

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUIZ FUX, M.D. RELATOR DA ADI
Nº 4628/DF

O ESTADO DA PARAIBA, pessoa jurídica de direito público interno, inscrito no CNPJ/MF sob o número 08.761.124/0001-00, na forma do quanto estabelecido na Constituição Federal de 1988, artigo 132, combinado com o artigo 133 da Constituição do Estado da Paraíba e com o artigo 12, I, do Código de Processo Civil, representado pela Procuradoria-Geral do Estado, através do procurador abaixo assinado, com endereço onde deverão ser encaminhados todos os comunicados dos atos processuais no SBN - Qd. 2 - Bl. F - Projeção 14 - Ed. Central Brasília (sobreloja) 70.040-904 - Brasília/DF, vem, perante Vossa Excelência, nos termos da Lei federal nº 9.868/99, **PRESTAR AS INFORMAÇÕES** de estilo, tendo em vista as razões de fato e de direito adiante aduzidas:

1. BREVE RESUMO DA CAUSA DE PEDIR E DO PEDIDO

A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade tem por objeto a impugnação do Protocolo ICMS n.º 21/2011 em face da Constituição Federal, sob a alegação de que a exigência do ICMS pela unidade federada a que se destina o bem ou mercadoria adquirida de forma não presencial seria uma maneira de bitributação, além de dar natureza confiscatória ao

tributo, bem como por instituir hipótese de responsabilidade tributária por ato infralegal.

Ocorre que a presente Ação Direta não pode ser conhecida, em função do ato impugnado não ser ato normativo sujeito a controle concentrado de constitucionalidade.

Ademais, caso seja conhecida a presente, o que não se acredita, os seus pedidos devem ser julgados totalmente improcedentes, pois são totalmente constitucionais as disposições do ato impugnado, senão veja-se:

2. ESCLARECIMENTO INICIAL: AUSÊNCIA DE INCORPORAÇÃO DO PROTOCOLO ICMS Nº 021/2011/CONFAZ À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA DO ESTADO DA PARAÍBA

Deve-se esclarecer, inicialmente, que apesar de o Secretário da Receita do Estado da Paraíba ter assinado o Protocolo ICMS n. 021/2011/CONFAZ, até o presente momento, o mencionado ajuste não foi incorporado à legislação tributária estadual paraibana.

Dessa maneira, o indigitado Protocolo não produziu qualquer efeito concreto no âmbito do território do Estado da Paraíba.

3. DA CARÊNCIA DE AÇÃO - ATO IMPUGNADO NÃO TEM NATUREZA DE ATO NORMATIVO - ATO CARENTE DE JURIDICIDADE - IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição da República dispõe em seu artigo 102, inciso I, alínea 'a' que compete ao Supremo Tribunal

Federal processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Percebe-se, assim, que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é a lei ou ato normativo que se mostrar incompatível com a Constituição da República.

Por lei deve ser entendido todas as espécies normativas do artigo 59 da Constituição Federal, quais sejam: emendas à Constituição, leis complementares leis ordinárias, leis delegadas, Medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

No tocante aos atos normativos, segundo Alexandre de Moraes¹, estes podem ser: a) *resoluções administrativas dos tribunais;* b) *atos estatais de conteúdo meramente derogatório, como as resoluções administrativas, desde que incidam sobre atos de caráter normativo.*

Assim, percebe-se claramente que o ato impugnado não tem nem natureza jurídica de lei, nem tampouco de ato normativo com fundamento direto na Constituição Federal.

O ato impugnado tem natureza jurídica de acordo entre as partes signatárias, e está fundamentado no disposto nos artigos 102 e 199 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e no art. 9º da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.

¹ Alendre de Moraes, Direito Constitucional, p.559

Nesse diapasão o Protocolo 21 não está revestido de autonomia jurídica a fim de qualificá-lo como ato normativo suscetível de controle concentrado de constitucionalidade, não devendo, assim, ser conhecida a presente ação, conforme entendimento uníssono desse Colendo STF:

EMENTA: ADIN - ATOS NORMATIVOS 24 E 25/89, DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL - JUÍZO PREVIO DE LEGALIDADE - OBJETO INIDONEO PARA O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - AÇÃO NÃO-CONHECIDA - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. - A ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento hábil ao controle da validade de atos normativos infralegais em face da lei sob cuja égide foram editados, ainda que, num desdobramento, se estabeleça, mediante previa aferição da inobservância dessa mesma lei, o confronto conseqüente com a Constituição Federal. Crises de legalidade, caracterizadas pela inobservância, por parte da autoridade administrativa, do seu dever jurídico de subordinação normativa a lei, revelam-se estranhas ao controle normativo abstrato, cuja finalidade restringe-se, exclusivamente, a aferição de eventual descumprimento, desde que direto e frontal, das normas inscritas na Carta Política. A ação direta de inconstitucionalidade - quando utilizada como instrumento de controle abstrato da mera legalidade dos atos editados pelo Poder Público - descaracteriza-se em sua precípua função político-jurídica, na medida em que, reduzindo-se em sua dimensão institucional, converte-se em meio processual desvinculado da finalidade para a qual foi concebido. (ADI 264 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/1992, DJ 08-04-1994 PP-07222 EMENT VOL-01739-01 PP-00039)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DECRETO REGULAMENTAR. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. Decreto n. 982, de 12.IX.93. I. - Decreto regulamentar não está sujeito ao controle de constitucionalidade, dado que se o decreto vai além do conteúdo da lei,

prática ilegalidade e não inconstitucionalidade. Somente na hipótese de não existir lei que preceda o ato regulamentar, e que poderia este ser acoimado de inconstitucional, assim sujeito ao controle de constitucionalidade. II. - No caso, o Decreto 982, de 1993, destina-se, simplesmente, a regulamentar os atos dos agentes fiscais diante da ocorrência dos delitos inscritos no seu art. 1., incisos I a XXII. III. - ADIn não conhecida. (ADI 1253 MC, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1994, DJ 25-08-1995 PP-26022 EMENT VOL-01797-02 PP-00267)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO CABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE NORMATIVIDADE NO ATO IMPUGNADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O ato impugnado --- PARECER/MP/CONJUR/DR/N. 0470-2,9/2001 --- do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão --- não é dotado de caráter imperativo, generalidade, abstração e coercibilidade que caracterizam os textos normativos. 2. O entendimento da Corte é firme no sentido de que a ação direta não consubstancia via adequada para a impugnação de atos regulamentares ou de cunho interno aos órgãos da Administração. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (ADI 3805 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2009, DJe-152 DIVULG 13-08-2009 PUBLIC 14-08-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-01 PP-00125 LEXSTF v. 31, n. 368, 2009, p. 89-98)

Registre-se que o protocolo ora impugnado nada mais é que um ajuste, um acordo entre os Estados signatários para que eles possam exigir parcela de ICMS referente à determinada operação mercantil não presencial quando da entrada da mercadoria no estado de destino.

O protocolo impugnado apenas autoriza uma forma de tributação de determinada operação mercantil, fixando, inclusive, em sua cláusula sexta que é uma faculdade da unidade federada estabelecer através de legislação própria o início da aplicabilidade da forma de tributação disciplinada pelo Protocolo 21, senão veja-se:

Cláusula sexta - Fica facultada à unidade federada signatária estabelecer, em sua respectiva legislação, prazos diferenciados para o início de aplicabilidade deste protocolo, relativamente ao tipo de destinatário: pessoa física, pessoa jurídica e órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, inclusive suas autarquias e fundações.

E nem poderia ser diferente, já que o princípio da legalidade tributária estrita veda que um ato infralegal abarque a disciplina do tributo.

Aliás, comentando sobre o tema em análise o professor Sacha Calmon Navarro Coelho assim discorre:

²“Com efeito, não poderia um mero preposto do chefe do Executivo estadual exercer competência tributária impositiva ou exonerativa. Esta é do ente político, não é do Executivo nem do seu chefe, muito menos do preposto, destituível *ad nutum*. (...) Não, o Secretário de Estado e seus assessores, tecnocratas, são meros funcionários, subalternos, posto que especializados. A primeira

² Coelho, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito tributário Brasileiro, 11ª Ed. P. 182.

rodada dos convênios - em assembléia de estados - é com eles que se realiza. Juridicamente, o principal vem depois, com a ratificação do que eles combinaram. A juridicidade sobrevém quando a decisão tomada em convênio é aprovada pelas assembléias Legislativas estaduais, pressuposto indeclinável de eficácia.”

A propósito, também leciona o mestre Geraldo Ataliba:

³“À semelhança dos tratados internacionais que se convertem em direito interno pela ratificação do Congresso, os convênios - sinônimo absoluto de tratado, segundo o acatado internacionalista Marrota Rangel - só podem preencher as exigências do princípio da legalidade se ratificados pelo Poder Legislativo Estadual. Isto é, aliás, imediata decorrência do princípio da relação de administração - magistralmente exposto por Cirne Lima - que não consente que o Executivo possa deliberar não realizar receita tributária , imperativamente criada por lei.

Ora, não tendo o acordo feito no âmbito do CONFAZ juridicidade e eficácia, já que é dependente de ratificação pela respectiva assembléia legislativa da unidade federada signatária, não é possível o considerá-lo como ato normativo passível de controle concentrado de constitucionalidade.

³ Ataliba, Geraldo. “convênios Interestaduais e ICM”, in *O Estado de São Paulo*, 25.06.1972, p.44

Assim, é curial que se revise a jurisprudência desta Corte Suprema que tem um precedente que admitiu o controle concentrado de um protocolo realizado no âmbito do CONFAZ (ADI 3103/PI) para não se considerar este tipo de ajuste como ato normativo objeto de controle concentrado de constitucionalidade e não se admitir o ajuizamento de ação de direta de inconstitucionalidade contra esse tipo de acordo entre Estados federados.

Ante o exposto, requer a V.Exa. a extinção do processo sem julgamento do mérito, por carência de ação, em virtude do ato impugnado, o Protocolo 21/2011/CONFAZ, não ser um ato normativo passível de controle concentrado de constitucionalidade, já que é carente de juridicidade e depende de lei dos entes tributantes signatários para ganhar eficácia.

4. DO MÉRITO

Em que pese entender que a presente ação vai ser extinta sem julgamento do mérito, em virtude da ausência de normatividade do ato impugnado, em atenção ao princípio da eventualidade, passa-se a enfrentar o mérito da ação.

Ao se examinar a questão sob o enfoque constitucional, tal só poderá se dá à luz da análise previa do artigo 3º da Constituição Federal. Nenhuma legislação, nenhuma decisão será constitucional se não atender ou não objetivar atender aos objetivos FUNDAMENTAIS da República Federativa do Brasil insculpidos naquele artigo, dentre os quais o de

garantir o desenvolvimento nacional e o de reduzir as desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3º, II e III).

Pela tese da autora pugna-se a estagnação das desigualdades sociais e regionais via iniciativa privada em confronto com os esforços dos governos e do Constituinte originário em favor de regiões historicamente preteridas - para não dizer exploradas, subtraídas.

Deseja a autora que os recursos do contribuinte de fato das regiões nas quais são devidas ações afirmativas, seriam canalizados, POR EXCLUSIVA OPÇÃO DOS EMPRESÁRIOS, para os centros desenvolvidos industrialmente e, especialmente, para os grandes centros comerciais, para os grandes centros de intermediação, provocando empobrecimento exatamente aonde são devidas ações reparatórias.

SERIA A CONSAGRAÇÃO IMPUNE DO REGIME DE LOJAS DE FACHADA. MERCADORIAS EXCEDENTES AO MERCADO INTERNO DE UM ESTADO NÃO SERIAM "EXPORTADAS" PARA OS REAIS MERCADOS DESTINATÁRIOS. A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS DO MODO QUE IMAGINADA PELA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA SIMPLEMENTE DEIXARIA DE EXISTIR. SERIA UMA ILEGÍTIMA FORMA DE SUBMISSÃO (COLONIZAÇÃO?) DE UMA REGIÃO À OUTRA, DE UM ESTADO A OUTRO, NA CONTRAMÃO DO IDEÁRIO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E EVOLUÇÃO JURÍDICA, ESTA COMO INSTRUMENTO DAQUELOUTRO. EM FRAUDE À CONSTITUIÇÃO, POIS, A PRETENSÃO DA AUTORA.

Verifica-se que a tese da autora - de que não pode ser cobrado o ICMS pelos Estados de destino ou Estado Consumidor nas operações eletrônicas - deve ser apreciada com

cautela; especialmente, quando **a empresa realiza vendas pela internet por meio de lojas "show room" e não apenas diretamente por meio eletrônico.**

A autora alega que o dispositivo constitucional é claro ao estabelecer a alíquota interna, da mesma forma que afirma que o critério temporal para o imposto incidente sobre a circulação das mercadorias é a saída do estabelecimento do vendedor, disposição que se encontra prevista nas leis estaduais instituidoras do ICMS.

Como se pode perceber, uma parte dos bens das associadas da autora é **(i)** comercializada fisicamente, com entrega imediata; **(ii)** outra comercializada diretamente com o consumidor pela internet ou telemarketing; e, por fim, **(iii)** comercializada por encomenda, mas eletronicamente (via internet), através de *site*, após pedido a um de suas distribuidoras, localizada em outro Estado da federação. **Entretanto, a autora não faz essa diferenciação na inicial, levando a crer que toda a cadeia produtiva do bem vendidos por suas filiadas é eletrônica; e, por isso, ausente fato gerador do imposto na Paraíba.**

Por uma liberalidade sua, diz que para dotar esta transação de maior celeridade e DIMINUIR OS CUSTOS OPERACIONAIS, este bem é entregue diretamente ao consumidor, que receberá a Nota Fiscal com o imposto recolhido pelo Estado Fornecedor.

Todavia, a questão controversa que exsurge nessa demanda é saber qual o tratamento tributário a ser dado ao contribuinte, aplicando-lhe a norma legal adequada.

O sistema tributário nacional encontra-se subordinado a dois princípios fundamentais: princípio federativo e o princípio da territorialidade. A característica fundamental do **federalismo** é a autonomia do Estado-Membro, que é resguarda mediante a preservação da competência tributária das pessoas políticas que convivem na federação⁴, garantindo-se a distribuição de receitas - condição indispensável para garantir a consecução de suas finalidades precípua. De outra parte, pelo **princípio da territorialidade**, cada ente federativo possui competência própria para cobrar tributos relativos a fatos geradores ocorridos nos seus respectivos territórios.

Em decorrência desses dois princípios basilares do direito tributário, fica evidenciado que cada Estado da Federação deve auferir a receita tributária decorrente das operações e prestações que forem iniciadas e geradas em seus respectivos territórios, como garantia de sua autonomia política e financeira.

Seguindo essas diretrizes, a Constituição Federal determina no art. 155, § 2º., alínea "b", que nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, deverá ser adotada a alíquota interna do estado de origem, sempre que o destinatário não for contribuinte do imposto estadual. Contudo, insta salientar que

4 PAULSEN, Leandro. Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11ª. Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.886.

esta hipótese refere-se à forma tradicional de compra e venda de bens e serviços, na qual o consumidor se deslocava fisicamente até outra unidade federativa, e ali efetuava a compra. Da mesma forma, a saída do bem ou início da prestação do serviço ocorria, em sua inteireza, no Estado fornecedor, o qual auferia a receita total do imposto incidente na operação ou prestação de serviço, porque efetivada inteiramente nos limites do seu território.

Todavia, esta forma tradicional de compra e venda evoluiu com o crescimento do comércio eletrônico. Na realidade atual, não há deslocamento físico do consumidor final ao Estado fornecedor/produtor da mercadoria. Do mesmo modo que a compra não se efetiva naquele Estado, mas um *site*.

Flagrante observar, que embora a saída do bem ainda se verifique no Estado fornecedor, a compra/aquisição do produto comercializado é efetivada no Estado consumidor, o que afasta de forma irrefutável a aplicabilidade do art. 155, §2º., alínea b da CF. Se a compra é realizada na Paraíba, e a saída é no Estado fornecedor, resulta que a receita do ICMS deve ser repartida entre as unidades da Federação envolvidas no fato econômico que gerou a tributação do imposto, de acordo com os princípios fundamentais do federalismo e da territorialidade.

Adotar disciplina diversa significa admitir que o ICMS incidente sobre a totalidade das vendas eletrônicas fique integralmente com o Estado onde se localiza a empresa fornecedora das mercadorias, em prejuízo do Estado consumidor, e da correta repartição da receita tributária, causando

distorções econômicas e desvirtuando o equilíbrio federativo objetivado pelo legislador constitucional.

Nesse contexto, o Protocolo 21/2011 visa unicamente disciplinar a cobrança do ICMS incidente nas aquisições interestaduais efetuadas diretamente pelo consumidor paraibano, através da internet ou serviço de telemarketing, adotando a mesma sistemática aplicável às vendas interestaduais realizadas por empresa não inscrita no território da Paraíba, ou seja, a cobrança do ICMS correspondente à aplicação da alíquota interna do Estado da Paraíba, deduzindo-se o crédito correspondente à alíquota interestadual.

Ao contrário do que alega a autora, **não há qualquer inovação ou criação de um novo fato gerador do ICMS** ou à atribuição de responsabilidade tributária não prevista na legislação.

Com efeito, na hipótese de compra interestadual de mercadoria efetuada através de empresa não inscrita em território paraibano **(o endereço eletrônico da empresa varejista localizada em outro Estado da Federação equipara-se, para fins de tributação, a um estabelecimento não inscrito no cadastro estadual)** autoriza a cobrança antecipada da diferença de alíquotas do imposto no momento da entrada da mercadoria no território deste estado, **inexistindo inovação na hipótese de incidência.**

Anote-se que ICMS é, em regra, devido na origem, isto é no Estado em que se realiza a operação mercantil se dá

- onde está localizado o estabelecimento industrial comercial ou produtor, por força de uma operação mercantil realizada, sendo irrelevante se o destinatário está situado no mesmo ou em outro Estado. Todavia, **se a operação mercantil se iniciou em outro Estado, a diferença do imposto estadual deve ser recolhida**, porque o aspecto espacial do imposto sobre circulação de mercadoria não ficou circunscrito a um único local da Federação.

Conclui-se, portanto, que o fundamento de validade do Protocolo 21/2011, é o art. 155, VII, b, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art.155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

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

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

VII - **em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado**, adotar-se-á:

a) a **alíquota interestadual**, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a **alíquota interna**, quando o destinatário não for contribuinte dele;

E ainda, resta configurado que os negócios jurídicos realizados pelas filiadas da autora não são totalmente realizados em ambiente virtual, como pode parecer, mas também realizado no ESTADO DA PARAÍBA, e com base no princípio da territorialidade é cabível a diferença do imposto.

Noutro giro, é importante frisar que o Estado não é contrário ao comércio eletrônico, mas é a favor da observância ao princípio da isonomia tributária entre todos os contribuintes, estabelecendo cargas tributárias iguais, entre empresas do mesmo ramo comercial.

Da mesma forma que é dever do Estado coibir concorrência desleal, bem como que empresas de maior capacidade econômica instalem-se no Estado, sem pagar impostos em condições de igualdade.

A autora não pode se valer do artifício da modernidade, do uso da tecnologia, para praticar a mais atrasada das práticas de planejamento tributário, que visa simular a prática do menor preço sem recolhimento dos impostos (evasão fiscal). Nessa ordem de idéias, o consumidor é levado a crer que está sendo beneficiado com redução do imposto, e quem deseja elevar preços é o Estado. A empresa, na verdade, está iludindo o consumidor, pois, antes do Protocolo n.º 21/2011, já existia regulamentação sobre a matéria, conforme acima demonstrado.

De fato, a empresa pode auferir de vantagem logística, administrativa, mercadológica, ao fazer uso da

tecnologia da internet, mas deve fazê-lo em condições tributárias iguais aos demais contribuintes localizados nos Estados de destino; ressalvado a concessão de algum benefício fiscal posterior. O que deve ficar claro surge da conveniência e oportunidade do Poder Público para incentivar determinados setores econômicos.

Certo é que, com a implementação do Protocolo em debate, além da justiça fiscal na partilha do ICMS, a medida vai fortalecer o comércio dos Estados mais vulneráveis, incrementando a competitividade do comércio local, gerando mais emprego e renda, evitando o fechamento de empresas, obstando a demissão de empregados do setor, bem como irá fomentar a arrecadação do Fisco, com repercussões na esfera de investimentos públicos de cunho social.

Na qualidade de subscritor do Protocolo ICMS n. 21/2011/CONFAZ, o Estado da Paraíba poderá editar normas sobre a exigência do ICMS nas operações interestaduais que destinem mercadoria ou bem a consumidor final, cuja aquisição ocorrer de forma não presencial no estabelecimento remetente.

Reprise-se: provável norma paraibana - posto ainda inexistente - com fundamento no Protocolo ICMS n. 21/2011/CONFAZ, **não está a criar, aumentar ou reduzir tributo, mas, apenas, regrado a partilha de ICMS nas operações mercantis derivadas do denominado e-commerce.**

5. CONCLUSÃO E PEDIDOS

Ante o exposto, o Estado da Paraíba requer o não conhecimento da presente ação direta ante a impossibilidade jurídica do seu objeto, que questiona ato praticado pelo CONFAZ, **destituído de função normativa e de juridicidade.**

No caso de não acolhimento da preliminar suscitada, requer o reconhecimento da compatibilidade do ato impugnado com a Constituição da República de 1988, de modo que os pedidos da presente ação direta de inconstitucionalidade sejam **julgados totalmente improcedentes.**

São estas as informações a serem prestadas na ação direta de inconstitucionalidade epigrafada.

Pede deferimento.

Brasília/DF, 03 de outubro de 2011.

LÚCIO LANDIM BATISTA DA COSTA
PROCURADOR DO ESTADO DA PARAÍBA