



Confederação Nacional da Indústria

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Distribuição, por **dependência**, ao  
Excelentíssimo Senhor Ministro Alexandre de Moraes,  
relator da ADI 5858, ajuizada pela Associação Brasileira de Supermercados (ABRAS)

A **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI)**, entidade sindical de grau superior representativa da indústria brasileira, inscrita no CNPJ sob o nº. 33.665.126/0001-34, com sede em Brasília/DF, no SBN, Quadra 1, Bloco C, Edifício Roberto Simonsen, por seus procuradores no fim assinados, vem, respeitosamente, com fundamento nos artigos 102, I, "a" e "p", e 103, IX, todos da Constituição, e no artigo 2º, IX, da Lei n. 9.868/99, propor

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**  
**(com pedido de medida cautelar *ad referendum* do Plenário)**

em face do Convênio ICMS nº 52/2017, por ofensa ao disposto nos artigos 146, III, "a" e "d"; 150, §7º; e 155, §2º, I e XII, letras "a", "b", "c", "g" e "i", todos da Constituição Federal de 1988, em razão dos fundamentos que passa a expor.

**1. OBJETO DA PRESENTE AÇÃO**

Em 28 de abril de 2017, foi publicado no Diário Oficial da União o Convênio ICMS nº 52, aprovado em reunião do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), que dispõe sobre as normas gerais a serem aplicadas aos



Confederação Nacional da Indústria

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:

## CONVÊNIO ICMS 52, DE 7 DE ABRIL DE 2017

Publicado no DOU de 28.04.17, pelo Despacho [57/17](#).

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

### C O N V Ê N I O

#### 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 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.

Ao 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 inafatável 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.



Confederação Nacional da Indústria

Na eventualidade de não ser esse o entendimento desse Egrégio Tribunal Constitucional, o que apenas se argumenta em observância e respeito ao princípio da eventualidade, que se declare a inconstitucionalidade, ao menos, das cláusulas terceira, oitava, nona, décima, décima-primeira, décima-segunda, décima-terceira, décima-quarta, décima-sexta, vigésima-quarta, vigésima-sexta e vigésima-sétima, do aludido Convênio ICMS nº 52/2017, as quais estão por violar aqueles dispositivos constitucionais acima apontados, além do inciso I, do §2º do art. 155 da Constituição:

**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.

(...)

## 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 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;



Confederação Nacional da Indústria

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 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, Piauí, Rio de Janeiro e Rio Grande do Norte, 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.

§ 9º O disposto no inciso IV do *caput* somente se aplica a partir do primeiro dia do primeiro mês subsequente ao da disponibilização, pelas unidades federadas, em seus respectivos sítios na internet, do rol dos contribuintes e respectivos segmentos de bens, mercadorias ou itens, detentores de regimes especiais de tributação que lhes atribuam a responsabilidade, na condição de substituto tributário, pela retenção e recolhimento do ICMS devido pelas operações subsequentes.

§ 10. O rol dos contribuintes e respectivos segmentos de bens, mercadorias ou itens, de que trata o §9º desta cláusula, deve ser encaminhado à Secretaria Executiva do CONFAZ, para disponibilização em seu sítio na internet.

(...)



Confederação Nacional da Indústria

### 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 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 =  $\{[(1 + \text{MVA-ST original}) \times (1 - \text{ALQ inter}) / (1 - \text{ALQ intra})] - 1\} \times 100$ ”, 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 REVOGADO

§ 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.



Confederação Nacional da Indústria

§ 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.

§ 9º Na impossibilidade de inclusão do valor do frete, seguro ou outro encargo na composição da base de cálculo, o recolhimento do imposto correspondente a essas parcelas será efetuado pelo estabelecimento destinatário, acrescido dos percentuais de MVA, observado o inciso III desta cláusula.

§ 10. Não se aplica o disposto no § 9º desta cláusula, quando a unidade federada de destino estabelecer MVA específica, na hipótese dos valores de frete, seguro e outros encargos serem desconhecidos pelo substituto tributário.

**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 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 subseqüentes, 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.



Confederação Nacional da Indústria

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

(...)

## 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.

(...)

## 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;



Confederação Nacional da Indústria

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.

§ 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 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 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.

Em síntese, as inconstitucionalidades podem ser assim apontadas:

- (i) **Ofensa à competência reservada aos convênios** (art. 155, §2º, XII, “b” e “g”, da CF/88);





Confederação Nacional da Indústria

(ii) **Ofensa à exigência de Lei Complementar** (art. 146, III, a e 155, §2º, XII, a, b, c, i, da CF/88);

(iii) **Ofensa à reserva de lei federal** (art. 150, §7º da CF/88)

(iv) **Ofensa ao princípio da não cumulatividade** (art. 150, §7º e 155, §2º, I, da CF/88)

(v) **Ofensa a não bitributação**

## 2. LEGITIMIDADE ATIVA e PERTINÊNCIA TEMÁTICA

A CNI é entidade sindical formada para defender os interesses do setor industrial do País, razão pela qual possui legitimidade ativa para a propositura da presente ação direta, nos termos do artigo 103, IX, da Constituição de 1988.

Não só pela importância da posição política quanto à necessidade de observância dos dispositivos constitucionais e da relevância da matéria, a CNI tem absoluta pertinência para instaurar o controle concentrado de constitucionalidade do Convênio ICMS nº 52/2017. E isto porque, na forma do seu estatuto e do quadro anexo ao art. 577 da CLT, a entidade representa indústrias, contribuintes de ICMS, submetidas ao regime de substituição tributária, que serão inconstitucionalmente oneradas pelas regras estabelecidas no ato ora atacado.

Por oportuno, recorde-se que o STF já reconheceu a legitimidade e a pertinência temática da CNI em ações da mesma natureza, com destaque para a ADI 4628<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ADI 4628, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014: **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**



Confederação Nacional da Indústria

### 3. DO CABIMENTO DA ADI EM FACE DO CONVÊNIO

O art. 102, inciso I, alínea “a”, da CF/88, estabelece a competência do STF para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

No exercício dessa competência, o STF consolidou entendimento segundo o qual o convênio, desde que dotado de efeito normativo, está sujeito ao controle de constitucionalidade (ADI 4.171)<sup>2</sup>:

Cabe a ação direta de inconstitucionalidade para questionar convênios, em matéria tributária, firmado pelos Estados membros, por constituírem atos normativos de caráter estrutural, requeridos pelo próprio texto Constitucional (art. 155, § 5º).<sup>3</sup>

Eis a hipótese ora em exame: o Convênio ICMS nº 52/2017 é dotado de efeito normativo, possui abstração, generalidade e impessoalidade. E, a despeito de se autointitular ato regulamentar, possui, ao contrário, natureza autônoma, na medida em que disciplina matéria não prevista em lei complementar.

Análise semelhante à presente já foi realizada por esse Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no julgamento proferido na ADI 3103, cujo objeto impugnado era o Protocolo ICMS nº 33/2003.

---

**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. Celso de Mello, DJ.: 10.09.1999; ADI-MC 1.332/RJ, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ.: 06.12.1995).

<sup>2</sup> ADI 4171, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-164 DIVULG 20-08-2015 PUBLIC 21-08-2015

<sup>3</sup> No mesmo sentido ADI 1851, rel. Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2002, DJ 22-11-2002 PP-00055 EMENT VOL-02092-01 PP-00139 REPUBLICAÇÃO: DJ 13-12-2002 PP-00060



Confederação Nacional da Indústria

Naquela oportunidade, a Corte se manifestou favoravelmente ao cabimento da ação, rejeitando a preliminar de carência da ação, forte no argumento de que o protocolo de ICMS<sup>4</sup>:

(...)

**Pode**, dependendo do conteúdo e do alcance, constituir instrumento só administrativo, aplicável apenas aos Estados signatários, ou, como se dá no caso, **assumir a função de ato normativo, tendente a disciplinar também, com abstração e generalidade, comportamento de terceiros, como os contribuintes.** Nesta hipótese, é suscetível de controle direto.

Com efeito, cabível a presente ação direta.

#### **4. INCONSTITUCIONALIDADE DO CONVÊNIO ICMS Nº 52/2017 – OFENSA À COMPETÊNCIA RESERVADA AOS CONVÊNIOS E À RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR (art. 155, §2º, XII, “b” e “g”, da CF/88)**

Como apontado acima, o Convênio ICMS nº 52/2017 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.

Ao assim dispor, o Convênio ICMS nº 52/2017 ultrapassou os limites constitucionais que disciplinam o uso dos convênios e que estabelecem a competência de lei complementar (art. 155, §2º, XII, “b” e “g”, da CF/88).

A Constituição assegura à espécie normativa dos convênios dois objetivos: (i) tratar de benefícios fiscais e (ii) disciplinar, até a edição da lei complementar competente, novas incidências de ICMS pós promulgação da Constituição.

<sup>4</sup> STF, Pleno, ADI 3103/PI, rel. Min. Cezar Peluso, jul. 1/6/2006, DJ. 25/8/2006, unânime (trecho extraído do voto do Min. Cezar Peluso).



Confederação Nacional da Indústria

O primeiro objetivo foi estabelecido quanto aos benefícios fiscais do ICMS. A Constituição cometeu à lei complementar<sup>5</sup> regulamentar a forma pela qual isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. Como à época de sua promulgação já existia a Lei Complementar n.º 24/75 e nela a disciplina dos convênios, este o papel que a Carta de 1988 reservou aos convênios.

O fato de a disciplina do convênio constar de lei complementar não impede que o convênio tenha a sua constitucionalidade verificada diretamente perante a Constituição. O STF, no julgamento da ADI 4628, reconhecendo o **papel constitucional** atribuído aos convênios, foi claro ao decidir que:

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 n.º 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.**

O segundo objetivo era transitório e já integralmente exaurido. O § 8º do art. 34 do ADCT estabeleceu que, se em 60 dias da promulgação da Constituição não fossem disciplinadas as *novas incidências* do ICMS, a matéria poderia ser disciplinada em convênio, pelos estados, nos termos da LC 24/75. Esta segunda atribuição constitucional conferida aos convênios era temporária e está absolutamente exaurida com a edição da Lei Complementar n.º 87/96.

De outro lado, a Constituição<sup>6</sup> expressamente previu que o regime de substituição tributária, no âmbito do ICMS, deve ser tratado em lei complementar,

---

<sup>5</sup> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: XII - cabe à lei complementar: g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

<sup>6</sup> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:



Confederação Nacional da Indústria

desautorizando a pretensão normativa do Convênio ICMS nº 52/2017 de veicular "as normas gerais a serem aplicadas aos regimes de substituição tributária".

Seja porque a Constituição estabelece que o propósito do convênio é "delimitar hipóteses de concessões de isenções, benefícios e incentivos fiscais" (ADI 4.628), seja porque o Convênio ICMS nº 52/2017 propõe-se a dispor sobre as normas gerais dos regimes de substituição tributária, há clara e manifesta ofensa ao disposto no art. 155, §2º, XII, "b" e "g", da CF/88, o que constitui fundamento suficiente para declaração de inconstitucionalidade **da integralidade** do Convênio ICMS nº 52/2017.

## **5. INCONSTITUCIONALIDADE 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**

Não fossem suficientes os argumentos acima lançados para a declaração de inconstitucionalidade da integralidade do Convênio ICMS nº 52/2017, o que apenas se argumenta em observância e deferência ao princípio da eventualidade, disposições pontuais, como as que se encontram tratadas nas cláusulas terceira, oitava, nona, décima, décima-primeira, décima-segunda, décima-terceira, décima-quarta, décima-sexta, vigésima-quarta, vigésima-sexta e vigésima-sétima, guardam a pecha da inconstitucionalidade por violarem os artigos 146, III, "a" e "d"; 150, §7º; e 155, §2º, I e XII, letras "a", "b", "c", "g" e "i", todos da Constituição, conforme se passa a demonstrar.

---

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

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

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

b) **dispor sobre substituição tributária:**



Confederação Nacional da Indústria

## 5.1. OFENSA À EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR (art. 146, III, “a” e “d” e art. 155, §2º, XII, “a”, “b”, “c” e “i”, da CF/88)

O art. 146, III, “a”, da Constituição prescreve competir à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria tributária, ou seja, a definição dos fatos geradores, da base de cálculo e dos contribuintes.<sup>7</sup>

Como bem lançado pelo ministro Joaquim Barbosa, em voto proferido no RE 433.352<sup>8</sup>:

A observância de normas gerais em matéria tributária é imperativo de segurança jurídica, na medida em que é necessário assegurar tratamento centralizado a alguns temas para que seja possível estabilizar legitimamente expectativas. **Neste contexto, “gerais” não significa “genéricas”, mas sim “aptas a vincular todos os entes federados e os administrados.**

Tal exigência é ainda mais premente no caso de tributos federativos, como o ICMS, pois à lei complementar cumpre, também, nortear a atuação uniforme e cooperativa dos estados, sujeitos ativos da obrigação tributária<sup>9</sup>.

Tanto assim o é que o art. 155, §2º, inciso XII<sup>10</sup>, por seu turno, reforça a reserva de lei complementar às definições do imposto estadual, para além das normas

<sup>7</sup> (ADI 1945 MC, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2010, DJe-047 DIVULG 11-03-2011 PUBLIC 14-03-2011 EMENT VOL-02480-01 PP-00008 RTJ VOL-00220-01 PP-00050) “**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.**”

<sup>8</sup> (RE 433352 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-05 PP-01353 RDDT n. 179, 2010, p. 188-191) “2. **A observância de normas gerais em matéria tributária é imperativo de segurança jurídica, na medida em que é necessário assegurar tratamento centralizado a alguns temas para que seja possível estabilizar legitimamente expectativas. Neste contexto, “gerais” não significa “genéricas”, mas sim “aptas a vincular todos os entes federados e os administrados”.**”

<sup>9</sup> Conforme entendimento sobre o federalismo cooperativo assentado pelo STF nas: ADI 2024, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2007, DJe-042 DIVULG 21-06-2007 PUBLIC 22-06-2007 DJ 22-06-2007 PP-00016 EMENT VOL-02281-01 PP-00128 RDDT n. 143, 2007, p. 230-231 e ADI 3138, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 14/09/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 10-02-2012 PUBLIC 13-02-2012



Confederação Nacional da Indústria

gerais, alcançando, ainda, a substituição tributária, regime de compensação do imposto, a fixação o estabelecimento responsável, dentre outras situações.

Disso tudo decorre a imprescindibilidade da lei complementar a regular as relações estaduais em matéria de ICMS, sobretudo o regramento do regime de substituição tributária<sup>11</sup>.

O Convênio ICMS nº 52/2017 usurpou tal espaço legislativo próprio da lei complementar. Ao contrário de harmonizar a aplicação do regime de substituição tributária, os membros do CONFAZ efetivamente legislaram primariamente em ambiente que não lhes é permitido.

### 5.1.1. Ofensa à exigência de lei complementar para a definição dos contribuintes (art. 146, III, “a”, e, art. 155, §2º, XII, “a”)

---

<sup>10</sup> “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993\)](#) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993\)](#) § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: XII - cabe à lei complementar: a) definir seus contribuintes; b) dispor sobre substituição tributária; c) disciplinar o regime de compensação do imposto; d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços; e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, "a"; f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias; g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b; [\(Incluída pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001\)](#) [\(Vide Emenda Constitucional nº 33, de 2001\)](#) i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a íntegro, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. [\(Incluída pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001\)](#)”

<sup>11</sup> “ADI 4628, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014: “**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.**”



Confederação Nacional da Indústria

A inconstitucionalidade aqui apontada é praticada pelas **cláusulas terceira, oitava e nona** do Convênio ICMS nº 52/2017, que tratam da definição dos contribuintes e dos responsáveis tributários para fins do regime de substituição tributária, à revelia da determinação constitucional de que tais matérias sejam disciplinadas pela legislação complementar.

A ofensa é direta aos dispositivos constitucionais que atribuem exclusivamente à lei complementar a definição dos contribuintes, sobretudo daqueles submetidos ao regime de substituição tributária para fins de ICMS.

A inconstitucionalidade está presente tanto na definição do contribuinte original, como disposto na cláusula terceira, que o submete às regras do convênio, inclusive de recolhimento do diferencial de alíquota por micro empresas e empresas de pequeno, quanto na definição do contribuinte na condição de responsável tributário, conforme previsto na cláusula oitava, cujas exceções encontram-se delimitadas na cláusula nona. Esta última cláusula, como será demonstrado adiante, pratica ofensa constitucional adicional à reserva de lei federal (art. 150, §7º).

### **5.1.2. Ofensa à exigência de Lei Complementar para a definição do tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte (art. 146, III, “d”)**

A **cláusula terceira** define a submissão de microempresas e de empresas de pequeno porte, na condição sujeito passivo, para fins do regime de substituição tributária, à revelia da determinação constitucional de tratamento da matéria por lei complementar.

A ofensa é direta ao art. 146, II, "d", da Constituição, que remete à lei complementar a definição de tratamento diferenciado favorecido às microempresas e





Confederação Nacional da Indústria

às empresas de pequeno porte. Importa observar que esta questão já foi apreciada e decidida por esse Tribunal.

Na ADI 5464, decidiu-se liminarmente pela impossibilidade de convênio definir tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte. Neste particular, veja-se passagem do voto do relator, o Ministro Dias Toffoli:

**A cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015**, a pretexto de regulamentar as normas introduzidas pela Emenda Constitucional nº 87/2015, **ao determinar a aplicação das disposições do convênio aos contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e pelas Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional** -, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em relação ao imposto devido à unidade federada de destino, **acabou por invadir campo próprio de lei complementar, incorrendo em patente vício de inconstitucionalidade.**(...)

Se é certo que a Emenda Constitucional nº 87/2015 uniformizou o regramento para a exigência do ICMS em operações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outra unidade da federação, contribuinte ou não, não só fixando a alíquota que será adotada na origem (interestadual), como também prevendo o diferencial de alíquota a favor do destino em todas as operações e prestações, **não é menos certo que o art. 146, III, d, da Constituição dispôs caber a lei complementar a definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte.** (...)

Com efeito, **a Constituição dispõe caber a lei complementar – e não a convênio interestadual – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, o que inclui regimes especiais ou simplificados de certos tributos, como o ICMS** (art. 146, III, d, da CF/88, incluído pela EC nº 42/03).

Seja pela clara e precisa dicção do art. 146, III, "d", da Constituição, seja pela linha do entendimento dessa Corte, resta clara a impossibilidade de que tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte seja estabelecido por convênio. Por estas razões, a cláusula terceira merece ser tachada de inconstitucional.

### **5.1.3. Ofensa à exigência de Lei Complementar para a formação da base de cálculo do imposto devido no regime de substituição tributária (art. 146, III, “a” e 155, §2º, XII, “b” e “i”)**



Confederação Nacional da Indústria

As **cláusulas décima, décima-primeira, décima-segunda, décima-terceira, décima-quarta, vigésima-quarta, vigésima-sexta e vigésima-sétima** do Convênio ICMS nº 52/17, estabeleceram regras próprias para a formação da base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária.

Ao disporem sobre o cálculo do ICMS retido e sobre regras para a realização de pesquisa de preço e fixação da MVA e do PMPF, aquelas cláusulas ignoraram o art. 146, III, "a" e o art. 152, §2º, XII, "b" e "i", todos da Constituição, adentrando, indevidamente, em matéria reservada à legislação complementar.

As **cláusulas décima e décima-primeira**, por exemplo, dispõem sobre MVA Ajustada e fórmula de cálculo do ICMS devido por substituição tributária nas operações interestaduais destinadas a uso, consumo ou ativo imobilizado. Matéria própria de lei complementar.

A **cláusula décima-primeira, em seu inciso III** avança igualmente em hipótese a ser tratada por lei complementar, ao estabelecer que compõem a base de cálculo do ICMS-ST valores de outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário "ainda que por terceiros", ou seja, mesmo quando não cobrados pelo substituto tributário, ou seja, por pessoa jurídica estranha ao fato gerador.

A **cláusula décima-primeira, em seu parágrafo 5º** também atribui inadequada autonomia às administrações tributárias na definição da base de cálculo do ICMS-ST, nos casos de transferências interestaduais, desrespeitando a reserva da lei complementar.

A **cláusula décima-terceira** dispõe que o montante ICMS-ST compõe a correspondente base de cálculo. Significa dizer que esta cláusula dispõe que o montante do ICMS-ST deve compor sua própria base de cálculo (cálculo "por dentro"), em contraposição ao método atual em que o ICMS-ST não entra na base de cálculo.



Confederação Nacional da Indústria

Matéria não disciplinada por lei complementar. Violação direta e clara da Constituição, por tratar da definição da base de cálculo.

A **cláusula décima-quarta** faz referência ao cálculo do ICMS-ST e do ICMS-ST DIFAL (Diferencial de Alíquota), mas atribui somente a este último (ICMS-ST DIFAL) metodologia de cálculo considerando o “*gross-up*” do imposto, com base na alíquota da UF de destino. Quer dizer que o montante do próprio imposto devido nas operações interestaduais destinadas a uso, consumo ou ativo imobilizado (DIFAL) é integrado na respectiva base de cálculo, utilizando-se, para fins de cálculo, a alíquota interna da UF de destino.

A inserção daquela cláusula no Convênio ICMS 52/2017 ratifica a posição já assumida por algumas UFs, introduzida nos respectivos RICMS, a partir de 1º/1/2016, no sentido de estabelecer que, na metodologia de cálculo do DIFAL (fórmula de apuração), o montante do próprio imposto (conforme alíquota interna da UF de destino) integra a base de cálculo para fins de apuração.

A inclusão do montante do próprio imposto no DIFAL faz com que a base de cálculo não espelhe o “*valor da operação*” interestadual, ou seja, o valor pago pelo comprador (nele já incluído o ICMS “*por dentro*” na operação de origem). A consequência é que o DIFAL incida sobre um montante superior ao valor real da operação, ocasionando majoração na base de cálculo e, conseqüentemente, o imposto a pagar.

Ocorre que lei complementar não cogitou do diferencial de alíquota, o que desautoriza seja a matéria tratada em convênio pelo CONFAZ. Neste sentido, convém apontar que o STF já declarou a inconstitucionalidade de tratamento do DIFAL em convênio,<sup>12</sup> decidindo que “*A instituição do diferencial de alíquotas depende de previsão em lei complementar*”.

<sup>12</sup> RE 580903 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 28/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 21-05-2015 PUBLIC 22-05-2015



Confederação Nacional da Indústria

As **cláusulas vigésima-quarta, vigésima-sexta e vigésima-sétima** definem regras para realização de pesquisas de preços com vistas a fixação de MVA e de PMPF. Tendo em conta a sua íntima e direta relação com a fixação da base de cálculo do imposto, seus critérios devem decorrer de lei complementar<sup>13</sup>.

Aqui, o problema vai além da inconstitucionalidade formal.

É que a apuração e a fixação de margens de valor agregado para fins do cálculo do ICMS-ST não devem prescindir de uma metodologia estatisticamente adequada e alinhada ao que determina a lei, sob pena de se colocar em questão a precisão e a conseqüente legitimidade dos percentuais em questão.

Da leitura daquelas três cláusulas, resta claro que as administrações tributárias estaduais intencionam realizar os seus próprios levantamentos de preços, com base nas informações digitais que possuem (NFe, EFD etc.), sem a participação dos setores envolvidos, o que deve ser criticado.

A **cláusula vigésima-sétima** estabelece a possibilidade de exclusão da participação do setor na contratação das pesquisas, cujo resultado será diretamente homologado pelo ente federado, excluindo-se, por completo, a participação das entidades representativas do setor.

---

<sup>13</sup> Nesse sentido, é acertada a lição da jurista Fátima Fernandes Rodrigues de Souza (SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. *In Curso de Direito Tributário*, coord. Ives Gandra da Silva Martins, p.782): “Outrossim, ao prever esse dispositivo da lei complementar que a margem deve observar os preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamentos, amostragem, informações e elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, torna evidente que a fixação desse elemento não é um ato meramente interno da Administração Pública e sim o resultado de um procedimento administrativo que não prescinde da participação dos contribuintes, representados pelas entidades setoriais. *Poderão eles, dessa forma, controlar a instituição da margem, valendo-se, inclusive do princípio do contraditório para assegurar que referido ato esteja em harmonia com os critérios estabelecidos na lei ordinária e com os parâmetros de realidade impostos pela lei complementar*”.



Confederação Nacional da Indústria

Adicionalmente, não há regra a estabelecer a necessidade de as autoridades administrativas fazendárias apresentarem ou discutirem com as entidades setoriais a metodologia de pesquisa utilizada.

A realização de levantamento de preços com base em dados “*massivos*” (não amostrais), assim como a definição da metodologia a ser utilizada, exclusivamente e unilateralmente pela administração tributária, pode, por razões diversas, acarretar em equívocos imensuráveis na definição dos percentuais de MVA médios dos produtos considerados, essencialmente pelo fato de que os preços da ponta da cadeia são atualmente extraídos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) que, não raro, apresenta erros e justifica retificações.

Até mesmo o contraditório, cuja deliberação final sobre prazos para manifestação foi conferida à autoridade da administração fazendária, estará severamente comprometido, caso esses prazos sejam insuficientes à validação dos dados, Aqui, há verdadeira desatenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade que devem pautar o processo administrativo.

O **§2º da cláusula vigésima-sexta** é ainda mais preocupante, um verdadeiro “*cheque em branco*”, na medida em que estabelece a possibilidade de o ente federado estabelecer outros critérios para fixação de MVA ou PMPF, revelando-se norma de caráter ainda mais amplo e, como as demais cláusulas, sem previsão em lei complementar, agravando a insegurança jurídica.

Nesse prisma, é possível afirmar que o rito procedimental para definição de MVA para fins de determinação da base de cálculo do ICMS-ST, com as inovações trazidas pelo Convênio ICMS nº 52/2017, poderá passar a ser mera convocação às entidades dos setores envolvidos, com vistas a informá-las sobre os percentuais apurados sem, com isso, atender aos princípios constitucionais que regem o processo administrativo: transparência, eficiência, ampla defesa, pleno contraditório e equidade.



Confederação Nacional da Indústria

Não bastasse a ofensa formal, é de se ressaltar que as regras patrocinadas pelas **cláusulas vigésima-quarta, vigésima-sexta e vigésima-sétima** terão significativo impacto sobre a economia brasileira em curto período de tempo. A ampliação da base de cálculo e a forma de incidência e margens de valor agregado (MVAs) do ICMS-Substituição Tributária (ICMS-ST) terão reflexos expressivos sobre os preços finais ao consumidor dos diversos setores/produtos sujeitos à sua incidência.

Além do aumento de preços, a economia brasileira sofrerá efeitos negativos em termos de produção e vendas dos setores/produtos afetados, que se refletirão em PIB e volume de empregos menores.

#### **5.1.4 Ofensa à exigência de Lei Complementar para tratar do regime de compensação de débito de ICMS-ST com crédito de ICMS Próprio. (art. 154, I e art. 155, §2º, XII, “c”)**

A Constituição também atribui à lei complementar o papel de disciplinar o regime de compensação do imposto estadual, de maneira que qualquer vedação à compensação do ICMS deve ser estabelecida nesta espécie normativa. Apesar da clareza normativa constitucional, o **§2º da cláusula décima-quarta** é clara e direta ao vedar a compensação entre o ICMS Próprio e o ICMS-ST.

A impossibilidade de compensação estabelecida no Convênio ICMS nº 52/2017 acaba por mascarar a instituição de um imposto, alheia ao permissivo constitucional (art. 154, I), que reclama a competência da União, por intermédio de lei complementar.

#### **5.2 OFENSA À RESERVA DE LEI FEDERAL NA CRIAÇÃO DE REGRA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA (art. 150, §7º, da CF/88)**

A **cláusula oitava** trata da responsabilidade tributária do adquirente. Ao assim dispor, o seu §2º impõe ao destinatário (contribuinte substituído) a



Confederação Nacional da Indústria

responsabilidade solidária pelo recolhimento do imposto, quando o remetente efetuar a retenção do imposto ou a fizer a menor.

Ocorre que o art. 150, §7º da Constituição diz que a lei - e não o convênio - poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento do imposto ou contribuição<sup>14</sup>.

Clara, portanto, a afronta ao texto constitucional cometida pela cláusula oitava, já que compete à lei atribuir a terceiros responsabilidade solidária para o recolhimento do ICMS devido pelo regime de substituição tributária.

Esse entendimento é compartilhado com esse Tribunal, conforme assentado em precedente:<sup>15</sup>

(...) 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.

### **5.3. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE (art. 150, §7º e 155, §2º, I, da CF/88)**

A Constituição assegura a não cumulatividade como princípio norteador da incidência do ICMS. O **§2º da cláusula décima-quarta e a cláusula décima-sexta** ofendem a disposição constitucional tanto ao vedar compensação entre o ICMS Próprio e o ICMS-ST quanto ao criar entraves ao ressarcimento do imposto pago a maior

Pertinente observar que o regime de substituição tributária não cria, e nem poderia criar, uma nova modalidade de imposto. O referido instituto apenas antecipa o momento em que ele é devido, imputando, em regra, à primeira pessoa na

<sup>14</sup> Na mesma linha disciplina do artigo 128 do CTN e do artigo 6º da LC nº 87/96.

<sup>15</sup> ADI 4628, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014)



Confederação Nacional da Indústria

cadeia de produção ou comercialização, a responsabilidade pelo seu recolhimento. Constituiu-se em técnica arrecadatória, submetida ao princípio da praticidade tributária, a qual não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes.<sup>16</sup>

Todavia, a vedação à compensação patrocinada pela **cláusula décima-quarta**, como já visto acima, camufla a instituição de imposto, além de ofender o princípio da não cumulatividade. O ICMS Próprio e o ICMS-ST não são e nem podem ser considerados impostos diferenciados. O imposto é o mesmo, porém com forma de recolhimento que impõe obrigação a um integrante do ciclo de produção e comercialização, de modo que sua compensação, além de possível, deve ser efetivamente realizada, sob pena de se alterar a natureza do imposto para cumulativo.

A limitação à restituição integral prevista na **cláusula décima-sexta** ofende o princípio da não cumulatividade, tal qual a cláusula décima-quarta, afrontando, ademais, o comando constitucional advindo expressamente do art. 150, §7º e o precedente dessa Corte Constitucional, assentado na definição do tema 201 da Repercussão Geral<sup>17</sup>:

É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

## 5.4 DA NÃO BITRIBUTAÇÃO

<sup>16</sup> RE 593849, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-065 DIVULG 30-03-2017 PUBLIC 31-03-2017 REPUBLICAÇÃO: DJe-068 DIVULG 04-04-2017 PUBLIC 05-04-2017

<sup>17</sup> Idem . No mesmo sentido ADI 2777, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-143 DIVULG 29-06-2017 PUBLIC 30-06-2017: “I – Com base no § 7º do art. 150 da Constituição Federal, é constitucional exigir-se a restituição de quantia cobrada a maior, nas hipóteses de substituição tributária para frente em que a operação final resultou em valores inferiores àqueles utilizados para efeito de incidência do ICMS”.





Confederação Nacional da Indústria

A **cláusula décima-terceira** dispõe que o montante ICMS-ST passará a compor a correspondente base de cálculo, ou seja, o cálculo “por dentro”, inovando quanto ao método atual em que o ICMS-ST não entra na base de cálculo.

Não bastasse a impossibilidade formal de tal pretensão, pois a questão não é tratada em lei complementar, essa inovação trazida pelo Convênio ICMS 52/2017 protagoniza uma majoração do tributo sem obedecer à lógica econômica.

Explica-se: no cálculo das MVAs são apurados preços de mercado, nos quais o ICMS já está embutido, inclusive compondo a sua própria base de cálculo. **Assim, incidir o ICMS-ST “por dentro” sobre a base de cálculo definida a partir da MVA significa que o ICMS-ST será duplamente computado na base de cálculo, ofendendo o princípio da não bitributação.**

A aplicação desse novo método de apuração resultará em aumento de 13,3% da alíquota efetiva final de ICMS<sup>18</sup>. Para estimar os impactos econômicos dessa elevação de 13,3% na alíquota efetiva final de ICMS de todos os produtos sujeitos atualmente ao regime de substituição tributária, utilizou-se um modelo de equilíbrio geral computável. Tal modelo considera não somente os efeitos do aumento de tributação sobre os setores afetados, mas também os efeitos indiretos que ocorrem em função da interação entre esses setores e deles com os demais setores da economia.

Os resultados agregados não deixam dúvida dos efeitos econômicos nocivos da cláusula décima-terceira do Convênio ICMS nº 52/2017. Ao final dos dois primeiros anos de vigência dessa alteração no método de cálculo do ICMS-ST, a produção e as vendas dos setores afetados serão, em média, 0,37% menores do que seriam em um cenário sem aumento do ICMS-ST. Essa queda na produção e nas

---

<sup>18</sup> Para chegar a esse percentual de aumento, foi considerada a MVA média de 58,23%, calculada por média simples, aplicada no estado de São Paulo. Considerando como 18% a alíquota nominal de ICMS no estado de destino da operação e 12% como a alíquota interestadual, utilizou-se a MVA ajustada de 69,81%, que correspondente à MVA interna média de 58,23%. Além disso, excluiu-se da base de cálculo do ICMS-ST o valor correspondente ao ICMS-Operação Própria (ICMS-OP), para que este não componha a base de cálculo do ICMS-ST.



*Confederação Nacional da Indústria*

vendas será provocada pela elevação dos preços dos produtos resultante da majoração do tributo. Devido à menor produção, o volume de empregos nos setores afetados também será menor.

O aumento do ICMS não se refletirá apenas nos setores alcançados pelo Convênio ICMS 52/2017. Seu efeito nocivo se estende para toda a economia devido aos impactos no índice geral de preços ao consumidor, na produção e na geração de emprego dos setores impactados indiretamente pela queda de produção nos setores sujeitos ao aumento de tributação. Finalmente, a combinação de todos esses fatores resulta em um Produto Interno Bruto (PIB) menor.

A simulação no modelo econômico aponta que, ao final de 2018 e 2019, dois anos após o início de vigência do Convênio ICMS nº 52/2017, o índice geral de preços ao consumidor terá sido 0,66% maior do que no cenário sem aumento do ICMS-ST. Nesse mesmo período, o número de empregos na economia será 0,41% menor e o PIB ficará 0,22% abaixo do que seria registrado caso não houvesse mudança no cálculo do ICMS-ST.

## **6. DA INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO DAS DEMAIS CLÁUSULAS DO CONVÊNIO ICMS Nº 52/2017**

Como demonstrado, o Convênio ICMS nº 52/2017 tem atuação normativa diversa daquela delimitada pela Constituição Federal. Não bastasse isso, as cláusulas essenciais e diretamente atacadas nesta ADI tratam de matéria para qual Constituição exigiu lei complementar, sobretudo na definição dos contribuintes, responsáveis tributários e da base de cálculo do ICMS na modalidade ST.

As demais cláusulas do normativo atacado prestam-se à operacionalização e ao recolhimento do imposto, carentes, portanto de sentido normativo autônomo. Significa dizer que, uma vez declaradas inconstitucionais as cláusulas expressamente indicadas, as demais cláusulas do convênio não terão



Confederação Nacional da Indústria

sustentação e autonomia próprios para sua aplicação, em virtude da relação de dependência com aquelas impugnadas, devendo assim ser declaradas inconstitucionais por arrastamento.

A declaração de inconstitucionalidade por arrastamento tem respaldo na jurisprudência dessa E. Corte<sup>19</sup>. Há inúmeros precedentes que reconhecem a teoria da inconstitucionalidade consequencial. Destaque-se a questão de ordem na ADI 2982,<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Lei Distrital 842/94. 2. Redação dada pela Lei 913/95. 3. Art. 2º da Lei 913/95. 4. Pensão especial a cônjuge de vítima assassinada no Distrito Federal. 5. Lei que impõe ao Distrito Federal responsabilidade além da prevista no art. 37, § 6º, da Constituição. 6. Inocorrência da hipótese de assistência social. 7. Inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 842/94. 8. **Inconstitucionalidade por arrastamento dos demais dispositivos.** 9. Ação julgada procedente. (ADI 1358, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 04/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 02-03-2015 PUBLIC 03-03-2015)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. VINCULAÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS A SETORES DA POLÍTICA EDUCACIONAL. ARTS. 309, § 1º, 314, CAPUT E §§ 2º E 5º, E 332 DA CONSTITUIÇÃO DO RIO DE JANEIRO. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AOS ARTS. 2º, 5º, 61, § 1º, INC. II, AL. B, 165 e 212 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. (...) 4. Com a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 309, § 1º, e 314, caput, § 5º e da expressão “e garantirá um percentual mínimo de 10% (dez por cento) para a educação especial”, da parte final do § 2º do art. 314, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, as normas regulamentadoras desses dispositivos – expressões “à UERJ e”, “306, § 1º (atual 309), e” e “e, na hipótese da UERJ, sobre a sua receita tributária líquida” contidas no art. 1º da Lei estadual n. 1.729/1990 e art. 6º da Lei estadual n. 2.081/1993 – não têm fundamento de validade. Inconstitucionalidade por arrastamento. 5. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 309, § 1º, e 314, caput, § 5º e da expressão “e garantirá um percentual mínimo de 10% (dez por cento) para a educação especial”, da parte final do § 2º do art. 314, todos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e, por arrastamento, das expressões “à UERJ e”, “306, § 1º (atual 309), e” e “e, na hipótese da UERJ, sobre a sua receita tributária líquida” do art. 1º da Lei fluminense n. 1.729/1990 e do art. 6º da Lei estadual n. 2.081/1993. (ADI 4102, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015)

<sup>20</sup> **Questão de ordem. 2. Extensão da declaração de inconstitucionalidade a dispositivos não impugnados expressamente na inicial. 3. Inconstitucionalidade por arrastamento.** 4. Explicitação no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade alcança os seguintes dispositivos: no art. 5º, a expressão "acrescida e calculada juntamente com a Taxa Judiciária e quotas para a Associação Cearense dos Magistrados, para a Associação Cearense do Ministério Público e para a Caixa de Assistência dos Advogados"; o art. 22; no art. 25, a expressão "outra para o recolhimento dos valores destinados aos órgãos de classe especificados no Art. 5o desta Lei"; e o art 28 da Lei nº 12.381, de 9 de dezembro de 1994, do Estado do Ceará (ADI 2982 QO, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2004, DJ 12-11-2004 PP-00005 EMENT VOL-02172-01 PP-00183 LEXSTF v. 26, n. 312, 2005, p. 105-115)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINARES. LEI ESTADUAL. ICMS. PARCELA PERTENCENTE AOS MUNICÍPIOS. CÁLCULO. VALOR ADICIONADO. MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. VÍCIO FORMAL INSANÁVEL. (...)3. ICMS. Distribuição da parcela de arrecadação que pertence aos Municípios. Lei estadual que disciplina a forma de cálculo do valor adicionado para apuração do montante fixado no inciso I do parágrafo único do artigo 158 da Constituição Federal. Matéria expressamente reservada à lei complementar (CF, artigo 161, I). Vício formal insanável que precede a análise de eventual ilegalidade em face da Lei Complementar federal 63/90. Violação direta e imediata ao Texto Constitucional. 4. **Cuidando-se de defeito de forma que, pelas mesmas razões, atinge outros dispositivos não impugnados na inicial, impõe-se a aplicação da teoria da inconstitucionalidade consequencial.** 5. Parcela relativa a um quarto da



Confederação Nacional da Indústria

na qual se firmou a possibilidade de extensão da declaração de inconstitucionalidade a dispositivos não impugnados expressamente na inicial.

## 7. DA MEDIDA CAUTELAR (*ad referendum* do Plenário)

A concessão de medida cautelar, em sede de controle normativo abstrato, pressupõe a concomitância dos requisitos concernentes ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*, ambos presentes no caso em apreço. Exige-se, além deles, a presença de outras duas condições consideradas essenciais por esse Tribunal Constitucional: a irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes do ato impugnado e a necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão.<sup>21</sup>

A plausibilidade jurídica do tema versado na presente ação direta (*fumus boni iuris*) resta configurada mediante a demonstração de que o Convênio ICMS nº 52/2017 tratou de matéria que não lhe cabia, pois reservada à lei complementar.

Não fosse tal fato suficiente a caracterizar o *fumus boni iuris*, o que apenas se argumenta, haveria ainda as cláusulas terceira, oitava, nona, décima, décima-primeira, décima-segunda, décima-terceira, décima-quarta, décima-sexta, vigésima-quarta, vigésima-sexta e vigésima-sétima, do aludido Convênio ICMS nº 52/2017, que, no âmbito do regime de substituição tributária, ao versarem sobre definição do contribuinte, base de cálculo, responsabilidade tributária e compensação do imposto estadual, contrariaram a Constituição, acabam por violar, diretamente, as regras de reserva de lei complementar em matéria tributária, de reserva de lei federal, o caráter não-cumulativo do ICMS, além do tratamento favorecido dispensado as micro empresas e empresas de pequeno porte.

---

participação dos Municípios no produto da arrecadação do ICMS (CF, artigo 158, parágrafo único, inciso II). Matéria reservada à lei estadual. Afronta formal não configurada. Inexistência de desrespeito ao princípio da isonomia. Ação procedente em parte. (ADI 2728, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2003, DJ 20-02-2004 PP-00016 EMENT VOL-02140-02 PP-00218 RTFP v. 15, n. 72, 2007, p. 317-329)

<sup>21</sup> Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 96, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, julgada em 18/10/1989, DJ 10/11/1989.



Confederação Nacional da Indústria

A justificar essa interpretação estão a jurisprudência e os precedentes do Supremo Tribunal Federal, que, não raro, já se manifestou sobre os temas elencados, merecendo destaque, ao menos (i) a ADI 4628 que reconheceu a impossibilidade de definição da responsabilização tributária em protocolo de ICMS; (ii) a ADI 4171 que reconheceu a impossibilidade de criação de novas obrigações em matéria de ICMS por meio de convênio; (iii) o RE 580.903 que declarou inconstitucional a instituição do diferencial de alíquota de ICMS por meio de convênio; (iv) a liminar na ADI 5464 que afastou a possibilidade de cobrança do DIFAL das empresas optantes do Simples, suspendendo a Cláusula 9ª do Convênio ICMS 93/16<sup>22</sup>; (v) o RE 593.849, julgado na sistemática da repercussão geral, que fixou a tese jurídica ao tema 201, nos seguintes termos: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.

Afigura-se também 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!** A questão merece pronunciamento urgente desse Egrégio Tribunal, haja vista o prejuízo ao setor industrial decorrente das consequências da aplicação das cláusulas do

---

<sup>22</sup> Ainda sobre o tratamento favorecido dispensado a micro empresas e empresas de pequeno porte: ADI 4033, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2010, DJe-024 DIVULG 04-02-2011 PUBLIC 07-02-2011 EMENT VOL-02458-01 PP-00001 RTJ VOL-00219- PP-00195 RSJADV mar., 2011, p. 28-37): “3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte”.

RE 627543, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-212 DIVULG 28-10-2014 PUBLIC 29-10-2014 “O Simples Nacional surgiu da premente necessidade de se fazer com que o sistema tributário nacional concretizasse as diretrizes constitucionais do favorecimento às microempresas e às empresas de pequeno porte. A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em consonância com as diretrizes traçadas pelos arts. 146, III, d, e parágrafo único; 170, IX; e 179 da Constituição Federal, visa à simplificação e à redução das obrigações dessas empresas, conferindo a elas um tratamento jurídico diferenciado, o qual guarda, ainda, perfeita consonância com os princípios da capacidade contributiva e da isonomia.”



Confederação Nacional da Indústria

convênio, o que ensejará, inclusive, o ajuizamento de inúmeras demandas individuais acerca do mesmo problema.

Ainda em relação ao *periculum in mora*, cabe um esclarecimento quanto ao momento do ajuizamento da presente ação de controle concentrado.

Havia, como de fato houve, a intenção de alguns integrantes do CONFAZ de adiar o início da vigência do Convênio ICMS 52/2017, de modo que houvesse tempo suficiente para a revisão das cláusulas aqui questionadas. A reunião, extraordinária para tanto, ocorreu na última sexta-feira (15/12/2017), com o CONFAZ deliberando, todavia, por manter a vigência do convênio a partir de 1º/1/2018.

Como visto, o setor produtivo industrial concedeu um "voto de confiança" ao CONFAZ. Na medida em que este órgão colegiado deliberou por não alterar o início da vigência do Convênio ICMS nº 52/2017, à CNI não restou outra alternativa a não ser ajuizar a presente ação nesta data.

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 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.



*Confederação Nacional da Indústria*

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.

Diante da permanência do início da vigência do Convênio ICMS nº 52/2017 para o primeiro dia de janeiro de 2018 e considerando a aproximação do recesso desse Tribunal Constitucional, há justificada urgência e legítima necessidade da suspensão liminar monocrática imediata (pelo relator até o recesso ou pela presidente durante o recesso) da integralidade do aludido convênio, ou, ao menos, das suas cláusulas terceira, oitava, nona, décima, décima-primeira, décima-segunda, décima-terceira, décima-quarta, décima-sexta, vigésima-quarta, vigésima-sexta e vigésima-sétima, o que desde logo se requer, forte no poder geral de cautela próprio da magistratura (art. 13, VIII e art. 21, IV e V, todos do RISTF).

## **8. REQUERIMENTOS**

Ante o exposto, a CNI requer:

- (I)** o deferimento da medida cautelar pleiteada, com a determinação de que, até o julgamento definitivo da presente ação, fique suspensa a aplicação do Convênio ICMS nº 52/2017;
  
- (II)** sucessivamente, o deferimento da medida cautelar pleiteada, com a determinação de que, até o julgamento definitivo da presente ação, 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;



Confederação Nacional da Indústria

(III) a solicitação de informações aos Excelentíssimos Senhores Presidentes da República e do Congresso Nacional (art. 6º da Lei n. 9.868/99); a citação do Advogado-Geral da União (art. 103, § 3º, da Constituição) e do Procurador-Geral da República para apresentarem manifestação no prazo de quinze dias (art. 8º da Lei n. 9.868/99);

(IV) seja julgado procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade integral do Convênio ICMS nº 52/2017;

(V) sucessivamente, seja julgado procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade 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 e, por arrastamento, das suas demais cláusulas.

A CNI protesta, desde logo, pela juntada dos documentos anexos e pela realização de **sustentação oral** na sessão de julgamento, o que o faz com fundamento no art. 131 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, requerendo a intimação dos subscritores da presente para tal finalidade.

Afinal, a CNI informa que os seus advogados deverão ser intimados no SBN, quadra 1, bloco C, 13º andar, Brasília/DF.

E. Deferimento.

Brasília-DF, 15 de dezembro de 2017

**ARIENE D'ARC DINIZ E AMARAL**  
OAB/DF 20.928

**CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES**  
OAB/RJ 91.152 E OAB/DF 20.016-A