

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUIZ FUX, RELATOR
DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4628, NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES COMERCIAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO – FACESP, entidade de classe de fins não econômicos, com sede na Rua Boa Vista nº 63, 3º andar, São Paulo, SP, CEP 01014-911, inscrita no CNPJ sob nº 62.876.768/0001-80, vem, através de seu advogado infra assinado (instrumento de mandato anexo) e na forma prevista no art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99, pleitear seu ingresso na ação acima referida na qualidade de “amicus curiae”, pelas razões a seguir alinhadas.

1 - Conforme acórdão prolatado na ADI nº 2.130, a razão justificadora do ingresso de entidades da sociedade civil, como *amici curiae*, nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, é a de possibilitar-lhes efetiva participação no debate em torno das matérias versadas, agregando novos argumentos e evidências, com o propósito de colaborar com o Tribunal na análise da questão. Esta permissão se lastreia no fundamento jurídico exposto pelo relator da citada ADI (Ministro Celso de Mello), de cujo voto extraímos preciosos ensinamentos:

“A regra inscrita no art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do amicus curiae – tem por objetivo pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia.”

2 - Sua Excelência aponta a relevância das informações trazidas pelos “*amici curiae*”, cuja experiência poderá ensejar uma melhor apreciação do Tribunal sobre a matéria examinada. Assim se expressa:

“Vê-se que a aplicação da norma legal em causa.....valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralista, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiência que esse mesmo amicus curiae poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo – como o de controle abstrato de constitucionalidade – cujas implicações políticas sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de

*irrecusável importância e de inquestionável
significação.”*

3 - A doutrina se tem debruçado sobre o processo interpretativo levado a cabo pelos tribunais constitucionais, salientando o necessário grau de abrangência social de que se reveste. Tal posicionamento metodológico foi ressaltado por Peter Häberle, ao dizer:

“A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nelas envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade... Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.”¹

4 - O pensamento de Häberle foi evidenciado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, nestes termos:

¹- Peter Häberle – Hermenêutica Constitucional – pág. 13 – Sergio Antonio Fabris Editor – Porto Alegre - 1997.

“Härberle enfatiza que os instrumentos de informação dos juizes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no referente às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de interpretação no processo constitucional (notadamente nas audiências e nas “intervenções”). Impõe-se, pois, para Härberle, um refinamento do processo constitucional, de modo a se estabelecer uma comunicação efetiva entre os participantes desse processo amplo de interpretação. Portanto, o processo constitucional torna-se parte do direito de participação democrática.”²

5 - A admissão de “*amici curiae*”, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, ficou assentada a partir do referido posicionamento, tornando-se elemento valioso para sua apreciação pela Corte Excelsa, abrindo novas perspectivas de participação da sociedade nos mencionados processos, para cuja solução poderá sempre colaborar de forma efetiva, tanto pela experiência acumulada nas matérias em debate quanto pela visão que possa apresentar à Corte acerca do assunto.

DA LEGITIMIDADE DA FACESP PARA INGRESSAR NO FEITO COMO “AMICUS CURIAE”

²- Peter Härberle – ob. cit. – pág. 10

6 - A Requerente é entidade de classe de âmbito estadual e congrega 385 (trezentas e oitenta e cinco) Associações Comerciais em todo o Estado de São Paulo, abrangendo um universo de cerca de 250.000 (duzentas e cinquenta mil) empresas associadas, que se dedicam ao comércio, indústria e prestação de serviços, protagonistas de intenso comércio local e interestadual, cobrindo todos os recantos do País.

7 - São contribuintes, portanto, da pluralidade de tributos incidentes sobre tais atividades, notadamente do ICMS (Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação), cujo cálculo e cobrança irregulares se pretende coibir através desta Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), a cujos argumentos a FACESP pleiteia lhe seja facultado adicionar os seus, como “amicus curiae”.

Por oportuno, cabe esclarecer que a **FACESP não faz parte** das entidades lideradas pela CNC. Integra, isto sim, do conjunto de federações capitaneado pela Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil – **CACB** – com sede em Brasília, DF.

8 - Não há dúvida, pois, a respeito da pertinência das atividades exercidas pelos representados da Requerente com a questão ora levada à apreciação deste Tribunal, cuja decisão afetará diretamente as operações levadas a cabo por esse número expressivo de agentes econômicos, que têm no elemento tributário um fator relevante para a administração de seus custos de produção e comercialização, além da própria sobrevivência empresarial. **Deve-se também assinalar que a Requerente, pela relevância de sua representatividade, foi recentemente admitida como “amicus curiae” na ADC nº 18, por despacho do eminente Ministro Celso de Mello, datado de 19/12/2011.**

9 –**Como é sabido, os atores econômicos dependem do nível da exação fiscal, que se reflete direta ou indiretamente nos preços dos produtos e serviços vendidos ao consumidor, influenciados pelo montante de tributos que lhes é agregado, tanto nas operações internas quanto nas interestaduais. Tal circunstância é capaz de determinar a continuidade ou não de suas atividades, porque contribui decisivamente para definir o grau de competitividade dos bens e serviços que produzem e comercializam, muitas vezes substituíveis por similares importados, não sujeitos aos mesmos ônus tributários, nem à insegurança decorrente de medidas como a ora contestada.**

10 - A respeito do **cabimento da Ação proposta**, vale transcrever os argumentos expostos pela Autora, nestes termos:

“O 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, por compreendê-las dotadas de feição ampla, genérica e abstrata.

Como exemplos do afirmado, citamos as ADI’s nos. 310 (Medida

Cautelar), 1.502, bem como a ADI 3.103, na qual o Estado do Piauí impugnava especificamente um Protocolo ICMS, qual seja, o de no. 33/ 2003.”

Com efeito, o ato administrativo normativo produzido pelos Estados que o subscreveram é dotado de suficiente generalidade e abstração, buscando, inclusive, atingir os Estados não partícipes, devendo submeter-se, pois, ao controle concentrado de constitucionalidade, nos termos da legislação de regência, por ferir diretamente preceitos e princípios da Carta Federal.

DA QUESTÃO JURÍDICA

11 - O problema jurídico trazido à apreciação da Corte, nesta ADI, decorre da natureza do tributo envolvido e das noções propedêuticas acerca da extensão e dos limites inerentes aos conceitos adotados pela Constituição Federal, muitos deles oriundos do Direito Privado, os quais devem ter preservada sua significação peculiar, nos termos do art. 110 do Código Tributário Nacional, devendo submeter-se a tratamento rigoroso, segundo a diferença específica de cada qual no âmbito da respectiva aplicabilidade, sobretudo na esfera do Direito Tributário.

12 - Não é por outra razão que um largo espectro de questionamentos se tem verificado quanto à correta interpretação dos termos utilizados na Carta Federal, especialmente quando integram a definição dos tributos e seus aspectos estruturais, bem como os limites das competências das entidades políticas para instituí-los.

13 - De igual relevo para a exegese desta matéria são as normas que moldam a regra matriz de incidência do ICMS e suas respectivas fronteiras, bem como todas aquelas dirigidas a estabelecer-lhe os parâmetros e peculiaridades, como tributo de competência estadual mas de abrangência nacional, que tem no art. 155, II, §2º e incisos, da Lei Maior, o conjunto de preceitos que lhe confere os contornos

fundamentais e deve curvar-se à estrita interpretação, própria das normas tributárias.

DO PROTOCO ICMS nº 21/2011

14- A origem da controvérsia reside no Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, que

“estabelece disciplina relacionada à exigência do ICMS nas operações interestaduais que destinem mercadoria ou bem a consumidor final, cuja aquisição ocorrer de forma não presencial no estabelecimento remetente,”

subscrito 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.

15 – Sem dúvida, esse instrumento cria nova disciplina para a incidência do ICMS nas referidas operações, quando ocorrem através da utilização da *internet, telemarketing ou “showroom”*, e se destinem aos mencionados Estados da Federação.

16 - Diz o Protocolo:

“Cláusula primeira Acordam as unidades federadas signatárias deste protocolo a exigir, nos termos nele previstos, a favor da unidade federada de destino da mercadoria ou bem, a parcela do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - devida na operação interestadual em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou showroom.

Parágrafo único. A exigência do imposto pela unidade federada destinatária da mercadoria ou bem, aplica-se, inclusive, nas operações procedentes de unidades da Federação não signatárias deste protocolo.

Cláusula segunda Nas operações interestaduais entre as unidades federadas signatárias deste protocolo o estabelecimento remetente, na condição de substituto tributário, será responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, em favor da unidade federada de destino, relativo à parcela de que trata a cláusula primeira.

Cláusula terceira A parcela do imposto devido à unidade federada destinatária será obtida pela

aplicação da sua alíquota interna, sobre o valor da respectiva operação, deduzindo-se o valor equivalente aos seguintes percentuais aplicados sobre a base de cálculo utilizada para cobrança do imposto devido na origem:

I - 7% (sete por cento) para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Sul e Sudeste, exceto do Estado do Espírito Santo;

II - 12% (doze por cento) para as mercadorias ou bens procedentes das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Estado do Espírito Santo.

Parágrafo único. O ICMS devido à unidade federada de origem da mercadoria ou bem, relativo à obrigação própria do remetente, é calculado com a utilização da alíquota interestadual.

Cláusula quarta *A parcela do imposto a que se refere a cláusula primeira deverá ser recolhida pelo estabelecimento remetente antes da saída da mercadoria ou bem, por meio de Documento de Arrecadação Estadual (DAE) ou Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), exceto quando o remetente se credencie na unidade federada de destino, hipótese em que o recolhimento será feito até o dia nove do mês subsequente à ocorrência do fato gerador.*

Parágrafo único. Será exigível, a partir do momento do ingresso da mercadoria ou bem no território da unidade federada do destino e na forma da legislação de cada unidade federada, o pagamento do imposto relativo à parcela a que se refere a cláusula primeira, na hipótese da mercadoria ou bem estar desacompanhado do documento correspondente ao recolhimento do ICMS, na operação procedente de unidade federada:

I - não signatária deste protocolo;

II - signatária deste protocolo realizada por estabelecimento remetente não credenciado na unidade federada de destino.

Cláusula quinta *O disposto neste Protocolo não se aplica às operações de que trata o Convênio ICMS 51/00, de 15 de dezembro de 2000.*

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.*

Cláusula sétima *Este protocolo entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União,*

produzindo efeitos a partir do 1º dia do mês subsequente ao da publicação.”

17 - A seu turno, vale reproduzir os *consideranda* que embasaram a edição do Protocolo, sobretudo porque revelam o completo abandono da exegese constitucional para abarcar um conjunto de observações acerca da natureza sistêmica do ICMS, desprovidas de sustentação jurídica reconhecível e dotadas de aspirações próprias da atividade constituinte, somente deferida ao Congresso Nacional. Vejamos:

“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,

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”.

18 – Estas são, portanto, as razões justificadoras do Protocolo 21/2011, que devem ser abordadas e refutadas, pois delas se extraem as distorções juridico-constitucionais nele plasmadas.

19 – Os Estados subscritores resolveram, através de simples ato normativo pactuado entre eles, alterar a própria Constituição Federal no que respeita à sistemática por ela instituída para reger as operações interestaduais envolvendo o mais importante tributo dos Estados e do Distrito Federal. Adotaram um procedimento previsto nos dispositivos que disciplinam a atuação do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ - destituído de qualificação jurídica para a finalidade que se lhe pretendeu imprimir. Vejamos, em primeiro plano, a disciplina da Carta Federal a respeito do papel dos

Estados e do Distrito Federal, em relação ao ICMS. Diz o seu art. 155, II, §2º, XII,g:

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

.....

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

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

.....

XII – Cabe à lei complementar:

.....

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.”

20 - A lei complementar a que se refere o preceito transcrito é a de nº 24, de 7 de janeiro de 1975, recepcionada pela Carta de 1988, e preconiza o seguinte:

*“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. (realçamos)*

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 - a 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.

Art. 2º - Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal.

§ 1º - As reuniões se realizarão com a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação.

*§ 2º - A concessão de benefícios dependerá sempre de **decisão unânime** dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.” (realçamos)*

21 - Verifica-se que a lei complementar de 1975 **não se refere, nos incisos de seu art. 1º, a qualquer forma diferenciada de incidência do então ICM (e nem poderia), nas operações interestaduais, que pudesse discrepar daquilo que a Constituição Federal rigidamente já estabelecera**, cujo tratamento normativo conferido pela atual Carta, em relação às operações em que se destinem bens e serviços a consumidor final, se encontra em seu art. 155,II, §2º, VII e VIII, verbis:

“Art. 155.....

.....

§2º.....

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;*

VIII – na hipótese da alínea “a” do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;”

22 - Por sua vez, o Protocolo 21 pretende estribar-se no Convênio ICMS 133/97, que estabeleceu o Regimento Interno do CONFAZ, cujo art. 3º fixa-lhe as seguintes competências:

“Art. 3º Compete ao Conselho:

I - promover a celebração de convênios, para efeito de concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto de que trata o inciso II do art. 155 da Constituição, de acordo com o previsto no § 2º, inciso XII, alínea “g”, do mesmo artigo e na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975;

II - promover a celebração de atos visando o exercício das prerrogativas previstas nos artigos 102 e 199 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), como também sobre outras matérias de interesse dos Estados e do Distrito Federal.

III - sugerir medidas com vistas à simplificação e à harmonização de exigências legais;

IV - promover a gestão do Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais - SINIEF, para a

coleta, elaboração e distribuição de dados básicos essenciais à formulação de políticas econômico-fiscais e ao aperfeiçoamento permanente das administrações tributárias.

V - promover estudos com vistas ao aperfeiçoamento da Administração Tributária e do Sistema Tributário Nacional como mecanismo de desenvolvimento econômico e social, nos aspectos de inter-relação da tributação federal e da estadual;

VI - colaborar com o Conselho Monetário Nacional na fixação da Política de Dívida Pública Interna e Externa dos Estados e Distrito Federal, para cumprimento da legislação pertinente e na orientação das instituições financeiras públicas estaduais, propiciando sua maior eficiência como suporte básico dos Governos Estaduais.

§ 1º O Conselho pode, em assunto técnico, delegar, expressamente, competência à Comissão Técnica Permanente do ICMS - COTEPE/ICMS para decidir, exceto sobre deliberação para concessão e revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais.

§ 2º O Conselho poderá, ainda, colaborar com entidades e outros órgãos da administração pública.”

23 - Constata-se que todas as atividades do CONFAZ, que dizem respeito à concessão de isenções, benefícios e incentivos fiscais, só

podem ocorrer mediante **convênios**, ratificados por **todos os seus integrantes, e nos estritos limites das matérias de sua competência**, conforme elencadas na Lei Complementar nº 24/75, em sintonia com o art. 155, II, §2º, XII, g, da Carta de 88.

24 - A seu turno, o art. 38 do citado Regimento Interno, disciplina a celebração de **Protocolos**, dizendo:

“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”.

25 - Acordar a celebração de **Protocolos** é a única permissão dada aos Estados, pelo Regimento do CONFAZ, sem o requisito da unanimidade devida aos **convênios**. Mas a matéria de que podem cuidar é **restrita ao que dispõe o transcrito art. 38**, e nela são se

inclui qualquer providência, ainda que sob uma falsa noção de “*política fiscal*” ou de “*outros assuntos de interesse dos Estados e do Distrito Federal*” que autorize, **por absurda a hipótese, a alteração** de norma constitucional disciplinadora das transações interestaduais, conforme disciplinadas pelo art. 155, II, §2º, VII e VIII, da Lei Magna.

26 - Nem poderia ser de outra forma, porque Protocolos, Convênios ou Leis não têm o condão de modificar preceito constitucional disciplinador de todas as operações interestaduais do ICMS, sob pena de instaurar-se enorme descompasso operacional e iniquidade competitiva entre membros da Federação, além da evidente insegurança jurídica decorrente de violação extravagante de norma superior.

27- Como se viu, os argumentos em que se pretende sustentar o Protocolo encontram-se em sua justificativa. Dela se extrai a conclusão de que alguma providência os Estados, que se julgam prejudicados com o atual regramento do ICMS, quiseram adotar, em face da modificação fática trazida pela possibilidade de se efetuarem compras através de meios eletrônicos, que dispensam a presença física do adquirente, especialmente nas transações interestaduais. Por conseguinte, tornou-se necessária uma medida que contornasse tal situação, não importando se a mesma viesse a desconhecer

dispositivos constitucionais expressos sobre a matéria, ou se valesse de ato normativo de nível inferior.

28 - Ora, nem o adquirente, consumidor não-contribuinte, pessoa física ou jurídica, teve sua qualificação jurídica alterada, em virtude da nova situação criada pela utilização daqueles meios, nem o conceito de *operação interestadual*, que implica a existência de estabelecimento mercantil em um Estado e de consumidor, em outro, foi, pela mesma razão, modificado. Em verdade, a acepção jurídica destes termos remanesce a mesma, porque **não é a presença ou ausência física do consumidor que determina a *ratio* dos incisos VII e VIII, do §2º do art. 155, da Carta Federal, mas o fato de a mercadoria ou serviço transitar entre Estados diferentes e ser ou não destinada a consumidor contribuinte do imposto.** Em verdade, as operações que sempre implicam movimentação física de bens, não se alteraram por causa de sua realização por meios virtuais.

29 - Atribuir aos instrumentos que a tecnologia nos oferece a capacidade de **transmudar** a natureza de tais operações é laborar em equívoco porque o elemento virtual que as propicia – o *site* – não é um estabelecimento mercantil, mas simples instrumento eletrônico, utilizado também para a aceitação de pedidos. Neste sentido,

“a diversificada utilização e a flexibilidade de seu desempenho, por si só, não permitem caracterizar o

site como autêntico estabelecimento, para todos os fins e efeitos tributários no caso de representar um mero local (espaço virtual) que atue como estabelecimento administrativo, sem promover qualquer circulação de bens”³

30 – Além disto, mesmo que esta nova situação venha a demandar qualquer modificação na disciplina constitucional do ICMS, a mesma haverá de ocorrer através de Emenda aprovada pelo Congresso Nacional, segundo os trâmites que lhe são peculiares.⁴

31 - Portanto, quando se alega, dentre os argumentos apresentados, que

*“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***

³ Soares de Mello, José Eduardo – ICMS, Teoria e Prática – 6ª Edição, pg.26. Dialética, São Paulo, 2003.

⁴ - “Embora nos negócios mercantis, o *site* possa implicar ampla performance, concretizando uma venda, o fato é que o objeto *mercadoria* representa um bem corpóreo, que se encontra em um determinado local físico, distinto do próprio *site*. Apesar do fato gerador do ICMS materializar-se com a realização do negócio mercantil, é inegável que a situação física – no caso, por exemplo, a saída de mercadorias – sempre deve ocorrer dentro de um espaço físico, (e não virtual), tornando-se imprescindível seu respectivo controle (entradas, saídas, estoques) para assegurar o cumprimento de obrigação tributária”.

Soares de Mello, José Eduardo, ob. cit. pg. 27.

Gastão Toledo Advogados
Avenida Brigadeiro Faria Lima nº 1903, cj. 74 - Jardim Paulistano - São Paulo, SP - Brasil- CEP 01452-001
Tel; 55-11-3032.2870 / 8699.9920 - www.gastaoledoadvogados.com.br

quando da promulgação da Constituição Federal de 1988”,(realçamos)

está-se diante de um eufemismo para justificar uma abordagem inadequada de situações distintas, porque **os meios de aquisição não acarretam a mudança das características fundamentais das operações entre ausentes**, conforme acima aludido, por não lhes poderem desnaturar a natureza de operações interestaduais, que assim continuam para todos os efeitos da disciplina jurídico-constitucional a que se submetem.

32 - Confundi-se a **rapidez** proporcionada pelos elementos da moderna eletrônica nas operações não-presenciais, com a alteração dos elementos que integram sua natureza jurídico-tributária, como se tal circunstância (o imediatismo) tivesse o condão de produzir esse resultado.

33 -Também se diz:

“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”. (realçamos)

34 - É evidente o equívoco contido em tais afirmativas. Primeiro, porque, embora sejam operações interestaduais, **a Constituição Federal é clara ao distinguir entre aquelas levadas a efeito entre contribuintes e as que ocorrem quando o consumidor final não é contribuinte.** Nestas, o imposto é devido somente ao Estado de origem (Art. 155,II,§2º,VII,b), não cabendo preservar “*a repartição do produto da arrecadação dessa operação entre as unidades fesderadas de origem e destino*”, circunstância só admitida nas operações interestaduais **em que o destinatário final é contribuinte do imposto** (art. 155,II,§2º,VII, a). Segundo, porque, como se vê, o ICMS só é partilhado na última hipótese perfilhada, **não sendo um imposto cuja arrecadação é sempre repartida entre os Estados da Federação**, como querem os autores do Protocolo. A este propósito:

“Os dispositivos citados estruturam aquilo que se convencionou chamar de “diferencial de alíquota”.

*Neles notamos dois propósitos, a saber: I – o de favorecer os consumidores finais **que não sejam contribuintes do ICMS**; e, II – o de repartir entre os Estados produtores e os Estados consumidores o montante de ICMS devido nas operações prestações interestaduais que destinem bens a consumidores*

finais que sejam contribuintes deste imposto....”⁵(realçamos)

35 – Assim, a perplexidade gerada pelo advento da operação mercantil, por meios eletrônicos, entre ausentes, **ensejou o desprezo pela distinção, feita pela própria Constituição, entre destinatários contribuintes e não-contribuintes**, para o efeito de repartição do imposto, através da aplicação das alíquotas interestaduais, estipuladas pelo Senado Federal, nos termos do mesmo art. 155,II, §2º, IV, cuja força normativa não pode ser desconhecida.

“São normas constitucionais de eficácia plena, encerrando, destemido, comandos imperativos, de observância imediata e obrigatória. Nelas, diga-se de passagem, não há nenhuma referência o tipo “nos termos de lei complementar” ou “segundo o disposto em lei complementar”, circunstância que mais e mais reforça nossa convicção”⁶

36 - Ademais, o Protocolo ICMS 21/2011 infringe claramente o previsto no art. 150, IV, da Constituição Federal, preceito que veda qualquer exacerbação legislativa que possa ultrapassar os limites aceitáveis para a preservação do patrimônio do contribuinte, não sujeito, pois, ao alcance do fisco, constituindo-se em limitação ao

⁵ - Carrazza, Roque Antônio – ICMS – 5ª Edição, pg. 265 – Malheiros Editores, 1999.

⁶ - Carrazza, Roque Antônio – ob.cit. pg. 267

poder de tributar, dentre as consignadas no Texto Magno. Referido dispositivo expressamente proíbe a

“ utilização de tributo com efeito de confisco.”

37 - Com efeito, a adição, ao montante de ICMS pago na origem, da parcela correspondente às operações interestaduais, além de causar uma discriminação desprovida de sustentação jurídica, ocasiona inaceitável aumento da respectiva tributação, com duas consequências graves: a primeira, acima assinalada – o efeito confisco; a segunda, ofensiva ao inciso V, do mesmo art. 150, que veda

“as limitações ao tráfego de pessoas ou bens por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais...”,

circunstância presente quando da aplicação do Procolo ICMS 21/2011, em virtude do ônus tributário desmedido sobre os bens adquiridos por consumidor final, dificultando-lhes sobremaneira a comercialização pelo expressivo aumento de seus preços, em detrimento do comércio interestadual.

38 - O Procolo ICMS 21/2011, ao fazer tábula rasa da Carta Federal, milita contra os interesses de todos os consumidores finais, não contribuintes do imposto, pois pretende igualá-los aos contribuintes

dele, através de fórmula ilegítima que só produz a elevação da carga tributária e o aumento da arrecadação dos signatários, rompendo com o equilíbrio sistêmico desse tributo, conforme desenhado nos preceitos e princípios que lhe são pertinentes.

39 - Deve-se lembrar, também, que, no voto que proferiu, como Relator da ADI 4565, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, contra a Lei nº 6041/2010, do Estado do Piauí, **que procurou instituir mecanismo de tributação semelhante ao do Procololo ICMS21/2011**, o Ministro Joaquim Barbosa teve ocasião de ressaltar que, embora se constatem disparidades entre as diversas regiões do País, as mudanças do sistema de tributação previsto na Lei Fundamental dependem necessariamente de uma “*verdadeira Reforma Tributária*”, não de medidas unilaterais, como a então questionada, e contra a qual S. Exa. e a unanimidade dos Ministros presentes concederam a liminar requerida, em sessão Plenária de 7/04/2011.

40 - Resta enfatizar que nem Protocolo, nem Convênio ou mesmo Lei de qualquer espécie possui autoridade formal para dispor sobre esta matéria, diferentemente do que o faz a Carta da República. Não bastassem os equívocos exegéticos que ampararam a edição do Protocolo 21/2011, não parece restar dúvida de que o instrumento é nulo perante o sistema nela instaurado, por inteira inaptidão jurídica para tratar do tema.

41 – Por isso, atenta contra o mais elementar senso comum, reconhecer que a Lei Fundamental disciplina rígida e exhaustivamente a incidência do ICMS nas operações interestaduais, e, ao mesmo tempo, admitir que tal regulação constitucional seja superada por ato normativo de cunho inferior, desprovido, portanto, de autoridade hierárquica para isto, inteiramente divorciado das competências estabelecidas no sistema constitucional.

42 - Trata-se de inversão de valores jurídicos que não pode prosperar, sob pena de tornar letra morta todo o aparato normativo disciplinador da matéria, cuja relevância e complexidade devem estar a salvo de tais investidas, que só ameaçam o sistema constitucional tributário e o tornam vulnerável a distorções de todo tipo. É contra esses abusos que se pede a atuação decisiva do Egrégio Supremo Tribunal Federal

CONCLUSÃO

42 - Em face do exposto e, em virtude de os consumidores e o setor produtivo do País estarem indevidamente onerados pela distorção provocada no âmbito do ICMS, através de simples Ato Administrativo Normativo, a Requerente, ao reiterar a Vossa Excelência seu pleito para ingressar no feito, como “*amicus curiae*”, espera que a ADI nº 4682 obtenha provimento, nos termos em que está proposta, isto é:

Gastão Toledo Advogados
Avenida Brigadeiro Faria Lima nº 1903, cj. 74 - Jardim Paulistano - São Paulo, SP - Brasil- CEP 01452-001
Tel; 55-11-3032.2870 / 8699.9920 - www.gastatoledoadvogados.com.br

- seja concedida medida liminar, visando a sustação imediata da eficácia do Protocolo ICMS nº 21, de 1 de abril de 2011, e
- seja declarada sua inconstitucionalidade “*ex-tunc*”, por violar os dispositivos constitucionais acima referidos.

Termos em que

pede deferimento.

São Paulo, 05 de abril de 2012

Gastão Alves de Toledo

OAB-SP 82.034