

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR LUIZ FUX -
MD. RELATOR DA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 4628.**

Amicus Curiae

**FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE
BENS, SERVIÇOS E TURISMO DO ESTADO DE SÃO PAULO -
FECOMERCIO SP**, entidade sindical de grau superior com registro no
Ministério do Trabalho e Emprego desde 1943 (doc. 01), integrante do
Sistema Confederativo de Representação Sindical do Comércio e filiada à
Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo - CNC,
com sede na Capital do Estado de São Paulo, na Rua Dr. Plínio Barreto,

285 - 5º andar, CEP 01313-020, inscrita no CNPJ/MF sob o número 62.658.182/0001-40, por seus advogados que esta subscrevem, devidamente autorizados pelo incluso instrumento de mandato (doc. 02), com escritório também na Capital do Estado de São Paulo, no endereço nele declinado, onde recebem intimações, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento no § 2º do artigo 7º da Lei n 9.868/99 c/c os §§ 1º e 2º do o artigo 6º da Lei n 9.882/99, para requerer seja admitida a sua manifestação a seguir declinada, na qualidade de *Amicus Curiae*, nos autos da ADI epigrafada, proposta pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo - CNC, pelas razões jurídicas expostas nos tópicos que se seguem.

I - DO CABIMENTO

O § 2º do artigo 7º da Lei 9868/99, dispõe que o relator de uma ADI, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir nos autos a manifestação de outros órgãos ou entidades, observado o prazo fixado no parágrafo único do artigo 6º da mesma lei.

Já o §1º deste mesmo artigo - *vetado* pelo Presidente da República - previa a possibilidade de os demais legitimados para a propositura da ação manifestarem-se por escrito sobre o seu objeto no *prazo das informações*, bem como apresentar memoriais. O *prazo das informações*, portanto, referido no dispositivo vetado, é de 30 (trinta) dias contados do recebimento do pedido, conforme inteligência do parágrafo único do artigo em comento.

Dessa forma, infere-se que a oportunidade processual para a admissão do *Amicus Curiae*, nos termos do §2º do art. 7º, não se exaure com o término do prazo para as autoridades prestarem informações. Na verdade, decorre da sistemática da lei que o *Amigo da Corte* poderá ser admitido a qualquer tempo, antes de iniciado o julgamento final da ação. Logo, é preciso esclarecer que o prazo a que se refere o §2º do art. 7º não é para a definição do momento processual de sua admissão, mas para a apresentação da manifestação escrita a partir da data da decisão positiva do relator.

Por esta razão, considerando que o presente momento processual é totalmente oportuno e, ainda, na intenção de colaborar no esclarecimento cabal da questão posta em análise, vem a FECOMERCIO SP trazer subsídios adicionais para formação da convicção de Vossa Excelência quanto à matéria objeto da ADI 4628.

II - DA REPRESENTATIVIDADE E INTERESSE

A Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo - FECOMERCIO SP é entidade sindical de grau superior, do plano de representação da CNC, que agrega os sindicatos patronais dos setores do comércio, serviços e turismo no Estado de São Paulo.

Impende ressaltar que as categorias, econômicas ou profissionais são enquadradas em *planos* (plano da CNC, plano da CNI, etc). Cada plano, por sua vez, é dividido em *grupos* (no caso do comércio: atacado, varejo, etc). E, finalmente, cada *grupo* pode

ser subdivido em *categorias específicas* (atacadista de drogas e medicamentos, varejista de material elétrico, etc.). Todas estas determinações encontram-se detalhadas de acordo com o quadro de atividades e profissões a que se refere o art. 577 da CLT.

No caso da FECOMERCIO SP, seu quadro de sindicatos filiados reúne, atualmente, 153 (cento e cinquenta e três) entidades representativas de categorias econômicas, conforme relação anexa (doc. 03). E é evidente que todas elas, independentemente dos grupos a que pertencem, sentem os efeitos das mudanças e oscilações tributárias sempre muito frequentes no cenário nacional.

Ademais, além de representar os sindicatos patronais mencionados, a FECOMERCIO SP também representa legitimamente as empresas paulistas inorganizadas em sindicatos, conforme determinação impositiva dos artigos 591; § 2º do art. 611, e; parágrafo único do art. 584 - todos da Consolidação das Leis do Trabalho.

Preceituam tais artigos, em síntese, que na inexistência de sindicato representativo de determinada categoria, a representação sindical passa a ser exercida pelas federações respectivas, seja através do recebimento de percentual diferenciado da contribuição sindical, como também pela representação da categoria nas negociações coletivas e em Juízo, entre outras.

Entre as variadas composições, grupos existentes de categorias inorganizadas em sindicato no Estado de São Paulo, encontram-se também diversas empresas que comercializam seus

produtos pela *Internet*, que prestam serviços de *telemarketing* ou dedicam-se à exposição de produtos via *showroom*. E, justamente tais empresas - integrantes do grande conglomerado empresarial sob a representação da FECOMERCIO SP, passaram a ser grandemente prejudicadas pela nova sistemática de tributação criada pelo Protocolo ICMS nº 21/2011, refutado na ADI proposta pela CNC. Basicamente, tais categorias estão sendo sobretaxadas relativamente ao ICMS.

Portanto, resultando o Protocolo mencionado em evidente prejuízo para empresas integrantes da base legal de representação da FECOMERCIO SP, nos termos já indicados da CLT, demonstrada está, plenamente, sua legitimidade para manifestar-se sobre o assunto em tela, que está em análise por esta Máxima Corte.

Deste modo, a postulante aduz as presentes informações, a fim de permitir ao Eminentíssimo Relator, considerando a relevância da matéria, dispor de mais elementos a respeito da questão, *in casu*, a manifesta inconstitucionalidade do Protocolo ICMS nº 21/2011.

III - DOS FATOS

As vendas através da *Internet*, serviços de *telemarketing* e *showroom* se intensificaram nos últimos anos. Por conta deste novo fenômeno mercadológico, vários Estados perceberam a perda significativa de arrecadação do ICMS, uma vez que a legislação em vigor dispõe que a incidência do imposto ocorre no Estado de origem da mercadoria.

Como se sabe, por conta deste fato, na reunião do Confaz ocorrida em março de 2011, dezoito Estados e o Distrito Federal firmaram o Protocolo ICMS nº 21/2011. Referido documento estabelece a exigência do ICMS nas operações interestaduais que destinem mercadoria ou bem ao consumidor final, nas hipóteses de aquisição através de forma não presencial, por meio da Internet, telemarketing ou *showroom*.

Dispõe o aludido Protocolo 21, em síntese, que as unidades federadas signatárias poderão exigir, a favor da unidade federada de *destino* da mercadoria ou bem, a parcela do ICMS devida na operação interestadual em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial (Internet, telemarketing ou *showroom*).

Inclusive, o parágrafo único da Cláusula Primeira do referido Protocolo dispõe que a exigência do imposto através desta sistemática aplicar-se-á também nas operações procedentes *de Estados não signatários do Protocolo*.

Todos os demais dispositivos deste documento aprovado na reunião do Confaz estabelecem a forma como a “novidade” será operacionalizada e, as regras para tanto passaram a valer, efetivamente, a partir de 1º de maio de 2011.

Assim, as novas regras do Protocolo 21 possibilitam a seguinte situação antijurídica: exigência de ICMS de consumidor final não contribuinte (sem inscrição estadual).

Portanto, o Protocolo em comento veio inovar o ordenamento jurídico tributário, prevendo possibilidade de tributação até então não existente nas operações de vendas a consumidor final fora do estabelecimento, seja através de vendas pela Internet, vendas pelo telefone ou vendas por *showroom*.

Como se demonstrará adiante, referido protocolo é absolutamente inconstitucional e, por tal razão, a ADI proposta pela CNC deve ser declarada totalmente procedente, com base nos argumentos aduzidos na exordial, complementados pelas colocações que, a seguir, passa-se a aduzir.

IV - DO DIREITO

A) Da Invalidade do Instrumento Normativo “Protocolo”

O Protocolo 21/2011 firmado entre os Estados signatários inovou o ordenamento jurídico tributário, impondo nova hipótese de incidência do ICMS nas operações de vendas a consumidor final fora do estabelecimento.

Contudo, não obstante tratar de hipótese tributária não prevista em lei e contrária à Constituição Federal, como fartamente esclarecido pela CNC, outro ponto que deve ser considerado na análise da questão é a inadequação do instrumento normativo utilizado para atingir os objetivos a que se destinava. Vejamos.

Em primeiro lugar, faz-se necessária a diferenciação técnica entre os instrumentos “protocolo” e “convênio”.

A possibilidade de regulamentar o regime interestadual do ICMS através de *Convênio* está fundamentada na Constituição Federal, art. 150, § 6º combinado com art. 155, § 2º, XII, “g”, bem como na Lei Complementar nº 24/1975, especialmente em seu art. 1º.

O §6º do artigo 150 da CF exige lei específica para a concessão de qualquer isenção, incentivos e benefícios fiscais relativos aos tributos, inclusive o ICMS.

A alínea “g” do inciso XII do §2º do art. 155 da CF, determina, por sua vez, que cabe à lei complementar regulamentar a forma como tais isenções, incentivos e benefícios serão concedidos ou revogados “*mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal*”. Assim, nos termos do texto constitucional, a deliberação de todos os envolvidos é pressuposto para tratar desta matéria.

Por outro lado, a Lei Complementar nº 24/75 vem tratar sobre a figura jurídica dos *Convênios*, de modo que seu artigo 1º assim dispõe:

Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.

O art. 2º da mesma Lei Complementar determina, ainda, que os Convênios “*serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal*”.

Dessa forma, infere-se que o Convênio é o ato normativo válido para tratar de isenção, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS. Contudo, para sua validade e eficácia, devem ser respeitadas as formalidades elencadas na lei complementar mencionada, dentre as quais se destaca a convocação de todos os Estados e do Distrito Federal, bem como aprovação por decisão unânime dos Estados representados.

Já o Protocolo, previsto no art. 38 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), visa, essencialmente, fixar procedimentos fiscais comuns entre os signatários, com o objetivo de otimizar e melhorar os controles das operações de ICMS. *In verbis*:

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.

Da simples leitura do dispositivo regimental retro-mencionado verifica-se que a finalidade do Protocolo é apenas de estabelecer acordos de natureza fiscalizatória e procedimental. Desta forma, ele não pode ser considerado um instrumento apto para estabelecer normas que aumentem, reduzam ou revoguem benefícios fiscais.

Conclui-se, portanto que as finalidades jurídicas e requisitos legais do instrumento normativo *Convênio* não se confundem com os objetivos/requisitos para validade de um *Protocolo*, justamente tratado na ADIN em análise.

O *Convênio*, instrumento firmado *entre todos os Estados e Distrito Federal*, previsto no texto constitucional e na mencionada lei complementar, objetiva a concessão de benefícios fiscais.

Já o *Protocolo*, instrumento firmado *entre dois ou mais Estados e Distrito Federal*, previsto no Regimento Interno do Confaz, visa otimizar o controle e a fiscalização de determinadas operações.

No caso do Protocolo 21, foram signatários do instrumento os seguintes Estados: *Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul* (adesão posterior), *Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Rondônia, Sergipe, Tocantins* (adesão posterior) e, também, o *Distrito Federal*.

Os Estados de *São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná e Amazonas* não foram signatários deste protocolo. Entretanto, nos termos do já referido parágrafo único da Cláusula primeira, a exigência do ICMS devido à unidade da Federação destinatária de mercadoria ou bem, pode ser aplicada, inclusive, nas operações procedentes destes Estados não signatários!

Diante do exposto, além das imperfeições materiais denunciadas pela CNC em sua petição inicial, quais sejam: *ofensa aos princípios da legalidade, vedação da bitributação, vedação do confisco e liberdade de tráfego*, é flagrante também o vício formal que incide sobre o Protocolo mencionado, já que não é o instrumento hábil para tratar da temática por ele abordada.

Assim, além de contrariar a disposição constitucional (prevista no art. 155, § 2º, VII, alínea “b”, que regula a incidência do ICMS em operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto), tratou o Protocolo 21 de matéria reservada exclusivamente à lei complementar. Em última hipótese, mesmo se existisse lei complementar sobre o assunto, a celebração de eventuais

detalhamentos só poderia ser efetuada através do instrumento de *Convênio*, congregando todas as Unidades Federadas e observadas as formalidades estabelecidas pela LC nº 24/75.

B) Alterações na cobrança do ICMS em legislações regionais

Além das impropriedades do Protocolo até aqui mencionadas, é importante ressaltar que antes da publicação do famigerado documento, alguns de seus Estados signatários (Piauí, Mato Grosso, Maranhão, entre outros) já tinham alterado suas legislações locais para possibilitar a cobrança de uma fatia do ICMS nas vendas pela Internet ou por telemarketing ao consumidor final.

Ocorre que, antes mesmo da existência do Protocolo 21 e com relação a mesma matéria tratada por ele, o próprio Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado sobre a “novidade” de tributação do ICMS de consumidor final não contribuinte. E, para tais casos, concedido liminares nas ADIs para o fim de suspender a sistemática. Eis alguns exemplos:

- **PIAUI (ADI 4565)**

A Lei do Estado do Piauí de nº 6.041/2010, estabeleceu a cobrança do ICMS nas entradas de bens e mercadorias oriundos de outros Estados da Federação destinados a pessoa física ou jurídica não inscrita no cadastro de contribuinte do Estado do Piauí, independentemente de valor, quantidade ou habitualidade que caracterize ato comercial. Referida lei foi objeto da ADI nº 4.565, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do

Brasil - OAB, e teve deferida a medida cautelar em abril de 2011, suspendendo a eficácia *ex tunc* da lei estadual, cujo relator foi o Ministro Joaquim Barbosa. Como se vê, o objeto da lei do Estado do Piauí, afastada pelo STF, é justamente o mesmo do Protocolo ICMS nº 21/2011.

▪ **PARAÍBA (ADIN 4705)**

Em dezembro de 2011, o Tribunal Pleno concedeu novamente a medida cautelar pleiteada e suspendeu, com efeitos retroativos, a aplicação da Lei Estadual nº 9.582/2011, no julgamento da ADI nº 4.705, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, contra a cobrança do ICMS nas compras interestaduais feitas pela Internet, telemarketing e outros meios não presenciais. Cabe resaltar que tal decisão foi proferida na vigência do Protocolo ICMS nº 21/2011, cujo trecho do voto do Ministro Relator Joaquim Barbosa, segue abaixo transcrito:

Em relação ao risco à prestação jurisdicional pelo decurso de tempo, anoto que essa espécie de legislação retaliatória tem se alastrado pela Federação, com base no Protocolo ICMS 21/2011, firmado por alguns estados-membros no âmbito do Confaz (Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Rondônia, Sergipe, Tocantins e o Distrito Federal).

É impossível alcançar integração nacional sem harmonia tributária. Adequado ou não, o modelo escolhido pelo Constituinte de 1988 para prover essa harmonia e a indispensável segurança jurídica se fixou na “regra da origem” (art. 155, § 2º, II, b da Constituição). O Confaz ou cada um dos estados-membros singelamente considerados não podem substituir a legitimidade democrática da Assembleia

Constituinte, nem do constituinte derivado,
na fixação dessa regra. (grifamos)

Contra tal decisão, o Estado da Paraíba interpôs agravo regimental. No dia 23 de fevereiro de 2012, por unanimidade, o Plenário referendou a cautelar concedida e julgou prejudicado o recurso interposto, mantendo a liminar concedida.

▪ **MATO GROSSO (ADI 4599)**

O Ministro Dias Toffoli é o relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.599, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra os Decretos nº 2.033/2009 e 312/2011 do Estado do Mato Grosso, que introduziram alterações no Regulamento do ICMS daquele Estado. Em maio de 2011 o relator decidiu pela aplicação do rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99, a fim de que a decisão seja tomada em caráter definitivo. Os dispositivos dos decretos atacados têm por objetivo fazer incidir o ICMS nas operações de compra de mercadorias pela Internet, exatamente o que se combate no Protocolo nº 21/2011. O Estado de São Paulo e a Câmara Brasileira de Diagnóstico Laboratorial foram admitidos na qualidade de *amicus curiae*, e em setembro de 2011 a Procuradoria-Geral da República apresentou parecer pela procedência parcial do pedido.

▪ **CEARÁ (ADI 4596 E 4712)**

Contra o art. 11 da Lei nº 14.237/08 do Estado do Ceará há duas ações diretas de inconstitucionalidades propostas. A ADI nº 4.596, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e a ADI nº 4.712, proposta pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, que foi apensada à primeira. Ambas têm por objeto

a lei regional que passou a tributar as vendas feitas pela Internet, telemarketing e outros meios não presenciais. O relator das ações, Ministro Dias Toffoli, decidiu aplicar o procedimento abreviado do art. 12 da Lei nº 9.868/99. O Advogado-Geral da União apresentou sua manifestação pela procedência das ações.

▪ **MATO GROSSO DO SUL (ADI 4642)**

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs ação direta de inconstitucionalidade - ADI nº 4.642 a fim de contestar o Decreto Estadual nº 13.162/2011 do Mato Grosso do Sul, que trata da incidência do ICMS nas operações interestaduais que destinam bens e mercadorias a consumidor final, adquiridos de forma não presencial no estabelecimento. O relator Ministro Ayres Britto, em agosto de 2011, adotou o procedimento de que trata o art. 12 da Lei nº 9.868/99 e a Procuradoria-Geral da República opinou pela procedência do pedido em novembro do mesmo ano. Nesta ação, o Estado de São Paulo também foi admitido na qualidade de *amicus curiae*.

▪ **MARANHÃO (SS 4409)**

O Estado do Maranhão ingressou com ação de Suspensão de Segurança (SS nº 4409) no STF, com o objetivo de interromper a medida liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 13.783/2001. A liminar deferida na origem, suspendeu a cobrança de adicional de ICMS nas operações realizadas por meio eletrônico, exigida nos termos do Protocolo nº 21/2011. Em agosto de 2011 o relator, Ministro Cezar Peluso, negou seguimento ao pedido do Estado por entender que guarda nítido cunho de recurso.

▪ **GÓIAS (SL 543)**

O Estado do Goiás também ingressou com ação para suspender liminar que vedou a cobrança do ICMS de empresa que comercializa produtos pela Internet. No processo de origem, Mandado de Segurança nº 201193287022, foram suspensos os efeitos do Protocolo ICMS nº 21/2011 e o Decreto estadual nº 7.303/2011. O Ministro Cezar Peluso, em outubro de 2011, entendeu que não é caso de suspensão e negou seguimento ao pedido. Tal decisão transitou em julgado em novembro do mesmo ano.

Como se pode notar, é latente o inconformismo da Sociedade Brasileira com relação ao Protocolo ICMS nº 21/2011, manifestado reiteradamente através da propositura de ADIs por diversos órgãos de representação coletiva.

C) Afronta aos Princípios e Garantias Constitucionais

A possibilidade criada pelo Protocolo 21 de cobrança de ICMS de consumidor não contribuinte é manifestamente inconstitucional por ofensa flagrante ao disposto no art. 155, II, parágrafo 2º, VII, “b” da Constituição Federal. Como se sabe fartamente, depreende-se do texto constitucional que nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final **não contribuinte** localizado em outro Estado, a alíquota do ICMS aplicável será a alíquota interna do Estado do qual as mercadorias são remetidas, sendo o imposto integralmente devido para ao Estado de origem.

Contudo, apenas na hipótese de a operação ser destinada ao consumidor final *contribuinte do ICMS* é que a parcela correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual será devida ao Estado de destino.

Diante do acima exposto, destaca-se a nítida ofensa do Protocolo ICMS nº 21/2011 ao texto constitucional.

Na prática, entretanto, o que está ocorrendo é que o contribuinte do ICMS não consegue entregar suas mercadorias nos Estados destinatários do Protocolo 21 sem comprovar o recolhimento do imposto para o Estado de destino. A exigência da GNRE é feita pelo posto fiscal da fronteira do Estado de destino da mercadoria. A ausência da prova de pagamento do ICMS enseja, assim, ilegalmente, a lavratura de termo de retenção de mercadorias.

A *bitributação*, também vedada pela Carta Máxima, é premente, pois o contribuinte é obrigado a pagar a tributação normal ao Estado de origem, sob pena de ser autuado com sanções altíssimas e, ainda, pagar novamente o imposto para entregar seu produto ao consumidor final.

Outro ponto que merece ser destacado é a ofensa ao princípio da *legalidade tributária*, elucidado por Roque Antonio Carrazza¹ da seguinte forma:

“O princípio da legalidade teve sua intensidade reforçada, no campo tributário, pelo art. 150, I, da CF. Graças a este

¹ *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 26ª Edição, Malheiros Editores.

dispositivo, a lei – e só ela – deve definir, de forma absolutamente minuciosa, os tipos tributários. Sem esta precisa tipificação de anda valem regulamentos, portarias, atos administrativos e outros atos normativos infralegais: por si sós, não têm a propriedade de criar ônus ou gravames para os contribuintes.

Incontroverso, pois, que a cobrança de qualquer tributo pela Fazenda Pública (nacional, estadual, municipal ou distrital) só poderá ser validamente operada se houver uma lei que a autorize. O princípio da legalidade é um limite intransponível à atuação do Fisco. O tributo subsume-se a esse princípio constitucional. Nisto estamos com Renato Alessi, quando defende a idéia de que la amministrazione può fare soltanto ciò che la legge consente. Afinal, a vontade da lei, na obrigação tributária, substitui a vontade das partes, na obrigação privada.

O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição haver protegido a propriedade privada (art. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei.”

Dentro os princípios ofendidos pelo Protocolo 21, pode-se citar também a desatenção ao Princípio da *Vedação ao Confisco*, registrado no inciso IV do art. 150 da CF. De acordo com simulação de operação de venda online para consumidor final dos Estados signatários, uma empresa paulista poderá arcar com 58,82% de tributação do ICMS pela aplicação do Protocolo ICMS nº 21/2011, o que é efeito nitidamente confiscatório e, de tão gravoso, inviabiliza o negócio.

Também não se pode deixar de destacar que, pelos efeitos econômicos que acarreta, o Protocolo 21 ofende claramente, ainda, o inciso V do art. 150 da CF. No caso *sub judice*, verifica-se que o elevado impacto financeiro criado pela normativa em comento efetivamente tem acarretado limitações ao tráfego de bens (proeminentemente, pela retenção das mercadorias quando o tributo não é recolhido ao Estado de destino), o que é absolutamente inconcebível pelo regime estabelecido pela Constituição Federal.

Por fim, é importante salientar que a prática dos entes signatários consubstanciada na apreensão das mercadorias oriunda de outros Estados sem o recolhimento do ICMS nos termos do Protocolo 21, também contraria, frontalmente a Súmula 323 deste egrégio STF, que assim dispõe:

Súmula nº 323 - É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

V - DAS INFORMAÇÕES IMPORTANTES DOS ESTADOS SIGNATÁRIOS DO PROTOCOLO ICMS 21/2011

A maior alegação dos Estados é que com o aumento das vendas à distância suas arrecadações de ICMS são prejudicadas. Contudo não demonstram cabalmente o prejuízo que estão acumulando, ou a arrecadação que estão deixando de auferir por conta das vendas pela Internet, telemarketing ou show room.

Em apertada síntese, vale destacar o que alegam os seguintes Estados:

Paraíba

O Estado da Paraíba preliminarmente requer a extinção do processo sem julgamento do mérito, por carência de ação, pois entende que o ato impugnado, o Protocolo ICMS 21/2011, não é 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.

Este aspecto foi muito bem explorado pela requerente no item II da peça inicial desta ADI (II – DO CABIMENTO DA PRESENTE AÇÃO), oportunidade em que demonstra que este Egrégio Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela possibilidade de ação direta de inconstitucionalidade de normas editadas por estados federados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ (ADI's nºs 310, 1.502 e 3.103).

Quanto ao mérito, entende 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.”*

Bastante pertinente a observação da Procuradoria daquele Estado, todavia, faz-se necessária a alteração da Carta Magna pois não é possível simplesmente afastar uma norma constitucional ou ignorar direito posto.

Pernambuco

O Estado do Pernambuco foi bastante enfático ao afirmar, com razão, que a edição do Protocolo ICMS 21/2011 não *“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 Federativa e para minorar as desigualdades regionais, pilares imutáveis da Constituição da República.”*

Ainda, para corroborar ressalta que: *“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.”*

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

Distrito Federal

O Estado do Distrito Federal afirma em sua informação que: O Protocolo ICMS nº 21/11 materializa uma necessária mutação constitucional, pois devolve ao estado destinatário das transações comerciais o diferencial de alíquota em operações que antes da internet sempre lhe couberam.

E que, “Os dados estatísticos demonstram que as operações e-commerce atingiram vultos substanciais. Esta nova dinâmica do comércio deturpa a concepção constitucional, antes idealizada sem levar em consideração essa realidade que se fez presente com a internet. O Protocolo ICMS nº 21/11 é um ajuste desta distorção. O acordo firmado no âmbito do CONFAZ confirmou um processo de mutação constitucional que retoma as premissas idealizadas na ordem constitucional originária.”

Piauí

Afirma o Estado do Piauí que “o Protocolo celebrado no âmbito do CONFAZ não autoriza a transformação do consumidor em contribuinte de direito, majoração da alíquota incidente sobre a operação interestadual, tampouco instituição de bitributação, apenas permite que o Estado destinatário, signatário do Protocolo possa

exigir do remetente/contribuinte de direito o ICMS correspondente ao diferencial de alíquota incidente sobre a operação interestadual, com vistas a permitir que o imposto devido não seja integralmente recolhido em benefício do Estado remetente, mas também, em parte, ao Estado destinatário, onde se opera, efetivamente, o consumo da mercadoria.”

Acre

O Estado do Acre aduz em suas informações ao nobre Ministro relator contextualização das distorções geradas pelo comércio virtual no Brasil e a necessidade de intervenção do CONFAZ para justificar a legalidade do Protocolo ICMS 21/2011.

Ainda afirma que o “ramo de comércio virtual é o que mais cresce no mundo (cerca de 50% ao ano) e que, geralmente, o Estado em que o site de venda virtual está estabelecido é diferente do Estado da localização do consumidor final, o que desnatura todas as previsões constitucionais que apenas previam o caso de o consumidor final ir fisicamente ao Estado de origem e lá comprar seu produto. Portanto, o e-commerce está burlando todo o sistema tributário de partilha do ICMS estabelecido pela Constituição, o que torna evidente que a justiça tributária pretendida pelo Legislador Constituinte originário não vem sendo cumprida, o que agrava ainda mais a situação dos Estados menores que não têm parque produtor de bens de consumo.”

Roraima

O Estado justifica a pertinência do Protocolo ICMS 21/2011 ressaltando que “com esta nova modalidade de

comércio, o eletrônico, o estabelecimento comercial físico perdeu sua importância, em razão do maior alcance daquele. Seria uma contradição, portanto, reconhecer-se a importância e a nova dimensão do alcance gerado pelos estabelecimentos virtuais (sites) e ao mesmo tempo, imputar a operação de compra e venda neles ocorrida a um estabelecimento físico da empresa. No caso dos autos em questão, a antecipação dos efeitos da tutela para impedir a cobrança do ICMS pelas Unidades Signatárias do Protocolo 21/2011, não atende o requisito da verossimilhança da alegação pois, conforme exposto, há de se entender como o estabelecimento comercial, contribuinte de direito do ICMS, o estabelecimento virtual, ou seja, o local onde o consumidor final acessou o site da empresa. Na presente situação o estabelecimento virtual é o do consumidor final, localizado no Estado de Roraima, sujeito ativo, por conseguinte, do referido tributo.”

Então, para aquele Estado o Protocolo ICMS 21/2011 veio somente realizar uma interpretação evolutiva das normas inseridas no art. 155, §2º, inciso VII, “a” e “b” e inciso VIII da Carta Magna de 1988.

Bahia

Afirma o Estado da Bahia que: “A norma contida no Protocolo CONFAZ não fere nenhum dispositivo da Constituição Federal. Diante do quanto acima exposto, não há que se falar em venda direta pela internet, Primeiro Ponto! Os sites operacionalizados pelas empresas e-commerce não passam de uma filial, de um PDV, devendo, por este motivo, ser inscrito neste Estado, Segundo Ponto!

Com efeito, a regra do artigo 155, §2º, alínea “b”, da Constituição Federal, diz respeito às hipóteses em que a compra e venda de bens e serviços se fazia de forma tradicional, na qual o consumidor se deslocava fisicamente até outra unidade federativa, e ali efetivava a compra do bem. De igual sorte, a saída do produto ou o início da prestação do serviço ocorria, em sua inteireza, no Estado fornecedor, o qual, por suposto, auferia a receita total do imposto incidente na operação ou prestação de serviço, porque ocorrida inteiramente nos limites do seu território.”

Espírito Santo

Defende o Estado do Espírito Santo que *“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, § 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.”

Pará

Justifica do Estado do Pará aduzindo que “...o regime do Protocolo 21/11, que visa fundamentalmente possibilitar a repartição de receita do ICMS entre Estado fornecedor e consumidor nas operações de comercialização efetuadas na modalidade de venda direta on-line, tem precedente no Convênio ICMS 51/2000, que estabeleceu a divisão da arrecadação entre o Estado produtor e o do domicílio do comprador nas operações de comercialização de veículos automotor adquirido mediante compra direta.

Assim, nas vendas de veículos realizadas pela internet pelo Sul e Sudeste para o Norte, Nordeste e Centro-Oeste, houve o compartilhamento da base de cálculo do ICMS, de forma a garantir 45% da receita para o Estado de destino, e 55% para o Estado produtor, numa clara demonstração da necessidade de adequação das normas tributária às novas formas de comercialização.”

VI - OUTROS ASPECTOS

Muito além dos aspectos até aqui apontados, outras questões podem ser observadas pelos Julgadores na análise da ADI ora comentada. São eles:

- **ASPECTO ECONÔMICO** - O Protocolo ICMS 21 efetivamente está acarretando empecilhos injustificáveis para as relações comerciais entre Estados no Brasil. O que vem acontecendo na prática, noticiado amplamente pela mídia, é lamentável, pois

caminhões são parados nas fronteiras e, para que as mercadorias sejam liberadas, só resta à empresa socorrer-se do Poder judiciário. A empresa, então, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar. Contudo, deferida a liminar, há resistência por parte das autoridades administrativas (agentes fiscais de fronteira) dos Estados em cumprir a ordem judicial, pois alegam que deve ser cumprida a legislação do Estado. Mediante uma decisão judicial ignorada pelo fiscal da fronteira, faz-se necessário reforço policial para que o julgado seja cumprido. Todo esse processo leva tempo, a mercadoria é entregue com atraso ao consumidor final, que também é grandemente prejudicado.

- **ASPECTO POLÍTICO** - representa mais uma disputa do eixo *Estados desenvolvidos* x *Estados não desenvolvidos*, acirrando ainda mais a famigerada Guerra Fiscal do ICMS.

VII - DO PEDIDO

Excelentíssimo Senhor Ministro Relator

Luiz Fux,

Diante de todo o exposto, a FECOMERCIO SP requer, respeitosamente, a admissão da presente manifestação na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4628, na qualidade de *Amicus Curiae*, para o fim principal de, colaborando com esta Egrégia Corte, trazer elementos complementares que possam auxiliar na elucidação do relevante caso posto em análise.

Por derradeiro, vem manifestar ainda sua total concordância com os importantes e verdadeiros argumentos levantados pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo com relação ao Protocolo ICMS nº 21/2011 que, por ser absolutamente discrepante de todo o Sistema Jurídico Pátrio, merece ser declarado completamente inconstitucional.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

São Paulo, 9 de março de 2012.

RAPHAEL MARIO NOSCHESE
OAB/SP nº 22.912