMENTO, TAMBÉM COM A REDAÇÃO DADA PELO CONVÊNIO 136/2008. ESTORNO, NA FORMA DE RECOLHIMENTO, DO VALOR CORRESPONDENTE AO ICMS DIFERIDO. NATUREZA MERAMENTE CONTÁBIL DO CRÉDITO DO ICMS. O DIFERIMENTO DO LANÇAMENTO DO ICMS NÃO GERA DIREITO A CRÉDITO. ESTABELECIMENTO DE NOVA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA POR MEIO DE CONVÊNIO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTS. 145, § 1º; 150, INCISO I; E 155, § 2º, INCISO I E § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. I - A legitimidade da Confederação Nacional do Comércio - CNC para propor ação direta de constitucionalidade questionando dispositivos do interesse de setores do comércio já foi reconhecida por este Tribunal na ADI 1.332/RJ, de relatoria do Min. Sydney Sanches. II - Cabe a ação direta de inconstitucionalidade para questionar convênios, em matéria tributária, firmado pelos Estados membros, por constituírem atos normativos de caráter estrutural,*

**ADI 5866 TP / DF**

requeridos pelo próprio texto Constitucional (art. 155, § 5º).  
Precedente da Corte. III – O Convênio 110/2007, com a redação dos Convênios 101/2008 e 136/2008, atribuiu às refinarias de petróleo (que efetuam a venda de gasolina A às distribuidoras) a responsabilidade tributária pelo recolhimento do ICMS incidente sobre as operações comerciais interestaduais com o álcool etílico anidro combustível (AEAC) e biodiesel (B100), realizadas entre as usinas e destilarias, de um lado, e as distribuidoras de combustíveis, de outro (§ 5º da Cláusula Vigésima Primeira). IV – Os §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS 110/2007, preveem o estorno do crédito, condizente com a saída de mercadoria sem incidência do ICMS, na forma de recolhimento do valor correspondente ao ICMS diferido, e não mediante anulação escritural. É dizer, em vez de ser determinado o estorno de um crédito, determina-se a realização de um recolhimento. V - A distribuidora não se credita do ICMS diferido que onerou a operação de entrada, já que não há pagamento direto por ela. Isso porque a operação posterior de venda dos combustíveis gasolina tipo C e óleo diesel B5 aos postos em operação interestadual será imune e a distribuidora simplesmente informa à refinaria para o repasse. VI - As matérias passíveis de tratamento via convênio são aquelas especificadas no § 4º do art. 155 da Constituição Federal. Portanto, não poderia o Convênio, a título de estorno, determinar novo recolhimento, inovando na ordem jurídica, transmudando a medida escritural – anulação de um crédito - em obrigação de pagar. VII - Além disso, considerando que o ICMS diferido já fora suportado pelo substituto, na medida em que destacado na operação de aquisição do álcool e do biodiesel, tendo sido recolhido mediante repasse pela refinaria, a determinação de novo recolhimento de valor correspondente, dessa feita, a outro Estado, implica bitributação não autorizada pela Carta Magna. VIII - Inexistência de violação à destinação constitucional do ICMS sobre operações com combustíveis derivados de petróleo (art. 155, § 4º, I), na medida em que o montante recolhido a título de estorno diz respeito ao ICMS diferido, incidente sobre o álcool (AEAC) e o biodiesel (B100), e que não compromete o repasse do valor do ICMS presumido sobre a operação final com combustível derivado de petróleo ao Estado de destino. IX –

**ADI 5866 TP / DF**

*Necessidade, em homenagem à segurança jurídica, da modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade dos atos normativos atacados, para que produza efeitos a partir de seis meses contados da publicação do acórdão. X - Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga procedente” (ADI 4171/DF, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Plenário, DJe 21.8.2015 – grifos nossos).*

*“1. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Petição inicial. Ilegitimidade ativa para a causa. Correção. Aditamento anterior à requisição das informações. Admissibilidade. Precedentes. É lícito, em ação direta de inconstitucionalidade, aditamento à petição inicial anterior à requisição das informações. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Tributo. ICMS. Operações interestaduais com Gás Liquefeito de Petróleo - GLP, derivado de Gás Natural tributado na forma do Convênio ICMS 03/99. Ato normativo. Protocolo nº 33/2003. Cláusulas primeira e segunda. Prescrição de deveres instrumentais, ou obrigações acessórias. Subsistência do regime de substituição tributária. Inexistência de ofensa à Constituição. Ação julgada improcedente. São constitucionais as cláusulas primeira e segunda do Protocolo nº 33/2003, que prescrevem deveres instrumentais, ou obrigações acessórias, nas operações com Gás Liquefeito de Petróleo sujeitas à substituição tributária prevista no Convênio ICMS 3/99” (ADI 3.103/PI, Relator o Ministro Cezar Peluso, Plenário, DJ 25.8.2006).*

**10.** Nos autos agora examinados, revela-se pertinente o argumento central desenvolvido pela Autora de não obediência, na edição do Convênio ICMS n. 52/2017, da cláusula constitucional de reserva de lei, prevista nos arts. 146, inc. III, 150, § 7º, e 155, § 2º, inc. XII, notadamente no que concerne às cláusulas 8ª, 9ª, 10ª, 11ª, 12ª, 13ª, 14ª, 16ª, 24ª e 26ª do ato normativo impugnado.

As determinações dos arts. 146, inc. III, e 155, § 2º, inc. XII, da

**ADI 5866 TP / DF**

Constituição da República direcionam-se à lei complementar nacional, na qual devem ser estabelecidas diretrizes básicas para regulamentação geral do imposto discutido na espécie vertente, que, repita-se, a despeito de sua instituição reservada à competência estadual é de configuração nacional.

Essa norma complementar, essencial para a integração e conciliação entre as disposições constitucionais e as legislações locais, direcionada a impedir possíveis distorções provenientes de condições regionais distintas, foi analisada no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.945/MT, Redator para o Acórdão o Ministro Gilmar Mendes, assim ementado:

*“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Tributário. ICMS. 2. Lei Estadual 7.098, de 30 de dezembro de 1998, do Estado de Mato Grosso. Inconstitucionalidade formal. Matéria reservada à disciplina de lei complementar. Inexistência. Lei complementar federal (não estadual) é a exigida pela Constituição (arts. 146, III, e 155, § 2º, XII) como elo indispensável entre os princípios nela contidos e as normas de direito local. 3. Competência do Supremo Tribunal para realizar controle abstrato de constitucionalidade. Lei que dá efetividade a comando da Constituição Federal pela disciplina de normas específicas para o Estado-membro. 4. Restituição de valores cobrados em substituição tributária e fixação de critérios para o cálculo do imposto (arts. 13, § 4º, e 22, par. Único, da Lei impugnada). Delegação a decreto de matérias albergadas sob o manto da reserva legal. Existência de fumus boni iuris. 5. Discriminação do pagamento antecipado a determinado setor produtivo (art. 3º, § 3º, da Lei impugnada). Razoabilidade do critério objetivo em que repousa a distinção. Inexistência de violação ao princípio da isonomia. 6. Previsão de incidência do ICMS sobre ‘prestações onerosas de serviços de comunicações, por qualquer meio’ (art. 2º, § 2º, da Lei impugnada). Dispositivo cuja redação pouco destoa da determinação constitucional (art. 155, II). Ausência de relevância jurídica na fundamentação para o deferimento da liminar. 7. Previsão de incidência de ICMS sobre serviço de comunicação ‘iniciado fora do território mato-grossense’*



**ADI 5866 TP / DF**

*(arts. 16, § 2º, e 2º, § 3º, da Lei impugnada). Inexistência, em juízo preliminar, de interpretação extensiva a violar o regime constitucional de competências. 8. ICMS. Incidência sobre softwares adquiridos por meio de transferência eletrônica de dados (art. 2º, § 1º, item 6, e art. 6º, § 6º, ambos da Lei impugnada). Possibilidade. Inexistência de bem corpóreo ou mercadoria em sentido estrito. Irrelevância. O Tribunal não pode se furtar a abarcar situações novas, consequências concretas do mundo real, com base em premissas jurídicas que não são mais totalmente corretas. O apego a tais diretrizes jurídicas acaba por enfraquecer o texto constitucional, pois não permite que a abertura dos dispositivos da Constituição possa se adaptar aos novos tempos, antes imprevisíveis. 9. Medida liminar parcialmente deferida, para suspender a expressão ‘observados os demais critérios determinados pelo regulamento’, presente no parágrafo 4º do art. 13, assim como o inteiro teor do parágrafo único do art. 22, ambos da Lei 7.098/98, do Estado de Mato Grosso” (DJe 14.3.2011).*

De se enfatizar, no ponto, a pertinência acolhida por este Supremo Tribunal do caráter nacional do imposto objeto do ato normativo controvertido na espécie, pelo que *“os imperativos constitucionais relativos ao ICMS se impõem como instrumentos de preservação da higidez do pacto federativo, et pour cause, 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 n. 4.628, Relator o Ministro Luiz Fux, Plenário, DJe 24.11.2014).

**11.** Em razão disso, cumpre anotar, especialmente no que concerne às cláusulas 8ª, 9ª e 16ª do convênio controvertido, que o Plenário deste Supremo Tribunal reconheceu naquele julgado, ao versar sobre a substituição tributária, que essa técnica, *“em geral, e, especificamente para frente, somente pode ser veiculada por meio de Lei Complementar, a teor do art. 155, § 2º, XII, alínea b, da CRFB/88”*:

*“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E DE*

**ADI 5866 TP / DF**

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL (ICMS). PRELIMINAR. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. PRESENÇA DE RELAÇÃO LÓGICA ENTRE OS FINS INSTITUCIONAIS DAS REQUERENTES E A QUESTÃO DE FUNDO VERSADA NOS AUTOS. PROTOCOLO ICMS Nº 21/2011. ATO NORMATIVO DOTADO DE GENERALIDADE, ABSTRAÇÃO E AUTONOMIA. MÉRITO. COBRANÇA NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS PELO ESTADO DE DESTINO NAS HIPÓTESES EM QUE OS CONSUMIDORES FINAIS NÃO SE AFIGUREM COMO CONTRIBUINTE DO TRIBUTO. INCONSTITUCIONALIDADE. HIPÓTESE DE BITRIBUTAÇÃO (CRFB/88, ART. 155, § 2º, VII, B). OFENSA AO PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO (CRFB/88, ART. 150, IV). ULTRAJE À LIBERDADE DE TRÁFEGO DE BENS E PESSOAS (CRFB/88, ART. 150, V). VEDAÇÃO À COGNOMINADA GUERRA FISCAL (CRFB/88, ART. 155, § 2º, VI). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS A PARTIR DO DEFERIMENTO DA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR, RESSALVADAS AS AÇÕES JÁ AJUIZADAS. 1. A Confederação Nacional do Comércio - CNC e a Confederação Nacional da Indústria - CNI, à luz dos seus fins institucionais, são partes legítimas para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade que impugna o Protocolo ICMS nº 21, ex vi do art. 103, IX, da Lei Fundamental de 1988, posto representarem, em âmbito nacional, os direitos e interesses de seus associados. 2. A modificação da sistemática jurídico-constitucional relativa ao ICMS, inaugurando novo regime incidente sobre a esfera jurídica dos integrantes das classes representadas nacionalmente pelas entidades arguentes, faz exsurgir a relação lógica entre os fins institucionais a que se destinam a CNC/CNI e a questão de fundo versada no Protocolo adversado e a fortiori a denominada pertinência temática (Precedentes: ADI 4.364/SC, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ.: 16.05.2011; ADI 4.033/DF, Plenário, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ.: 07.02.2011; ADI 1.918/ES-MC, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ.: 19.02.1999; ADI 1.003-DF, Plenário, Rel. Min.

**ADI 5866 TP / DF**

*Celso de Mello, DJ.: 10.09.1999; ADI-MC 1.332/RJ, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ.: 06.12.1995). 3. O Protocolo ICMS nº 21/2011 revela-se apto para figurar como objeto do controle concentrado de constitucionalidade, porquanto dotado de generalidade, abstração e autonomia (Precedentes da Corte: ADI 3.691, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ.: 09.05.2008; ADI 2.321, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJ.: 10.06.2005; ADI 1.372, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJ.: 03.04.2009). 4. Os Protocolos são adotados para regulamentar a prestação de assistência mútua no campo da fiscalização de tributos e permuta de informações, na forma do artigo 199 do Código Tributário Nacional, e explicitado pelo artigo 38 do Regimento Interno do CONFAZ (Convênio nº 138/1997). Aos Convênios atribuiu-se competência para delimitar hipóteses de concessões de isenções, benefícios e incentivos fiscais, nos moldes do artigo 155, § 2º, XII, g, da CRFB/1988 e da Lei Complementar nº 21/1975, hipóteses inaplicáveis in casu. 5. O ICMS incidente na aquisição decorrente de operação interestadual e por meio não presencial (internet, telemarketing, showroom) por consumidor final não contribuinte do tributo não pode ter regime jurídico fixado por Estados-membros não favorecidos, sob pena de contrariar o arquétipo constitucional delineado pelos arts. 155, § 2º, inciso VII, b, e 150, IV e V, da CRFB/88. 6. A alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte do ICMS, é devida à unidade federada de origem, e não à destinatária, máxime porque regime tributário diverso enseja odiosa hipótese de bitributação, em que 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. 7. O princípio do não confisco, que encerra direito fundamental do contribuinte, resta violado em seu núcleo essencial em face da sistemática adotada no cognominado Protocolo ICMS nº 21/2011, que legitima 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 diferença entre a alíquota interestadual e a alíquota*

**ADI 5866 TP / DF**

*interna, a título também de ICMS, na unidade destinatária, quando o destinatário final não for contribuinte do respectivo tributo. 8. O tráfego de pessoas e bens, consagrado como princípio constitucional tributário (CRFB/88, art. 150, V), subjaz infringido pelo ônus tributário inaugurado pelo Protocolo ICMS nº 21/2011 nas denominadas operações não presenciais e interestaduais. 9. A substituição tributária, em geral, e, especificamente para frente, somente pode ser veiculada por meio de Lei Complementar, a teor do art. 155, § 2º, XII, alínea b, da CRFB/88. In casu, o protocolo hostilizado, ao determinar que o estabelecimento remetente é o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS em favor da unidade federada destinatária vulnera a exigência de lei em sentido formal (CRFB/88, art. 150, § 7º) para instituir uma nova modalidade de substituição. 10. Os Estados membros, diante de um cenário que lhes seja desfavorável, não detém competência constitucional para instituir novas regras de cobrança de ICMS, em confronto com a repartição constitucional estabelecida. 11. A engenharia tributária do ICMS foi chancelada por esta Suprema Corte na ADI 4565/PI-MC, da qual foi relator o Ministro Joaquim Barbosa, assim sintetizada: 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 diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, propiciando, portanto, tributação concomitante, ou partilha simultânea do tributo; Vale 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) Operação envolvendo combustíveis e lubrificantes, há inversão: a competência para cobrança é do estado de destino da mercadoria, e não do estado de origem. 12. A Constituição, diversamente do que fora estabelecido no Protocolo ICMS nº 21/2011, dispõe categoricamente que a aplicação da alíquota interestadual só tem lugar quando o consumidor final localizado em outro Estado for*

**ADI 5866 TP / DF**

*contribuinte do imposto, a teor do art. 155, § 2º, inciso VII, alínea g, da CRFB/88. É dizer: 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. 13. Os imperativos constitucionais relativos ao ICMS se impõem como instrumentos de preservação da higidez do pacto federativo, et pour cause, 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. 14. O Pacto Federativo e a Separação de Poderes, erigidos como limites materiais pelo constituinte originário, restam ultrajados pelo Protocolo nº 21/2011, tanto sob o ângulo formal quanto material, ao criar um cenário de guerra fiscal difícil de ser equacionado, impondo ao Plenário desta Suprema Corte o dever de expungir-lo do ordenamento jurídico pátrio. 15. Ação direta de inconstitucionalidade julgada PROCEDENTE. Modulação dos efeitos a partir do deferimento da concessão da medida liminar, ressalvadas as ações já ajuizadas” (ADI 4.628/DF, Relator o Ministro Luiz Fux, Plenário, DJe 24.11.2014).*

**12.** Ademais, quanto ao alegado desrespeito ao princípio da não-cumulatividade vinculado às cláusulas 14ª e 16ª do convênio, e diante de possível confronto do ato questionado com legislação infraconstitucional, relevante enfatizar que não se desconhece o precedente firmado pelo Plenário deste Supremo Tribunal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.325/MT, Relator o Ministro Marco Aurélio:

*“PROCESSO OBJETIVO - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - LIMINAR. Surgindo a relevância e o risco de se manter com plena eficácia o preceito atacado, impõe-se o deferimento da medida acauteladora, suspendendo-o” (DJ 6.10.2006).*

Entretanto, nesse mesmo julgado, ao reconhecer a possibilidade de legítima explicitação do conteúdo do art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República por lei complementar, especialmente a Lei Complementar n.

**ADI 5866 TP / DF**

87/1996, com as alterações das Leis Complementares ns. 102/2000, 114/2002, 115/2002 e 138/2010 este Supremo Tribunal assentou advir da Constituição da República a estrita necessidade de observância da equação crédito/débito concernente ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS.

A essência da norma constitucional deve ser preservada, mesmo com a interpretação legal determinada pelos arts. 146 e 155, § 2º, inc. XII, da Constituição da República, especialmente por se tratar de sistemática atinente a imposto que, apesar de outorgado à competência estadual, é de configuração jurídica nacional. Confira-se excerto do voto condutor daquele julgado, proferido, no ponto específico, pelo Ministro Ilmar Galvão:

*“(...) à lei complementar não foi reservada, pela Constituição, apenas a explicitação da técnica da não-cumulatividade do ICMS, como defendem alguns estudiosos do tema (cf. Hamilton Dias de Souza, “Repertório IOB de jurisprudência” nº 11/98, p. 270), mas, também, principalmente, a fixação e a uniformização de seu próprio conteúdo.*

*(...)*

*Optou o legislador complementar, portanto, por novo critério – por igual não incompatível com a norma do inciso I do § 2º do art. 155 da CF – admitindo o crédito pronto e pleno do imposto incidente sobre a operação de aquisição dos bens destinados ao uso ou consumo ou ao ativo permanente do estabelecimento.*

*(...)*

*Como foi dito acima, o dispositivo do inciso I do § 2º do art. 155 da CF foi redigido de molde a ensejar várias interpretações, segundo o sentido que se queira emprestar à expressão ‘cobrado nas anteriores’, cada uma delas correspondendo a critério distinto de aplicação do princípio da não-cumulatividade do ICMS.*

*(...)*

*Na conformidade das razões acima expostas, a nova lei complementar veio alterar, por esse modo, legitimamente, o regime de*

**ADI 5866 TP / DF**

*compensação do tributo, que não restou fixado, de maneira inequívoca, no inciso I do § 2º do art. 155 da CF, demandando regulamentação por lei complementar, na forma prevista no art. 146 da Carta, para observância uniforme pelos Estados, posto tratar-se de tributo que, conquanto de competência estadual, tem nítido caráter nacional”.*

**13.** Quanto à alegada configuração de bitributação, especialmente sob o pálio das cláusulas 13ª, 24ª e 26ª do Convênio ICMS n. 52/2017, relevante registrar que este Supremo Tribunal considera constitucional a inclusão do valor da operação ou da prestação de serviço somado ao próprio tributo, para aferição da base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS:

*“Constitucional. Tributário. Base de cálculo do ICMS: inclusão no valor da operação ou da prestação de serviço somado ao próprio tributo. Constitucionalidade. Recurso desprovido” (RE n. 212.209, Relator o Ministro Nelson Jobim, Plenário, DJ 14.2.2003).*

*“É pacífica a jurisprudência desta Corte quanto à constitucionalidade da inclusão do valor da operação ou da prestação de serviço somado ao próprio tributo, para aferição da base de cálculo do ICMS, sem violação aos princípios da não-cumulatividade, da capacidade contributiva, da razoabilidade e da legalidade. 2. Agravo regimental improvido” (AI n. 397.743-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 18.2.2005).*

*“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. ICMS. BASE DE CÁLCULO ‘PARA DENTRO’. CONSTITUCIONALIDADE. A Suprema Corte já firmou o entendimento de que é constitucional a base de cálculo do ICMS corresponder ao valor da operação somado ao próprio tributo. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI n. 413.753-AgR, Relator o Ministro Eros Grau, Primeira Turma, DJ 15.10.2004).*

**ADI 5866 TP / DF**

Em 18.5.2011, este Supremo Tribunal reconheceu a repercussão geral daquela matéria e assentou, ainda uma vez, a legitimidade da cobrança do Imposto sobre Mercadorias e Serviços – ICMS incluindo o montante desse tributo em sua própria base de cálculo:

*“1. Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária. 3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea “i” no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar “fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço”. Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado ‘por dentro’ em ambos os casos. 4. Multa moratória. Patamar de 20%. Razoabilidade. Inexistência de efeito confiscatório. Precedentes. A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus*



**ADI 5866 TP / DF**

*tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento). 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento” (RE n. 582.461, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 18.8.2011).*

Em sede de cognição precária, há que se realçar, entretanto, que o entendimento acolhido acima não autorizaria a forma de cálculo preconizada pelo convênio questionado, em especial na forma preconizada pela Autora, quanto à incidência do “ICMS-ST [ICMS incidente em substituição tributária] ‘por dentro’ sobre a base de cálculo definida a partir da MVA [Margem de Valor Agregado]”.

Este modo de cobrança conduziria, em tese, a uma dupla incidência do ICMS na espécie, tanto no valor inicialmente adicionado à mercadoria utilizada como base para cálculo da Margem de Valor Agregado – MVA quanto na própria aferição do ICMS incidente sobre a substituição tributária objeto do convênio aqui cuidado, o que ensejaria prática de bitributação, vedada pela Constituição da República:

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO - CNC. CABIMENTO DO CONTROLE ABSTRATO AÇÃO PARA O QUESTIONAMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DE CONVÊNIO FIRMADO PELOS ESTADOS MEMBROS. INCIDÊNCIA DO ICMS NA OPERAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. PARÁGRAFOS 10 E 11 DA CLÁUSULA VIGÉSIMA DO CONVÊNIO ICMS 110/2007, COM REDAÇÃO DADA PELO CONVÊNIO 101/2008 E, MEDIANTE ADITAMENTO, TAMBÉM COM A REDAÇÃO DADA PELO CONVÊNIO 136/2008. ESTORNO, NA FORMA DE*

**ADI 5866 TP / DF**

*RECOLHIMENTO, DO VALOR CORRESPONDENTE AO ICMS DIFERIDO. NATUREZA MERAMENTE CONTÁBIL DO CRÉDITO DO ICMS. O DIFERIMENTO DO LANÇAMENTO DO ICMS NÃO GERA DIREITO A CRÉDITO. ESTABELECIMENTO DE NOVA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA POR MEIO DE CONVÊNIO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTS. 145, § 1º; 150, INCISO I; E 155, § 2º, INCISO I E § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. (...) VII - Além disso, considerando que o ICMS diferido já fora suportado pelo substituto, na medida em que destacado na operação de aquisição do álcool e do biodiesel, tendo sido recolhido mediante repasse pela refinaria, a determinação de novo recolhimento de valor correspondente, dessa feita, a outro Estado, implica bitributação não autorizada pela Carta Magna. VIII - Inexistência de violação à destinação constitucional do ICMS sobre operações com combustíveis derivados de petróleo (art. 155, § 4º, I), na medida em que o montante recolhido a título de estorno diz respeito ao ICMS diferido, incidente sobre o álcool (AEAC) e o biodiesel (B100), e que não compromete o repasse do valor do ICMS presumido sobre a operação final com combustível derivado de petróleo ao Estado de destino. IX – Necessidade, em homenagem à segurança jurídica, da modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade dos atos normativos atacados, para que produza efeitos a partir de seis meses contados da publicação do acórdão. X - Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga procedente” (ADI 4.171, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Plenário, DJe 21.8.2015 – grifos nossos).*

**14.** Importante lembrar, quanto à alegação de inconstitucionalidade das cláusulas 10<sup>a</sup>, 11<sup>a</sup>, 12<sup>a</sup> e 14<sup>a</sup> do Convênio ICMS n. 52/2017, o entendimento assentado por este Supremo Tribunal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 838.284/SC, com repercussão geral reconhecida, no qual se consignou ser válido o ato infralegal que, ao complementar norma legal primária, indica parâmetros de valoração concernentes a aspecto quantitativo pertinente a regra matriz de incidência tributária:

**ADI 5866 TP / DF**

*“Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tributário. Princípio da legalidade. Taxa cobrada em razão do exercício do poder de polícia. Anotação de Responsabilidade Técnica (ART). Lei nº 6.994/82. Aspecto quantitativo. Delegação a ato normativo infralegal da atribuição de fixar o valor do tributo em proporção razoável com os custos da atuação estatal. Teto prescrito em lei. Diálogo com o regulamento em termos de subordinação, de desenvolvimento e de complementariedade. Constitucionalidade. 1. Na jurisprudência atual da Corte, o princípio da reserva de lei não é absoluto. Caminha-se para uma legalidade suficiente, sendo que sua maior ou menor abertura depende da natureza e da estrutura do tributo a que se aplica. No tocante às taxas cobradas em razão do exercício do poder de polícia, por força da ausência de exauriente e minuciosa definição legal dos serviços compreendidos, admite-se o especial diálogo da lei com os regulamentos na fixação do aspecto quantitativo da regra matriz de incidência. A lei autorizadora, em todo caso, deve ser legitimamente justificada e o diálogo com o regulamento deve-se dar em termos de subordinação, desenvolvimento e complementariedade.. 2. No RE nº 343.446/SC, alguns critérios foram firmados para aferir a constitucionalidade da norma regulamentar. “a) a delegação pode ser retirada daquele que a recebeu, a qualquer momento, por decisão do Congresso; b) o Congresso fixa standards ou padrões que limitam a ação do delegado; c) razoabilidade da delegação”. 3. A razão autorizadora da delegação dessa atribuição anexa à competência tributária está justamente na maior capacidade de a Administração Pública, por estar estreitamente ligada à atividade estatal direcionada a contribuinte, conhecer da realidade e dela extrair elementos para complementar o aspecto quantitativo da taxa, visando encontrar, com maior grau de proximidade (quando comparado com o legislador), a razoável equivalência do valor da exação com os custos que ela pretende ressarcir. 4. A taxa devida pela anotação de responsabilidade técnica, na forma do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 6.994/82, insere-se nesse contexto. Os elementos essenciais da exação podem ser encontrados nas leis de regência (Lei nº 6.496/77 e Lei nº 6.994/82). Foi no tocante ao aspecto quantitativo que se prescreveu o teto sob o qual o regulamento do CONFEA poderá transitar para se fixar o valor*

**ADI 5866 TP / DF**

*da taxa, visando otimizar a justiça comutativa. 5. As diversas resoluções editadas pelo CONFEA, sob a vigência da Lei nº 6.994/82, parecem estar condizentes com a otimização da justiça comutativa. Em geral, esses atos normativos, utilizando-se da tributação fixa, assentam um valor fixo de taxa relativa à ART para cada classe do valor de contrato – valor empregado como um critério de incidência da exação, como elemento sintomático do maior ou do menor exercício do poder de polícia, e não como base de cálculo. 6. Não cabe ao CONFEA realizar a atualização monetária do teto de 5 MVR em questão em patamares superiores aos permitidos em lei, ainda que se constate que os custos a serem financiados pela taxa relativa à ART ultrapassam tal limite, sob pena de ofensa ao art. 150, I, da CF/88. 7. Em suma, o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 6.994/82 estabeleceu diálogo com o regulamento em termos de subordinação (ao prescrever o teto legal da taxa referente à ART), de desenvolvimento (da justiça comutativa) e de complementariedade (ao deixar um valoroso espaço para o regulamento complementar o aspecto quantitativo da regra matriz da taxa cobrada em razão do exercício do poder de polícia). O Poder Legislativo não está abdicando de sua competência de legislar sobre a matéria tributária. A qualquer momento, pode o Parlamento deliberar de maneira diversa, firmando novos critérios políticos ou outros paradigmas a serem observados pelo regulamento. 8. Negado provimento ao recurso extraordinário” (RE 838.284/SC, Relator o Ministro Dias Toffoli, Plenário, DJe 22.9.2017).*

Como acentuou o Ministro Relator daquele processo,

*“a razão autorizadora da delegação dessa atribuição anexa à competência tributária está justamente na maior capacidade de a Administração Pública, por estar estreitamente ligada à atividade estatal direcionada a contribuinte, conhecer da realidade e dela extrair elementos para complementar o aspecto quantitativo da taxa, visando encontrar, com maior grau de proximidade (quando comparado com o legislador), a razoável equivalência do valor da exação com os custos que ela pretende ressarcir.*

*(...)*

*Em alguns casos, a possibilidade de um ato infralegal tocar nos*

**ADI 5866 TP / DF**

elementos da regra matriz de incidência de um tributo se explicará por razões técnicas, fáticas, ou mesmo pela otimização de princípios ou valores previstos na Constituição. Segundo entendo, na espécie, não há delegação de poder de tributar no sentido técnico da expressão. A lei não está repassando ao ato normativo infralegal a competência de regulamentar, em toda profundidade e extensão, todos os elementos da regra matriz de incidência da taxa devida em razão da ART. Como se nota, os elementos essenciais da exação podem ser encontrados nas leis de regência (Lei nº 6.496/77 e Lei nº 6.994/82). Assim, no antecedente da regra matriz de incidência, encontra-se o exercício do poder de polícia relacionado à anotação de responsabilidade técnica a que está sujeito “todo contrato, escrito ou verbal, para a execução de obras ou prestação de quaisquer serviços profissionais referentes à Engenharia, à Arquitetura e à Agronomia”; o sujeito passivo é o profissional ou a empresa, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei nº 6.496/77; o sujeito ativo é o respectivo conselho regional. No tocante ao aspecto quantitativo, prescreveu a Lei nº 6.994/82, em seu art. 2º, parágrafo único, o teto sob o qual o regulamento poderá transitar. Considero que esse diálogo realizado com o regulamento é mecanismo que, no caso, visa otimizar a justiça comutativa” (grifos nossos).

Não se tem, todavia, aparentemente semelhança com a situação versada na espécie. Nesta, busca-se com o Convênio ICMS n. 52/2017 estabelecer os requisitos próprios para formulação da base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, independente do estabelecido em legislação estadual própria.

A determinação na cláusula 11ª do convênio de que a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, corresponderia ao que “definido pela legislação da unidade federada de destino” levaria a uma alteração de precedência normativa, fazendo com que a norma legal estadual tivesse de se conformar ao convênio questionado na presente ação.

Do que se tem na espécie, revela-se pertinente enfatizar ser o

**ADI 5866 TP / DF**

convênio ato infralegal, celebrado de forma a complementar a atuação legislativa estadual, a qual, por sua vez, deve subsumir-se às regras gerais estabelecidas em lei complementar nacional editada para esse específico fim.

15. Considerado o conteúdo veiculado na espécie normativa em questão, de se relevar ter este Supremo Tribunal assentado que os convênios celebrados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ devem restringir-se ao que previsto em sede constitucional:

*“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL (ICMS). PRELIMINAR. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. PRESENÇA DE RELAÇÃO LÓGICA ENTRE OS FINS INSTITUCIONAIS DAS REQUERENTES E A QUESTÃO DE FUNDO VERSADA NOS AUTOS. PROTOCOLO ICMS Nº 21/2011. ATO NORMATIVO DOTADO DE GENERALIDADE, ABSTRAÇÃO E AUTONOMIA. MÉRITO. COBRANÇA NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS PELO ESTADO DE DESTINO NAS HIPÓTESES EM QUE OS CONSUMIDORES FINAIS NÃO SE AFIGUREM COMO CONTRIBUINTES DO TRIBUTO. INCONSTITUCIONALIDADE. HIPÓTESE DE BITRIBUTAÇÃO (CRFB/88, ART. 155, § 2º, VII, B). OFENSA AO PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO (CRFB/88, ART. 150, IV). ULTRAJE À LIBERDADE DE TRÁFEGO DE BENS E PESSOAS (CRFB/88, ART. 150, V). VEDAÇÃO À COGNOMINADA GUERRA FISCAL (CRFB/88, ART. 155, § 2º, VI). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS A PARTIR DO DEFERIMENTO DA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR, RESSALVADAS AS AÇÕES JÁ AJUIZADAS. (...) 4. Os Protocolos são adotados para regulamentar a prestação de assistência mútua no campo da fiscalização de tributos e permuta de informações, na forma do artigo 199 do Código Tributário Nacional, e explicitado pelo artigo 38 do*

**ADI 5866 TP / DF**

*Regimento Interno do CONFAZ (Convênio nº 138/1997). Aos Convênios atribuiu-se competência para delimitar hipóteses de concessões de isenções, benefícios e incentivos fiscais, nos moldes do artigo 155, § 2º, XII, g, da CRFB/1988 e da Lei Complementar nº 21/1975, hipóteses inaplicáveis in casu. (...) 15. Ação direta de inconstitucionalidade julgada PROCEDENTE. Modulação dos efeitos a partir do deferimento da concessão da medida liminar, ressalvadas as ações já ajuizadas” (ADI 4.628, Relator o Ministro Luiz Fux, Plenário, DJe 24.11.2014 – grifos nossos).*

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 268, DE 2 DE ABRIL DE 1990, DO ESTADO DE RONDÔNIA, QUE ACRESCENTOU INCISO AO ARTIGO 4º DA LEI 223/89. INICIATIVA PARLAMENTAR. NÃO-INCIDÊNCIA DO ICMS INSTITUÍDA COMO ISENÇÃO. VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA: INEXISTÊNCIA. EXIGÊNCIA DE CONVÊNIO ENTRE OS ESTADOS E O DISTRITO FEDERAL. (...) 5. O artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal, só admite a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais por deliberação dos Estados e do Distrito Federal, mediante convênio. Precedentes. Ação julgada procedente, para declarar inconstitucional o inciso VI do artigo 4º da Lei 223, de 02 de abril de 1990, introduzido pela Lei 268, de 02 de abril de 1990, ambas do Estado de Rondônia” (ADI 286, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Plenário, DJ 30.8.2002 – grifos nossos).*

**16.** Os argumentos expendidos na petição inicial, associados ao fundamento relevante de considerável impacto financeiro que poderia advir da alteração no sistema normativo cogente vinculado às substituições e antecipações tributárias pertinentes ao ICMS incidente em operações interestaduais, recomendam a suspensão dos efeitos das cláusulas 8ª, 9ª, 10ª, 11ª, 12ª, 13ª, 14ª, 16ª, 24ª e 26ª do ato normativo questionado na espécie, como medida de preservação da jurisdição buscada na presente ação de controle abstrato de constitucionalidade, considerando-se, ainda, a manifesta dificuldade de reversão dos efeitos decorrentes das medidas impugnadas, se tanto vier a ser o resultado.

**ADI 5866 TP / DF**

Diversamente, novo exame desta medida cautelar pelo Ministro Relator, quando do final do recesso forense, ou pelo Plenário deste Supremo Tribunal, não traria dificuldade à continuidade da produção dos efeitos da norma impugnada, se vier a ser esta a conclusão judicial, apenas estendendo-se por algum tempo a adoção das providências cabíveis e possíveis de serem produzidas a qualquer momento.

17. Pelo exposto, pela qualificada urgência e neste juízo provisório, próprio das medidas cautelares, **defiro parcialmente a medida cautelar** (art. 10 da Lei n. 9.868/1999), **para suspender os efeitos das cláusulas 8<sup>a</sup>, 9<sup>a</sup>, 10<sup>a</sup>, 11<sup>a</sup>, 12<sup>a</sup>, 13<sup>a</sup>, 14<sup>a</sup>, 16<sup>a</sup>, 24<sup>a</sup> e 26<sup>a</sup> do Convênio ICMS n. 52/2017, celebrado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, até novo exame a ser levado a efeito na forma definida pelo insigne Relator, o Ministro Alexandre de Moraes.**

**De se realçar que esta decisão precária, própria das liminares e exarada em razão da comprovada urgência qualificada, não altera todos os efeitos próprios do Convênio ICMS n. 52/2017, inclusive no que se refere à sua vigência, se vier a ser reformada.**

**Intime-se com urgência.**

**Notifique-se o Ministro da Fazenda para, querendo, prestar informações sobre o alegado na presente ação, no prazo legal (art. 10 da Lei n. 9.868/1999 combinado com o art. 5o., inc. LXXVIII da Constituição da República).**

Na sequência, **retornem os autos a esta Presidência.**

Brasília, 27 de dezembro de 2017.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**  
Presidente



**ADI 5866 TP / DF**

**(art. 13, inc. VIII, do RISTF)**