



Vitória, 26 de setembro de 2011.

Do: Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Espírito Santo, José Renato Casagrande, neste ato assistido pelo Procurador Geral do Estado Rodrigo Marques de Abreu Júdice, pelo Procurador do Estado Cláudio Penedo Madureira e pela Procuradora do Estado Camila Pizzol de Almeida.

Ao: Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Fux, Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4628.

Processo ADI n.º 4628.

Assunto: Informações que presta

Eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal:

Em atendimento à notificação expedida por esse Excelso Tribunal, por meio do Ofício n.º 6.098/R, de 09 de setembro de 2011, venho, respeitosamente, no prazo legal, prestar informações que se fazem necessárias à instrução e ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade acima epigrafada, proposta pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), o que faço com base nos fatos e fundamentos jurídicos que passo a expor.

1. SÍNTESE DA INICIAL

Aduz o requerente que possui legitimidade ativa para propor ação direta de inconstitucionalidade, afirma pertinência temática e cabimento de arguição de constitucionalidade por controle concentrado em face de Protocolo CONFAZ.

Alega elevação na carga tributária de ICMS a prejudicar a venda pela internet, desrespeito ao direitos dos contribuintes, que Protocolo ICMS nº 21/2011 não é convênio e que nem todos os Estados da Federação foram signatários.

Indica afronta aos artigo 155, §2º, VII, "b" ao impor alíquota interestadual nas vendas pela internet a consumidor final, contribuinte ou não do ICMS e a ocorrência de bitributação; ao inciso IV do artigo 150 entendendo haver confisco; ao inciso V do artigo 150 pela imposição de barreiras ao tráfego interestadual de bens; e ofensa ao parágrafo 7º do artigo 150 por atribuição de condição de substituto tributário ao remetente da mercadoria sem previsão em lei em sentido formal; todos dispositivos da Constituição.

Requer também a concessão de liminar e, no mérito, a procedência do pedido.



2. PRELIMINARMENTE: DO NÃO CABIMENTO DE ADI EM FACE DE ATO DO CONFAZ.

É condição para a arguição direta de constitucionalidade que o ato impugnado seja normativo, autônomo, geral e abstrato, nos termos já pacificado por esta Excelsa Corte:

“Conforme o esclarecimento prestado pelas informações do Presidente da República, ‘o Decreto atacado cinge-se a dar cumprimento ao disposto na Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995’ (fl. 46). Com efeito, o Decreto n. 5.146, de 20 de julho de 2004, **não é ato normativo autônomo, geral e abstrato e, portanto, não pode ser submetido à fiscalização abstrata de sua constitucionalidade, conforme a consolidada jurisprudência desta Corte (...).**” (ADI 3.985, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 8-4-08, DJE de 15-4-08)

Os protocolos de ICMS firmados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ não possuem estes atributos.

Os convênios CONFAZ formam instrumentos que permitem aos Estados a concessão de benefícios fiscais, é dizer, consubstanciam-se em atos administrativos que autorizam todos Estados-membros a instituição de benefícios fiscais em suas legislações. A apenas a aprovação do convênio não cria, em âmbito estadual, o direito à fruição do benefício ajustado, sendo necessária sua ratificação. Nos dizeres do Ilustre tributarista Roque Antonio Carrazza, não são os convênios que fazem nascer as isenções tributárias:



"Elas surgem [as isenções] – ou deveriam surgir – do decreto legislativo ratificador do convênio interestadual"¹

Portanto, para que componha o ordenamento jurídico estadual, como norma geral, necessário que o convênio seja ratificado pelo Estado-membro.

Por sua vez, os protocolos CONFAZ podem ser celebrados por alguns dos Estados-membros, prescindindo da participação de todos. E com vistas nesta particularidade, as matérias que podem ser ajustadas por protocolos são restritas, sendo vedado disposições acerca de benefícios fiscais, como se depreende da leitura do artigo 38 do regimento interno² do CONFAZ:

Art. 38. Dois ou mais Estados e Distrito Federal poderão celebrar entre si Protocolos, estabelecendo procedimentos comuns visando:

I - a implementação de políticas fiscais;

II - a permuta de informações e fiscalização conjunta;

III - a fixação de critérios para elaboração de pautas fiscais;

IV - outros assuntos de interesse dos Estados e do Distrito Federal.

Parágrafo único. Os Protocolos não se prestarão ao estabelecimento de normas que aumentem, reduzam ou revoguem benefícios fiscais.

Notemos que os protocolos, assim como os convênios, necessitam de ratificação dos signatários para que suas disposições sejam

¹ CARRAZZA. Roque Antônio. "Convênios-ICMS e artigo 14, da Lei de Responsabilidade Fiscal – Sua inaplicabilidade – Questões conexas", *Revista de Estudos Tributários*, nº 16, Ed. Síntese". Pág. 149-150.

² <http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/Regimentos/Regimento%20CONFAZ%20-%20CV%20133-97%20.htm>



incorporadas ao sistema jurídico estadual e constitua norma apta a ter sua arguição de constitucionalidade em controle abstrato possível.

Como os demais protocolos, o Protocolo 21/2011 não se caracteriza como norma autônoma geral e abstrata, sendo ato administrativo de caráter secundário que implementa política pública, procedimentos relacionados ao recolhimento de ICMS em operações de vendas pela internet, sem abordar a questão dos incentivos fiscais, não se prestando a ser objeto de arguição abstrata de constitucionalidade.

Assim, o instrumento apto a ter sua constitucionalidade averiguada em controle concentrado é a norma que ratifica o protocolo, e não o protocolo em si. Razão pela qual flagrante é o não-cabimento da presente ADI.

O precedente citado na inicial – ADI 3.103 – o Exmo. Ministro Cezar Peluzo entendeu que o protocolo ICMS “pode, dependendo do seu conteúdo e alcance, constituir instrumento só administrativo, aplicável apenas aos Estados signatários” (caso do protocolo 21/2011), “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”. Isolando as duas diferentes hipóteses, conclui pela possibilidade do controle direto na segunda hipótese. A *contrariu sensu*, portanto, não será objeto de controle direto o protocolo que se constitua por instrumento administrativo, como o Protocolo 21/2011.

2. QUESTÕES DE FUNDO. DA CONSTITUCIONALIDADE DO PROTOCOLO 21/2011 – PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO FEDERATIVO E DO OBJETIVO CONSTITUCIONAL DE REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS



No que toca ao mérito da questão constitucional versada nos autos, as supostas inconstitucionalidades apontadas não se verificam, como abaixo será demonstrado:

O Brasil é um país federativo, o que significa dizer que todos os seus *Estados* reúnem-se em num só, e embora cada qual seja detentor de certa autonomia interna, todos obedecem a uma Constituição única, a qual irá enumerar as suas competências e limites de atuação.

A Federação Brasileira, contudo, possui uma feição especial, denominada pela doutrina abalada por "Federalismo Cooperativo", pela qual todos os membros federados devem trabalhar visando um objetivo comum: o *desenvolvimento nacional*, que deve prezar pela "*redução das desigualdades regionais*". É o que se depreende da leitura da Carta da República Federativa do Brasil, art. 3º, incisos II e III .

Essa diretriz pode ser detectada, inclusive, quando se analisa a estrutura constitucional do sistema tributário, visivelmente preocupada em distribuir as receitas públicas entre as várias unidades e esferas administrativas, com vistas a proporcionar condições para atender as demandas que lhes são exigidas.

A preocupação com as desigualdades regionais e com o agravamento do problema oriundo da má repartição tributária se fundamenta em razões de ordem prática inquestionáveis: por exemplo, em 2008, apenas 5 UF's (SP, RJ, MG, RS, PR) responderam por mais de 66% de todo o PIB nacional.



A fim de evitar a guerra fiscal, o legislador constituinte estabeleceu, uma solução de intermediação para resolução dos conflitos *inter-pares* no âmbito tributário, o Confaz — Conselho Nacional de Política Fazendária —órgão deliberativo colegiado formado por um representante de cada Estado, do Distrito Federal, e da União.

Um dos problemas atualmente em voga no CONFAZ é a arrecadação de ICMS oriunda do comércio eletrônico, conceito que envolve todas atividades de compra ou venda de bens, produtos, serviços ou informações, realizada de forma não presencial. Trata-se de atividade que vem crescendo vertiginosamente uma vez que apresenta inúmeras vantagens: redução de custos com aluguel, vendedores, decoração, vitrines, segurança e saneamento, resultando em produtos com preços mais competitivos; disponibilidade de atendimento todos os dias da semana, 24 horas por dia, apenas para enumerar algumas.

No entanto, a ascensão do comércio eletrônico vem provocando a cobiça dos e o acirramento dos ânimos dos entes federados, já que a dinâmica de arrecadação prevista na legislação pátria favorece, ainda mais, os Estados mais ricos.

Visando alcançar seu objetivo primordial de resolver conflitos e evitar uma guerra fiscal, o CONFAZ, elaborou o Protocolo 021/2011 visando regulamentar e distribuir, de maneira equitativa, o tributo incidente sobre o comércio eletrônico.

De acordo com suas regras, as unidades Federadas de destino dos tributos estão autorizadas a exigir a parcela do ICMS devido na



operação interestadual em que o consumidor adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou showroom, inclusive em relação às aquisições de Estados não signatários do Protocolo.

O imposto devido corresponderá ao percentual da alíquota interna do produto prevista no Estado de destino, deduzida a parcela relativa aos percentuais de 7% ou 12%, conforme o Estado de origem, sendo a responsabilidade pelo recolhimento atribuída ao remetente na hipótese de este estar estabelecido em unidade federada também signatária do presente ato, que tem efeitos a partir de 1º de maio de 2011.

Nesse diapasão é importante salientar que o artigo 100, inciso IV, do CTN, estabelece que os convênios celebrados entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, são normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos.

Registre-se, ainda que o Protocolo 021/2011 tem origem em ato multilateral do CONFAZ, instituindo uma nova política de tributação, que busca alcançar o equilíbrio arrecadatório atualmente ameaçado por essa nova modalidade de comércio, realizada por atos não presenciais por meio de internet, telemarketing e showroom. Não há concessão de benefícios fiscais de ICMS, que somente poderiam ser levados a efeito por meio de convênios CONFAZ.

A propósito, vale destacar os *considerandos* do protocolo 21/2011:

considerando que o aumento dessa modalidade de comércio, de forma não presencial, especialmente as compras por meio da internet, telemarketing e showroom, deslocou as operações



comerciais com consumidor final, não contribuintes de ICMS, para vertente diferente daquela que ocorria predominante quando da promulgação da Constituição Federal de 1988;

considerando que o imposto incidente sobre as operações de que trata este protocolo é imposto sobre o consumo, cuja repartição tributária deve observar esta natureza do ICMS, que a Carta Magna na sua essência assegurou às unidades federadas onde ocorre o consumo da mercadoria ou bem;

considerando a substancial e crescente mudança do comércio convencional para essa modalidade de comércio, persistindo, todavia, a tributação apenas na origem, o que não coaduna com a essência do principal imposto estadual, não preservando a repartição do produto da arrecadação dessa operação entre as unidades federadas de origem e de destino, resolve celebrar o seguinte

Veja-se, portanto, que o Protocolo visa justamente alcançar um dos objetivos principais da Lei Maior que é a redução das desigualdades regionais, garantindo o desenvolvimento nacional (art. 3º, II e III da CF).

Trata-se de verdadeira proteção ao princípio federativo uma vez que um dos efeitos mais perversos da desigualdade na distribuição da renda tributária é a perda significativa de autonomia dos membros mais pobres. Deveras, receita insuficiente para cobrir os custos implica em maior dependência da União e, conseqüentemente, risco de quebra do pacto federativo, cláusula pétrea constitucional.

Se o Protocolo impugnado encontra-se em consonância com um objetivo maior da República, não há que se falar em violação de norma tributária uma vez que, na lição de Paulo Bonavides, os princípios têm precedência sobre as normas.



Assim, é que não há *fumus boni jûris* a socorrer o direito autoral invocado, sob pena de flagrante violação aos princípios constitucionais mais caros ao ordenamento pátrio.

Por outro lado, não se pode interpretar a Constituição Federal de forma literal e isolada, conforme preconiza a impetrante. Na verdade, não se pode ignorar os avanços tecnológicos havidos, que alteraram, por completo, a realidade das operações comerciais.

Em suma, em termos de interpretação constitucional, não se pode desprezar a realidade, aliás, conforme já reconhecido por este Excelso Pretório (ADPF 153):

LEI N. 6.683/79. A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTO-ANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE. 1. **Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas**



jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida.

In casu, é facilmente perceptível que não foram alterados aspectos da hipótese de incidência do ICMS ou estabelecidos limites ao tráfego de bens e ou diferença tributária entre bens, em razão de sua procedência.

O que se almeja apenas é o reequilíbrio do pacto federativo, profundamente alterado pelas novas relações sociais advindas do *e-commerce*, evitando-se o enriquecimento excessivo de um ou alguns Estados em detrimento dos demais, o que vai de encontro ao objetivo fundamental da República de tentar erradicar as desigualdades regionais.

Forçoso reconhecer que uma loja virtual, embora esteja fisicamente situada em apenas uma unidade federada, alcança todos os demais estados.

E que, com isso, uma operação virtual realizada com consumidor de outro Estado não pode ser considerada interestadual, mas sim interna, isto é, a impetrante, através da internet, vai até o endereço do comprador, onde é realizada a operação.

Noutro dizer, embora a saída do bem se verifique no Estado fornecedor, a aquisição do produto se dá no Estado consumidor afasta a aplicação da norma inserta no artigo 155, par. 2º, "b", da CFRB.



Não há, pois, como se atribuir, ao Estado de origem, a integralidade da receita tributária, visto que a operação envolveu dois Estados distintos, o consumidor, no qual se dá a compra da mercadoria, e o fornecedor, no qual se dá a saída da mercadoria.

Essa constatação evidencia, mais uma vez, que não há qualquer equívoco no protocolo ICMS nº 21/2011, não havendo que se falar em *fumus boni jûris* a favorecer a concessão de liminar.

Com efeito, se o Estado do Espírito Santo deixar de receber o ICMS incidente sobre tais operações continuará sofrendo uma redução significativa em suas receitas, que não mais serão aplicadas nos setores da saúde, educação, segurança pública, etc.

Vale destacar que a previsão da Secretaria de Estado da Fazenda, para o ano de 2011, é de perda de mais de R\$ 1,4 bilhão em vendas, devido à compra de produtos de outros estados pela internet.

Essa redução de vendas faz com que cerca de R\$ 167 milhões deixem de ser arrecadados pelo governo capixaba.

3. CONCLUSÃO.

Eminentes Julgadores, resta claro que não se verificam os necessários requisitos para o cabimento da presente ADI, razão pela qual merece ser extinto o presente feito sem julgamento do mérito da ação.



Se assim não ocorrer, é certo, por outro lado, que inexistente violação à ordem constitucional no Protocolo CONFAZ 21/2011, esperando, em razão de todo o exposto nesta peça, sejam os pedidos julgados improcedentes em todos os seus termos.

Estas são as informações que tenho a prestar a esse Excelso Supremo Tribunal Federal, aproveitando a oportunidade para renovar, juntamente com o Procurador-Geral do Estado que a esta subscreve, os nossos sinceros votos de estima e consideração.

Cordialmente,



JOSE RENATO CASAGRANDE
Governador do Estado do Espírito Santo



RODRIGO MARQUES DE ABREU JÚDICA
Procurador Geral do Estado



CLÁUDIO PENEDO MADUREIRA
Procurador do Estado Chefe do CEI

CAMILA PIZZOL DE ALMEIDA
Procuradora do Estado