



Gabinete do Governador
Palácio do Campo das Princesas – Praça da República s/n
50.010-040 Recife/PE
Telefone: (81) 3181-2100/ Fax: (81) 31812322

Ofício nº **511** /11 – GG/PE

Recife, 28 de setembro de 2011.

A Sua Excelência o Senhor
LUÍZ FUX
Ministro do Supremo Tribunal Federal
Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4628
Brasília-DF

Referência: **Informações solicitadas através do Ofício nº 6.105/R**

Senhor Ministro,

Em atendimento ao Ofício nº 6.105/R, encaminho a Vossa Excelência as **INFORMACÕES** referentes ao pedido de liminar formulado na **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4628**, ajuizada pela CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO – CNC, em face do Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.

Atenciosamente,


EDUARDO HENRIQUE ACCIOLY CAMPOS
Governador do Estado de Pernambuco


Alexandre Auto de Alencar
Procurador Geral Adjunto



**ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUIZ FUX, DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL, RELATOR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4628**

ADI Nº 4628

REQTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E
TURISMO (CNC)

INTDO: ESTADO DO ACRE E OUTROS

AM. CURIAE: ESTADO DE SÃO PAULO

O GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO, tendo recebido o Ofício nº 6.105/R, vem, respeitosamente, no prazo de cinco dias assinalado, nos termos da Lei nº 9.868/99, prestar as **INFORMAÇÕES** que se seguem, acerca do pedido de MEDIDA LIMINAR.

1. OBJETO DA ADI

A presente ação direta de inconstitucionalidade tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade do Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, que versa sobre a tributação por ICMS de operações interestaduais em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial, por meio de *internet, telemarketing* ou *showroom*.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Em suma, alega a Requerente, após digressões desnecessárias e impertinentes ao caso acerca da “voracidade tributária” do Estado e outras expressões similares:

- A) O Protocolo firmado pelos integrantes do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ não seria instrumento hábil para alterar a Constituição da República que, submetendo o sistema tributário ao princípio da tipicidade fechada, disciplina as alíquotas interestaduais do ICMS, repartindo-as entre os Estados apenas quando se trata de operações entre contribuintes, suscitando assim ofensa ao art. 155, §2º, VII, *b* da Constituição da República.
- B) O Protocolo em questão provocaria bitributação, “pois os signatários invadem a competência própria daquelas unidades federadas (de origem da mercadoria ou bem) que constitucionalmente têm o direito de constar como sujeitos ativos da relação tributária quando da venda de bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outra unidade da Federação.”
- C) Alega ainda que o Protocolo atacado provocaria a utilização do tributo com efeito de confisco, violando o art. 150, IV da Constituição.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

- D) O Protocolo também acarretaria limitações ao tráfego de pessoas ou bens, em desacordo com o art. 150, V da Constituição.
- E) Finalmente, o ato normativo impugnado ofenderia o §7º do art. 150 da Constituição, ao criar hipótese de substituição tributária não prevista em lei complementar federal.

Foi admitido na lide como *amicus curiae* o Estado de São Paulo, que não assinou o indigitado Protocolo, ratificando os argumentos suscitados pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo – CNC e invocando outras supostas inconstitucionalidades, de natureza *orgânica*.

2. A ADESÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

O Estado de Pernambuco assinou o Protocolo ICMS 21/2011 na convicção de que o mesmo é instrumento jurídico-normativo hábil a implementar uma política fiscal justa, com a divisão das receitas auferidas nas vendas do comércio virtual, que não se materializam no Estado fornecedor, mas no domicílio do consumidor.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Não se tratou de aumentar a carga tributária, mas de adequar a cobrança do imposto às formas atuais em que são realizadas as operações mercantis, bastante distintas das utilizadas quando da promulgação da Carta de 1988. Essa adequação é imperiosa justamente para conferir validade ao Pacto Federativo e para minorar as desigualdades regionais, pilares imutáveis da Constituição da República.

Todavia, embora confiante na validade do Protocolo em debate, o Estado de Pernambuco ainda não editou norma interna incorporando o ajuste, de modo que as normas nele constantes não vêm produzindo efeito concreto neste Estado, até o momento. Esse fato se dá em respeito ao aguardado pronunciamento desse Excelso Pretório, que há de negar a medida cautelar, como se espera e requer.

3. O PROTOCOLO ICMS 21/2011

O PROTOCOLO ICMS CONFAZ Nº 21/2011 foi assinado pelos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Rondônia e Sergipe e o Distrito Federal.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Inicialmente, deve-se dizer que as operações interestaduais realizadas entre os Estados signatários do Protocolo em questão não geram nenhum questionamento, posto que, nesse caso, o ICMS é repartido entre o Estado de origem da mercadoria e o Estado de destino, estando ambas as Unidades da Federação de acordo com essa repartição.

Por exemplo, numa aquisição de mercadoria através de operação interestadual não presencial por meio de *internet*, *telemarketing* ou *showroom* entre os Estados do Pará (origem) e Pernambuco (destino), o ICMS será simplesmente rateado entre o destino e a origem da seguinte forma: 12% (doze por cento) ficará com o Estado do Pará (situado na Região Norte) e os restantes 5% (cinco por cento) serão destinados ao Estado de Pernambuco.

No exemplo dado, esses 5% (cinco por cento) destinados ao Estado de destino das mercadorias são o resultado da alíquota interna do Estado de Pernambuco menos os 12% (doze por cento) devidos ao Estado de origem (Pará).

A insurgência contra o Protocolo ocorre apenas em relação às aquisições interestaduais por meio de *internet*, *telemarketing* ou *showroom* originadas dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Santa Catarina e Amazonas e destinadas a um dos Estados signatários do Protocolo, uma vez que as Unidades Federadas não



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

signatárias recusam-se a repartir o ICMS com os Estados onde se situam os consumidores das mercadorias deles adquiridas de forma não presencial. Dessarte, quem promoveria a bitributação seriam estas Unidades, ao se recusarem a compartilhar o imposto, cobrando-o duas vezes.

3.1. CONSTITUCIONALIDADE

Não se pode perder de vista que a República Federativa do Brasil tem como princípio econômico assegurar a todos uma existência digna, pautada, entre outros princípios, pela redução das desigualdades regionais e sociais. É o que se observa dos seguintes artigos da Constituição de 1988:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais e regionais;**
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - **redução das desigualdades regionais e sociais;**

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A justiça social que permite assegurar existência digna é a justiça distributiva, cujo principal instrumento é a cobrança de tributos. É somente através dos tributos que o Estado adquire os recursos para a implementação das políticas públicas visando à consecução dos seus objetivos constitucionais, entre eles a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a garantia do desenvolvimento nacional e da erradicação da pobreza e da marginalização.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

A atitude dos Estados não signatários do Protocolo em questão, ao recusarem a divisão do ICMS entre as Unidades Federativas produtoras e as consumidoras, compromete sobremaneira a economia pública dessas últimas, ferindo também o princípio da isonomia tributária assegurado aos contribuintes consumidores, na medida em que os Estados onde se situam os consumidores das mercadorias adquiridas de forma não presencial se vêem compelidos a cobrar também sua participação no ICMS interestadual.

É preciso ressaltar que, conforme restou muito bem consignado nos consideranda do Protocolo em questão, atualmente o comércio mundial dá-se cada vez mais de forma remota, não presencial, especialmente por meio da *internet*, *telemarketing* e *showroom*. Essa realidade deslocou as operações comerciais com consumidor final, não contribuintes de ICMS, para vertente diferente daquela que ocorria predominantemente em 1988, quando da promulgação da Constituição da República. As razões que motivaram o Protocolo ICMS 21/2011 foram assim sintetizadas:

“(...)considerando que a sistemática atual do comércio mundial permite a aquisição de mercadorias e bens de forma remota;

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;



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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 Protocolo(...)"

Com efeito, o Constituinte de 1988 não previu o avanço do comércio eletrônico e a distorção que este vem causando na arrecadação do ICMS e sua partilha entre os Estados da Federação.

A consequência que já vem se desenhando é a quebra do **Pacto Federativo**, porquanto apenas alguns Estados, historicamente mais ricos e por isso maiores produtores de bens de consumo, arrecadarão mais ICMS em virtude de uma interpretação hermética e literal do que vem a ser comércio eletrônico.

Ora, não há como interpretar as normas constitucionais sem levar em conta essa nova realidade em contraponto com o momento histórico em que foi promulgada a Constituição, sempre com a finalidade de preservar o **pacto federativo** e de tentar **reduzir as desigualdades regionais**, estas sim



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

“cláusulas pétreas” da Carta Constitucional, resistentes à passagem do tempo e à mudança dos costumes.

Nesse sentido, veja-se a lição de Paulo Bonavides:

“(…) A indagação sistemática se completa, afinal, com o exame de um importantíssimo aspecto do sistema constitucional, ou seja, o de sua evolução.

A análise interpretativa da Constituição não pode, por conseguinte, prescindir do critério evolutivo, mediante o qual se explicam as transformações ocorrentes no sistema, bem como as variações de sentido que tanto se aplicam ao texto normativo, como à realidade que lhe serve de base – a chamada realidade constitucional, cuja mudança é, não raro, lenta e imperceptível ao observador comum.

(…) Em suma, o sistema constitucional pede o emprego de métodos hermenêuticos que possam de perto acompanhar as variações dinâmicas da Constituição, presos atentamente ao critério evolutivo, sempre de fundamental importância para a análise interpretativa”. (Curso de Direito Constitucional, 11ª Ed., Malheiros Editores, p.118/119, São Paulo, 2001).

Na petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a autora concorda que *“é indiscutível que o Brasil e o mundo mudaram muito desde a promulgação da Constituição de 1988. Assim também ocorreu com as formas de se adquirir um produto ou serviço, sendo a internet um instrumento ainda relativamente novo e crescente que alterou em muito a forma ordinária de se fazer compras.”*



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Todavia, a CNC, assim como o Estado de São Paulo, apesar de reconhecerem a evidente distorção que o ICMS apresenta hoje nas operações de compra e venda virtuais, recusam-se a interpretar a Constituição à luz dos seus princípios, preferindo uma leitura reducionista do art. 155, §2º, VII, *b* do Texto Magno.

Efetivamente, o Protocolo ICMS nº 21/11 apenas adaptou à nova realidade do comércio eletrônico a exigibilidade do imposto estadual, que incide na verdade sobre o consumo, sendo todo o imposto sempre repassado no preço ao consumidor final, apelidado contribuinte *de fato*.

A interpretação dos Estados subscritores do Protocolo é mais que razoável, é a que melhor representa o momento atual das atividades comerciais. Pois, sem criar nova incidência ou agravar a carga tributária, resguarda o pacto federativo e norteia-se pelo princípio da redução das desigualdades regionais, realizando, de fato, a justiça distributiva em relação à partilha da arrecadação do ICMS.

Com efeito, não há como negar que a chamada empresa virtual vai ao encontro do consumidor em todas as cidades, em todos os Estados da Federação, seja por meio da *internet*, do *telemarketing* ou *showroom*. A empresa virtual vai ao Estado onde está localizado o consumidor e lá realiza a operação, sendo o deslocamento da mercadoria mero trânsito entre o galpão do estoque e o endereço do destinatário.



**ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

Ou seja, nessa realidade virtual, pode-se-ia inclusive afirmar, sem que pareça absurdo, que o ICMS seria devido integralmente ao Estado onde se encontra situado o adquirente da mercadoria, pois é ali que se concretiza a operação inicialmente virtual, na residência ou na empresa do consumidor, que acessa a *internet* ou telefona e adquire o produto. Mas não foi esse o objetivo do Protocolo ICMS 21/2011. Para evitar o radicalismo e perseguindo sempre uma solução que espelhasse a razoabilidade e a proporcionalidade, como valores caros à Constituição, propôs-se uma partilha, nos moldes já realizados nas operações entre contribuintes e nas vendas diretas de automóveis, já disciplinada pelo Convênio ICMS 51/2000, não questionado.

Também se diga, a favor do Protocolo ICMS CONFAZ nº 21/2011, que a Lei Complementar nº 87/96, que dispõe sobre normas gerais em matéria de ICMS, expressamente consigna, em seu art. 9º, *verbis*:

Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

O disposto nesse artigo da Lei Complementar nº 87/96 é que foi objeto do Protocolo ora atacado, não se vislumbrando nenhuma ilegalidade nem a suposta inconstitucionalidade alegada pela Autora, por violação ao §7º do art. 150 da Constituição.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Igualmente não há que se falar em ofensa aos incisos IV e V do citado art. 150. É totalmente forçada a argumentação da CNC, no sentido de que haveria confisco ou limitação do tráfego de pessoas e bens. O Protocolo não prevê confisco de mercadorias nem apreensões, nem tampouco discrimina a origem dos produtos. Ao contrário, é válido para as compras realizadas em todos os Estados da Federação. Repita-se: não há aumento da carga de tributária – donde se exclui de imediato a alegação de confisco – mas apenas partilha da alíquota incidente sobre as operações interestaduais não presenciais destinadas a consumidores finais, vez que a interpretação dos Estados signatários é a de que o fato gerador ocorre com a entrega da mercadoria, uma vez que não há contato físico, presencial, direto, no estabelecimento vendedor.

O ICMS, como já afirmado, é imposto sobre o consumo, cuja repartição tributária deve observar esta natureza, jamais olvidando que a Carta Magna, na sua essência, assegurou a tributação às Unidades Federadas onde ocorre o consumo da mercadoria ou bem.

A distinção entre vendas a contribuintes e a consumidores finais constante da Constituição e defendida de forma ferrenha pelo Estado de São Paulo traduz o que ocorria na época da promulgação da Carta: os contribuintes, isto é, comerciantes, adquiriam produtos de fornecedores em outros Estados para revenda no seu estabelecimento, onde ocorria o efetivo consumo, com a venda ao consumidor final. Daí a necessidade da previsão



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

da partilha da alíquota, para que o Estado consumidor recebesse sua parcela. Já em relação aos consumidores finais, estes adquiriam as mercadorias, na maioria das vezes, ao se deslocarem a outros Estados, onde se realizava de fato o consumo.

Com a substancial e crescente substituição das operações de compra e venda convencionais pela modalidade de comércio remoto ou não presencial, a manutenção da tributação apenas na origem, não se coaduna com a essência do ICMS, pois o consumo não se realiza no Estado fornecedor, mas no domicílio do consumidor que adquiriu o produto através da *internet*, *showroom* ou *telemarketing*. Essa é, precisamente, a distorção que se objetivou corrigir através do Protocolo ICMS CONFAZ nº 21/2011.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu Curso de Direito Constitucional¹, explica a *mutação constitucional* e seus limites, ensinando:

5.7.Mutação constitucional

“(...)as mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação, tal qual nos ensina Miguel Reale, com a profundidade e elegância de costume:

'Leis há (e estamos aqui dando preferência ao estudo das leis ou normas legais, apenas pela facilidade de exposição, *sendo, no entanto, as*

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 2ª Edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. Págs. 129 a 133)



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

observações válidas para todas as espécies de normas jurídicas) leis há, sem dúvida, que durante todo o período de sua vigência, sofrem pequenas alterações semânticas, mantendo quase intocável a sua conotação originária. Isso ocorre quando não se verifica mudança de relevo na *tábua dos valores sociais*, nem inovações de monta no concernente aos *suportes fáticos*.

Muitas e muitas vezes, porém, as palavras das leis conservam-se imutáveis, mas a sua acepção sofre um processo de erosão ou, ao contrário, de enriquecimento, em virtude da interferência de fatores diversos que vêm amoldar a letra da lei a um *novo espírito*, a uma imprevista *ratio juris*. Tais alterações na semântica normativa podem resultar:

- a) do impacto de *valorações* novas, ou de mutações imprevistas na hierarquia dos valores dominantes;
- b) da superveniência de *atos* que venham modificar para mais ou para menos os *dados* da incidência normativa;
- c) da intercorrência de outras normas, que não revogam propriamente uma regra em vigor, mas interferem no seu campo ou linha de interpretação;
- d) da conjugação de dois ou até dos três fatores acima discriminados'. (...)

Vistas a essa luz, portanto, as mutações constitucionais são decorrentes – nisto residiria a sua especificidade – da conjugação da *peculiaridade* da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, com os *fatores externos*, de ordem econômica, social e cultural, que a Constituição – pluralista por antonomásia –, intenta regular e que, dialeticamente, interagem com ela, produzindo leituras sempre renovadas das mensagens enviadas pelo constituinte.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

5.8. Limites da mutação constitucional

(...)

(...)No caso específico das Cartas Políticas, essas novas compreensões da fala constitucional mais não fazem do que exprimir o modo como os seus operadores, imersos em concretas situações hermenêuticas, vão transformando o direito legislado em direito interpretado, a compasso das alterações no prisma histórico-social de concretização dos mandamentos constitucionais.(...)

(...)

O tema, que preocupa os juristas, em geral, assume especial relevo entre os que trabalham com a Constituição, porque, em razão do efeito irradiante da interpretação constitucional, mesmo as leituras não autorizadas do seu texto se espraiam por todo o ordenamento jurídico e nele provocam estragos, pelo menos até que sejam retiradas de circulação.

Levadas a tais extremos, ou aceitas sem maior cuidado pela lei do menor esforço – afinal, todos sabem que novas interpretações, assim como as chamadas recepções, são formas abreviadas de criação do direito –, essas mutações constitucionais acabam afetando o núcleo duro das constituições, aquele conteúdo essencial que as próprias cartas políticas, para não perder a identidade, cautelosamente protegem contra tudo e contra todos, mas, em especial, contra as tentações dos seus reformadores de plantão. Daí a existência das chamadas cláusulas pétreas ou garantias de eternidade, como as da Constituição brasileira, cujo art. 60, §4º, estatui/adverte, peremptoriamente, que não será objeto de deliberação qualquer proposta de emenda tendente – isso mesmo, apenas tendente – a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

Pois bem, em que pese ao teor desse comando e de outros semelhantes, acaso existentes noutras constituições, o fato é que, mesmo reputadas cláusulas pétreas, essas disposições não



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

falam por si, dependentes, que são, como todas as palavras, da compreensão dos seus usuários – no jogo de linguagem de que participam –, sejam esses usuários os cidadãos comuns, que no cotidiano de suas existências realizam a Constituição, ou os destinatários oficiais dessas disposições – legisladores, juízes e autoridades administrativas –, cuja fidelidade à Carta Política é imprescindível para a proteção do seu núcleo essencial. Não por acaso, ao instituir o Supremo Tribunal Federal, a nossa Constituição se entregou, por inteiro, à guarda dessa Corte, mesmo sabendo – ou porque soubesse –, que a sua integridade dependeria, exclusivamente, da dignidade dos seus juízes, que de armas eles não dispõem.”

A percuciente lição do Ministro e Professor é totalmente aplicável ao presente caso, em que a interpretação adotada pelo Protocolo ICMS 21/2011, ao invés de afrontar o *núcleo duro* da Carta, vem justamente restaurar o Pacto Federativo, açotado pela cobrança unilateral do tributo pelos Estados não signatários, que desnaturam sua essência de imposto sobre o consumo, prejudicando as Unidades Federativas predominantemente consumidoras, nesses tempos de comércio virtual.

Recorre-se finalmente à lição do Ministro Celso de Mello, ao aprofundar o papel eminente do Supremo Tribunal Federal, já decantado acima, no exercício de sua prerrogativa de *formular e revelar o próprio sentido do texto constitucional*. Nesse sentido, veja-se trecho da ementa e voto proferido no Mandado de Segurança nº 26603/DF, perante o Tribunal Pleno² :

² Embora o mandado de segurança citado trate de questão eleitoral, o Voto do Ministro Celso de Mello representa uma aula de direito constitucional.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

E M E N T A: (...)O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO - O MONOPÓLIO DA "ÚLTIMA PALAVRA", PELA SUPREMA CORTE, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL – (...)A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. - A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental."(DJe 19/12/2008)



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Trecho do Voto de mérito (fls. 50 e 51):

“As observações que venho a fazer, Senhora Presidente, enfatizam a circunstância – que assume absoluto relevo – de que não se pode minimizar o papel do Supremo Tribunal Federal e de suas decisões em matéria constitucional, pois, consoante adverte o eminente Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido no AI 460.439-AgR/DF, trata-se de *'decisões que concretizam, diretamente, o próprio texto da Constituição'*.

É preciso ter em perspectiva que o exercício da jurisdição constitucional, por esta Suprema Corte, tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, o que põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal – compreendida a expressão *'dimensão política'* em seu sentido helênico (como apropriadamente a ela se referiu a eminente Ministra CARMEN LÚCIA em outra oportunidade) –, pois, no processo de indagação constitucional, reside a magna prerrogativa outorgada a esta Corte de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder.

Daí a precisa observação de FRANCISCO CAMPOS (*'Direito Constitucional'*, vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), cujo magistério enfatiza, corretamente, que, no poder de interpretar, inclui-se a prerrogativa de formular e revelar o próprio sentido do texto constitucional. É que – segundo a lição desse eminente publicista – *'O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte'*.

Em uma palavra: não se pode ignorar, muito menos desconsiderar, o papel eminente que a ordem jurídica atribuiu ao Supremo Tribunal Federal em tema de interpretação da Constituição da República.”



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Firme nesse entendimento, de que o texto constitucional compõe-se de letras que não falam por si, mas é vivificado pela interpretação, sempre teleológica e condizente com seus princípios, é que o Estado de Pernambuco acredita que esse Excelso Supremo Tribunal Federal pode e irá, levando em consideração a realidade das relações econômicas e comerciais amadurecidas ao longo desses 23 anos da promulgação da Carta de 1988, adotar a interpretação mais razoável e mais justa, traduzida no Protocolo ICMS 21/2011.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, restou demonstrada a legitimidade do ato normativo atacado, porquanto: a) o Protocolo foi firmado em atenção aos comandos do artigo 155 da Constituição Federal de 1988, assim como da Lei Complementar nº 87/96; e b) apresenta-se como razoável interpretação da Constituição, atenta à preservação do Pacto Federativo, em face da mutação da realidade econômica ocorrida desde a promulgação da Constituição de 1988.

5. PEDIDO

Diante do exposto, requer-se o indeferimento da Medida Cautelar requerida pela Autora e reforçada pelo Estado de São Paulo, em face da presunção de constitucionalidade de que goza o ato normativo impugnado,



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

decorrente de interpretação razoável e justa da incidência do ICMS nas operações de compra e venda não presenciais, conforme demonstrado.

Protesta-se pela oportuna apresentação de Informações mais completas, no prazo legal de trinta dias, após regular intimação, em atenção ao art. 6º e parágrafo único da Lei nº 9.868/99, a fim de que ao final seja a Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente, declarando-se a constitucionalidade do Protocolo ICMS Nº 21, de 1º de abril de 2011.

Pede deferimento.

Recife, 28 de setembro de 2011.


EDUARDO HENRIQUE ACCIOLY CAMPOS

GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO


THIAGO ARRAES DE ALENCAR NORÕES

PROCURADOR GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Alexandre Auto de Alencar
Procurador Adjunto


BIANCA TEIXEIRA AVALLONE

PROCURADORA CHEFE ADJUNTA DA PROC. DA FAZENDA


ROSANA WANDERLEY CAMPOS

PROCURADORA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

SERGIO AUGUSTO SANTANA SILVA

PROCURADOR CHEFE DA 4ª PROCURADORIA REGIONAL - BRASÍLIA