

HONDA
ESTEVÃO
ADVOGADOS

Helcio Honda
Oziel Estevão

Antonio Carlos Ferreira de Araujo
Lumy Miyano Mizukawa
Renata Souza Rocha
Rita de Cássia Correard Teixeira

Reinaldo Guerrero Junior

Adriana Aires de Moraes
Adriana Andrade da Silva
Ana Carolina Fernandes Meira
Ana Paula Bento Nogueira
Andressa Fröhlich Borelli
Arthur Felipe Bernardi
Carlos Vitor Paulo
Daniel Dayeh Rocha
Daniela Franulovic
Érica Fernanda da Cruz Nascimento
Fábio Abranches Pupo Barboza
Fábio Gregio Barbosa
Fernanda Vieira Bastos
Fernando Crespo Pascalicchio Viña
Gilberto Frigo Junior
Glauber Julian Pazzarini Hernandez
Gustavo Rodrigues de Castro Soares

Maria Stela Battazza
Michelle Stecca Zeque
Rafael Collachio de Almeida
Renata Ferraioli
Sandra Cristina Palheta
Thiago Vaz de Oliveira

Consultores:

Marcelo Godke Veiga
Maria Fernanda Cavalcanti Silva
Maria Uziete J. Pugaciov
Reinaldo Tomiatti
Wilson Bertoldo Brandão

Av. Paulista, 475 - 3º andar / 7º andar conjunto A - CEP 01311-908 - São Paulo - SP
Tel: (55 11) 2149.0500 - Fax: (55 11) 2149.0502
www.hondaestevao.com.br

DOCUMENTO 02



Muniz

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI, entidade sindical de grau superior representativa da indústria brasileira, com sede em Brasília, DF, SBN, Quadra 1, Bloco "C", Edifício Roberto Simonsen, inscrita no CNPJ sob o nº 33.665.126/0001-34, por seus advogados (instrumento de mandato anexo), vem, com apoio nos artigos 102, inciso I, alínea "a", e 103, inciso IX, ambos da Constituição Federal, propor

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

(com pedido de liminar)

em face do **Protocolo ICMS n.º 21, de 1.º de abril de 2011** (publicado no DOU de 07.04.11 e republicado, com retificação, no DOU de 13.04.11), firmado pelos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Rondônia, Sergipe, Mato Grosso do Sul e pelo Distrito Federal, no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, que, em manifesta afronta às regras dos **artigos 146, I; 150 V; 152; 153, §1º; 155, § 2.º, VII, a e b e VIII e 170, IV e parágrafo único, todos da Constituição**, pretende



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 por meio de internet, telemarketing ou showroom.

I - DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA À ADI 4628

Tendo em vista que o mencionado Protocolo ICMS n.º 21, de 1.º de abril de 2011 já é objeto da ADI 4628, de iniciativa da CNC e da relatoria do **Ministro LUIZ FUX**, pede-se a distribuição para aquele Ministro.

II - LEGITIMIDADE ATIVA E PERTINÊNCIA TEMÁTICA

A autora, entidade sindical de grau superior, constituída com o propósito de representar a indústria nacional, é parte legítima para propor a presente ação, conforme dispõe o artigo 103, IX, da Constituição Federal.

O requisito da pertinência temática também está presente, eis que o protocolo atacado, a toda evidência, dificulta as vendas principalmente das indústrias situadas nos Estados da Federação *não* signatários, ao encarecer os seus produtos com o acréscimo da parcela do ICMS.

A indução à compra local, seja porque o produto é adquirido diretamente do exterior em importação, seja porque revendido por estabelecimento comercial local, representa violação aos direitos constitucionais das indústrias.

Quanto à vantagem para a importação direta, o prejuízo é evidente: menos vendas, menos produção nacional, menos emprego. Quanto à venda por estabelecimento local, a lesão consiste na perda do canal de vendas diretas, na redução das margens ou das vendas por conta da parcela do preço capturada pelo revendedor local em venda que poderia ser feita sem ele.



Por afetar as sociedades empresárias qualificadas pela legislação como *indústria* dentro do quadro da representação sindical, evidente a pertinência temática a justificar o ingresso da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do dispositivo já apontado.

III - O TEOR DO DISPOSITIVO ATACADO

Consoante já exposto, esta ação volta-se contra o Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, abaixo transcrito:

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.

Os Estados de 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, neste ato representados pelos Secretários de Fazenda, Finanças, Receita ou Tributação e Gerente de Receita, reunidos na cidade do Rio de Janeiro, no dia 1º de abril de 2011, fundamentados no disposto nos arts. 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,

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

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.

Acre - Mâncio Lima Cordeiro, Alagoas - Maurício Acioli Toledo, Amapá - Cláudio Pinho Santana, Bahia - Carlos Martins Marques de Santana, Ceará - Carlos Mauro Benevides Filho, Distrito Federal - Valdir Moysés Simão, Espírito Santo - Maurício Cezar Duque, Goiás - Simão Cirineu Dias, Maranhão - Cláudio José Trinchão Santos, Mato Grosso - Edmilson José dos Santos, Pará - José Barroso Tostes Neto, Paraíba - Rubens Aquino Lins, Paraná - Luiz Carlos Haully, Pernambuco - Paulo Henrique Saraiva Câmara, Piauí - Antônio Silvano Alencar de Almeida, Rio Grande do Norte - José Airton da Silva, Rondônia - Benedito Antônio Alves, Roraima - Luiz Renato Maciel de Melo, Santa Catarina - Ubiratan Simões Rezende, Sergipe - João Andrade Vieira da Silva, Tocantins.

MANUEL DOS ANJOS MARQUES TEIXEIRA

IV - O CABIMENTO DESTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

O Protocolo ICMS nº 21/2011 é ato normativo passível de controle concentrado de constitucionalidade.

Não se pode ter dúvida do amplo e abstrato alcance do Protocolo, que sujeita aos seus comandos não só as operações realizadas no âmbito dos Estados signatários, mas todas as operações, independente do Estado de origem e de ser esse signatário do pacto (vide parágrafo único da cláusula primeira). A impessoalidade do ato é patente.



Análise semelhante à presente já foi realizada por esse Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no julgamento proferido na ADI 3103, cujo objeto impugnado era o Protocolo ICMS nº 33/2003.

Naquela oportunidade, a Corte se manifestou favoravelmente ao cabimento da ação, rejeitando a preliminar de carência da ação, forte no argumento de que o protocolo de ICMS¹:

(...)

Pode, dependendo do conteúdo e do alcance, constituir instrumento só administrativo, aplicável apenas aos Estados signatários, ou, como se dá no caso, assumir a função de ato normativo, tendente a disciplinar também, com abstração e generalidade, comportamento de terceiros, como os contribuintes. Nesta hipótese, é suscetível de controle direto.

Com efeito, cabível a presente ação direta.

V - AS INCONSTITUCIONALIDADES

As inconstitucionalidades estão, fundamentalmente, na **violação ao artigo 155, § 2.º, VII, a e b, e VIII, da Constituição**, vez que este dispositivo estabelece a tributação pelo ICMS exclusivamente no Estado de origem nas operações interestaduais em que o destinatário não seja contribuinte do imposto.

Em caráter complementar, há **violação ao artigo 146, I, da Constituição**, pois mesmo que fosse possível ler o disposto no artigo 155, § 2.º, VII, b, da Constituição de modo a entender que houvesse alguma capacidade impositiva do Estado em que situado o destinatário não contribuinte do ICMS, *mister* seria a disciplina da matéria por lei complementar, na mesma linha decidida pelo Plenário desse Supremo Tribunal Federal, a partir do RE 136.215.

Não apenas isto, o protocolo atacado provoca uma superposição indevida da cobrança do ICMS na origem com a novel incidência no destino, trazendo como resultado prático **violação aos artigos 150, V; 152 e 170, IV e**

¹ STF, Pleno, ADI 3103/PI, rel. Min. Cezar Peluso, jul. 1/6/2006, DJ. 25/8/2006, unânime (trecho extraído do voto do Min. Cezar Peluso).



parágrafo único, da Constituição, vez que há limitação ao tráfego de bens por meio de tributo de incidência na operação interestadual, causando diferença tributária entre bens em razão da procedência de outro Estado, diferença esta que obsta o direito dos agentes econômicos situados em um Estado, notadamente nos Estados não signatários do pacto, de vender seus produtos e serviços em outro Estado, em *livre concorrência* com os fornecedores locais.

Antes de detalhar a inconstitucionalidade de cada um dos dispositivos atacados, cumpre destacar que a Constituição Federal, a “constituição cidadã”, está centrada na defesa do indivíduo, sem que isto, obviamente, se confunda com a defesa do individualismo.

Significa dizer que a Constituição deixa de ter como papel central a estruturação do Estado e passa a ter como preocupação central a pessoa. Isto está claro na auto-aplicabilidade das normas assecuratórias de direitos e garantias (art. 5.º, § 1.º), no rol aberto dos direitos e garantias (art. 5.º, § 2.º), bem como da própria estrutura do texto constitucional, que principia pelos direitos e garantias fundamentais para só depois tratar da organização do Estado.

Estes são elementos significativos na presente hipótese. Não cabe ver as regras dos artigos 146, I; 150 V; 152; 153, §1º; 155, § 2.º, VII, *b* e 170, IV e parágrafo único, todos da Constituição, como se meras regras de estrutura se tratassem, como se veiculando apenas metanormas ou, quando muito, disciplinando a estrutura entre entes federativos.

A Constituição, claramente, criou um espaço de liberdade, regrado, mas um espaço de liberdade para o cidadão. Esse espaço de liberdade tem uma dimensão econômica inegável, não apenas decorrente das normas dessa ordem econômica, mas também do contraste entre a norma programática do seu art. 4.º, parágrafo único, com a ausência de norma relativa à integração econômica interna², o que deixa claro que a integração interna, com as liberdades

² Há regras constitucionais acerca da redução das desigualdades regionais, mas isto não afasta a característica do mercado interno como espaço econômico único. Trata-se apenas de aperfeiçoamento dessa realidade.



fundamentais de livre fluxo de capitais, mercadorias, serviços e trabalho é tida como algo já dado.

A dimensão econômica desse espaço fundamental de liberdade, previsto na Constituição, assegura a liberdade das pessoas de organizarem sociedades empresárias para explorar atividades econômicas lícitas em ambiente de livre concorrência, tendo como abrangência o território nacional, este como **espaço econômico unitário**.

Também assegura a liberdade do comprador, consumidor ou não, de ter um mercado aberto de ofertas. Essa dimensão garante ao trabalhador um mercado de ofertas de trabalho.

Esta introdução é relevante, pois a partir dela resta insofismável que inconstitucional será não apenas a norma que colidir com os dizeres de uma regra apenas de estrutura. Será inconstitucional aquela norma que ferir a realidade produzindo efeitos incompatíveis com as diretrizes constitucionais.

Feitas estas observações de caráter geral, vejam-se as inconstitucionalidades específicas de cada dispositivo impugnado:

V.1 - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 155, § 2.º, VII, B, E VIII

Há insofismável afronta ao disposto no artigo 155, § 2.º, VII, b, da Constituição, por parte do dispositivo atacado, *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 e transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2.º 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:

(...)



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

A literal dicção desse dispositivo constitucional informa que, nas operações ou prestações que destinem bem ou serviços a consumidor final localizado em outro Estado, será adotada a alíquota interna quando o destinatário não for contribuinte do ICMS.

Não há dúvidas, nem margem para tanto, que a titularidade ativa da incidência prevista no artigo 155, § 2.º, VII, *b*, da Constituição é do Estado de origem, aquele em que **situado o contribuinte que dá saída à mercadoria** ou presta o serviço interestadual.

O protocolo, contudo, pretende instituir nova incidência do ICMS, complementar à constitucionalmente prevista, agora de titularidade dos Estados de destino signatários, que, pelo modelo constitucional vigente, só têm sujeição jurídica ativa do diferencial de alíquota previsto no inciso VIII do art. 155, § 2.º, e a fruição econômica do diferencial entre alíquota interna e interestadual na operação interna subsequente à prevista no artigo 155, § 2.º, VII, *a*³.

Com efeito, tem-se também violados esses dispositivos, na medida em que o Protocolo aplica regras constitucionais próprias e exclusivas de destinatário contribuinte a destinatários não-contribuintes do ICMS:

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

(...)

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

(...)

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

(...)

³ Como a alíquota interna é, na quase totalidade dos casos, maior que a interestadual, o Estado de destino se apropria, na operação interna subsequente à interestadual, da diferença entre a alíquota interna aplicada ao preço total do produto e o crédito correspondente ao percentual da alíquota interestadual, menor, sobre o preço da operação anterior, também menor. Caso não haja operação subsequente, então haverá uma incidência específica, a prevista no inciso VIII do art. 155, § 2.º, da CF.



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;

(...)

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;

Portanto, evidente a violação ao artigo 155, § 2.º, VII, *a e b*, e VIII da Constituição Federal.

V.2 - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 146, I

Mesmo que possível fosse vislumbrar no artigo 155, § 2.º, VII, *b*, da Constituição, qualquer possibilidade pela qual a “alíquota interna” ali mencionada devesse ser a soma da sujeição ativa do Estado de origem com a sujeição ativa do Estado de destino, podendo cada qual cobrar “seu quinhão”, apenas não podendo ir além do limite da alíquota interna – o que, repita-se, não é o caso, haveria inconstitucionalidade manifesta por violação ao disposto no artigo 146, I, da Constituição, *verbis*:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre **conflitos de competência**, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

A questão já foi examinada pelo Plenário desse Supremo Tribunal Federal no RE 136.215, cuja ementa está assim redigida:

ADICIONAL ESTADUAL DO IMPOSTO SOBRE A RENDA (ART. 155, II, DA C.F.). IMPOSSIBILIDADE DE SUA COBRANÇA, SEM PREVIA LEI COMPLEMENTAR (ART. 146 DA C.F.). Sendo ela materialmente indispensável à dirimência de conflitos de competência entre os Estados da Federação, não bastam, para dispensar sua edição, os permissivos inscritos no art. 24, par. 3., da Constituição e no art. 34, e seus parágrafos, do ADCT. Recurso extraordinário provido para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 1.394, de 2-12-88, do Estado do Rio de Janeiro, concedendo-se a segurança.

(RE 136215, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 18/02/1993, DJ 16-04-1993 PP-06438 EMENT VOL-01699-05 PP-00941)



No presente caso, tal como no do Adicional Estadual sobre o Imposto de Renda acima ementado, se competência comum houvesse, *mister* seria a disciplina em lei complementar, imprescindível para dirimir o conflito entre os Estados, signatário e não signatários do protocolo, diante da incidência de alíquota adicional ao valor já gravado pelo Estado de origem.

Assim, evidente também a violação ao artigo 146, I, da Constituição, se possível fosse extrair do disposto no artigo 155, § 2.º, VII, *b*, a titularidade comum entre Estados de origem e destino do ICMS.

V.3 - VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 150, V, 152 E 170, IV E PARÁGRAFO ÚNICO

A superposição da alíquota interna do Estado de origem, fruto do disposto no artigo 155, § 2.º, VII, *b*, da Constituição, com a nova incidência estabelecida pelo protocolo atacado torna mais gravosa a venda interestadual de mercadorias a consumidores finais.

Mister é notar que há majorações decorrentes, evidenciando-se numa sobrecarga tributária inconstitucional. Na medida em que o ICMS integra o preço e, ao menos até decisão em sentido diverso na ADC 18, integra a base de cálculo do PIS e da COFINS, acréscimo de ICMS é igual a mais PIS e a mais COFINS, cumulativamente.

Agrava-se a situação pelo fato de o protocolo sequer ter atentado para a necessidade de se conceder tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Portanto, o resultado direto e inexorável é a instituição de diferença tributária entre bens e serviços em razão de sua procedência, diferença esta que limita o tráfego de bens e a livre concorrência a ser exercida pelos agentes econômicos situados em qualquer parte do território nacional quanto a possíveis compradores em qualquer outra parte do território nacional.

A Constituição, no inciso V do seu artigo 150 e, ainda, no seu artigo 152, veda expressamente tais hipóteses:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é **vedado** à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

V - **estabelecer limitações ao tráfego** de pessoas ou bens, **por meio de tributos interestaduais** ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

(...)

Art. 152. É **vedado** aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios **estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.**

É dizer que não restaram violados apenas comandos constitucionais que regem a estrutura dos Entes federativos. A Constituição estabelece espaços de liberdade do cidadão, regrados, mas espaços de liberdade. Dentre tais liberdades, tem-se a possibilidade de estruturar um empreendimento em uma parte do território nacional e buscar compradores em todo o território nacional, em concorrência com os demais agentes econômicos.

Não há um, mas vários beneficiários dessa liberdade. O dono ou os donos do empreendimento, que podem ser até aposentados e pensionistas através de um fundo de pensão são beneficiados. Os trabalhadores também são, pois a liberdade de emprego pouco ou nada vale se não houver oferta de emprego. Os consumidores também são beneficiados com tal liberdade, pois o direito de consumir pressupõe a existência de oferta e quanto maior a oferta, maior a liberdade e a defesa do consumidor.

Dessa feita, no momento em que o protocolo cria obrigações acessórias que se consubstanciam em verdadeiras “barreiras internas” (vide a cláusula quarta do protocolo), aquele espaço público democrático e unitário se vê diretamente afrontado, fragilizando a livre concorrência preconizada pelo inciso IV e pelo parágrafo único do artigo 170 da Constituição.

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

(...)

IV - **livre concorrência;**

(...)



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

O protocolo atacado, portanto, viola um núcleo em que estão imbricadas liberdades fundamentais e direitos sociais básicos, merecendo a pronta reprimenda constitucional.

VI - RAZÕES DO PEDIDO DE LIMINAR

Primeiramente, salta aos olhos a necessidade de apreciação de liminar quanto. Sem que seja apreciado em sede de liminar, o pedido perde grande parte de sua utilidade, quiçá o próprio objeto.

Permitir que isto ocorra é enfraquecer a garantia constitucional, é sinalizar que cabe aqui uma “inconstitucionalidade útil”, que só vai ser reconhecida tantos tempos depois, em controle difuso, sujeita a devolução ao precatório, já em outra Administração, que, com sorte, ainda pode se valer do artigo 166 do CTN.

Nesse contexto, evidenciado o perigo da demora, um dos dois requisitos autorizadores da concessão da medida liminar.

O *fumus boni iuris*, por seu turno, é patente e já exaustivamente evidenciado nos argumentos meritórios acima.

Com efeito, as inconstitucionalidades cometidas pelo protocolo não se materializam apenas na ruptura de regras de estrutura ou no relacionamento entre as unidades da Federação. Há graves lesões no plano da sociedade.

Ainda que possível fosse vislumbrar alguma plausibilidade na pretensão dos Estados signatários do protocolo – ou seja, na hipotética possibilidade de se afastar a incidência do artigo 155, §2º, VII, *b* - a norma atacada seria inconstitucional por violar o disposto no artigo 146, I, pois tal como reconhecido pelo Plenário desse Supremo Tribunal Federal no RE 136.215 quanto ao extinto adicional estadual ao imposto de renda, o conflito federativo



envolvido exigiria a disciplina em lei complementar, não sendo permitida a cobrança com base em norma estadual.

Exatamente porque invade a competência tributária alheia, o protocolo provoca uma superposição da indevida cobrança do Estado de destino e da devida cobrança na origem, o que viola o disposto no artigo 150, V, c/c art. 152 e 170, IV, todos da Constituição.

Mais do que o desrespeito a regras constitucionais de estrutura, que disciplinam a partilha constitucional de receitas tem-se, aqui, indústrias brasileiras, que geram emprego e renda neste país, sendo obrigadas a competir em desvantagem tributária **inclusive com produtos importados**.

Com todas as vênias, a situação criada pelo protocolo é de urgência e de uma inconstitucionalidade chapada.

As vendas perdidas pelo produto nacional ou mesmo pelo nacionalizado em outro Estado não são passíveis de ulterior correção. A redução de vendas não raro implica em redução dos canais de distribuição, redução de fatia de mercado, redução da exposição da marca, **redução do emprego e redução da arrecadação tributária dos demais Estados**.

O prejuízo às vendas interestaduais é evidente, na medida em que a “nova incidência” é cobrada do vendedor. Assim, essa parcela precisa ser repassada para o preço. Mas o preço é a base de cálculo do ICMS devido ao Estado de origem e integra a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Mas a questão não se limita ao recolhimento de imposto, cuja recuperação já veria os entraves do artigo 167 do CTN para depois ainda se submeter às calendas dos precatórios.

O que se está a falar é de perda de competitividade, perda de vendas frente àqueles que vendem produtos a partir dos Estados signatários do protocolo, e, principalmente, para as importações, tributadas como operação interna.



A lesão à estrutura constitucional é reparada pelo provimento definitivo, cujo resultado se vislumbra como inexorável, ante os precedentes desse Tribunal. Contudo, estão em jogo, imediatamente, dispositivos constitucionais ligados à ordem econômica e, mediatamente, direitos constitucionais dos agentes do mercado: fabricantes, empregados, fisco. Quanto ao mercado, cabe talvez o alerta da famosa frase atribuída a Keynes: a longo prazo, todos nós estaremos mortos.

Porque as perdas com vendas, canais de distribuição de produto, posição de mercado (*Market share*) são irreversíveis e de inviável recomposição, cabível também o pedido de liminar.

Sem a concessão da liminar, haverá não apenas a perda de vendas, mas a perda de mercado do fabricante nacional, em todo o mercado nacional. Perda de mercado significa perda de emprego. Menos produção e menos emprego significam menos competição. Menos competição significa prejuízo ao consumidor.

Desse modo, se afigura necessário aplicar aqui a mesma medida acauteladora proferida pelo Plenário desse Egrégio Tribunal Constitucional, na ADI 4565, cuja norma evidenciava dose similar de inconstitucionalidade auferida no protocolo ora questionado.⁴

CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL.

LEI 6.041/2010 DO ESTADO DO PIAUÍ.

LIBERDADE DE TRÁFEGO DE BENS E PESSOAS (ARTS. 150, V E 152 DA CONSTITUIÇÃO). DUPLICIDADE DE INCIDÊNCIA (BITRIBUTAÇÃO)

⁴ O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deferiu a medida cautelar para suspender os efeitos da Lei nº 6.041, de 30 de dezembro de 2010, do Estado do Piauí. Emprestou à decisão eficácia extunc, desde a sua edição, contra o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente. Ausentes, em participação na U.N. Minimum Rules/World Security University, em Belágio, Itália, o Senhor Ministro Cezar Peluso e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Falou pelo requerente o Dr. Ophir Guimarães Cavalcante. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente). Plenário, 07.04.2011. DJE 27/06/2011 - ATA Nº 99/2011. DJE nº 121, divulgado em 24/06/2011.



– ART. 155, § 2º, VII, B DA CONSTITUIÇÃO). GUERRA FISCAL VEDADA (ART. 155, § 2º, VI DA CONSTITUIÇÃO).

MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

Tem densa plausibilidade o juízo de inconstitucionalidade de norma criada unilateralmente por ente federado que estabeleça tributação diferenciada de bens provenientes de outros estados da Federação, pois:

Há reserva de resolução do Senado Federal para determinar as alíquotas do ICMS para operações interestaduais;

O perfil constitucional do ICMS exige a ocorrência de operação de circulação de mercadorias (ou serviços) para que ocorra a incidência e, portanto, o tributo não pode ser cobrado sobre operações apenas porque elas têm por objeto “bens”, ou nas quais fique descaracterizada atividade mercantil-comercial;

No caso, a Constituição adotou como critério de partilha da competência tributária o estado de origem das mercadorias, de modo que o deslocamento da sujeição ativa para o estado de destino depende de alteração do próprio texto constitucional (reforma tributária). Opção política legítima que não pode ser substituída pelo Judiciário.

Medida liminar concedida para suspender a eficácia prospectiva e retrospectiva (*ex tunc*) da Lei estadual 6.041/2010.

Analisando situação similar na ADI 4705, o Ministro Joaquim Barbosa suspendeu, também com efeitos retroativos, a aplicação da Lei 9.582, de 12 de dezembro de 2011, do Estado da Paraíba que, em sentido análogo ao protocolo ora atacado e ao da lei piauiense já suspensa no âmbito da mencionada ADI 4705, estabelecia exigência de parcela de ICMS nas operações interestaduais que destinassem mercadorias ou bens a consumidor final localizado naquele Estado, mediante aquisição de forma não presencial.

Na oportunidade, o Ministro fundamentou a sua decisão, destacando que o constituinte fez a opção pela “regra de origem” e que nem todos os consumidores teriam capacidade para absorver esse aumento de preço e os que tivessem teriam que enfrentar o obstáculo estabelecido pelo artigo 166 do CTN, fazendo com que “o recolhimento indevido se torne fato consumado de difícil reversão”⁵

⁵ Conferir em *Notícias do STF*, datada de 19/12/2011, a notícia intitulada “Suspensa lei paraibana sobre exigência de ICMS em compras não presenciais”. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=196556&caixaBusca=N>. Acesso em 20/12/2011.

Convém registrar que já há notícias de que o Presidente Cezar Peluso manteve a liminar que suspendeu os efeitos da lei paraibana, o que reforça o cabimento da medida cautelar nesta ação⁶.

Portanto, vindo a ser julgada procedente a demanda, tais contribuintes poderão ser obrigados, de um lado, a recolher a diferença ao Estado em que situados, e a buscar, via repetição de indébito, a diferença recolhida aos Estados de destino, que certamente trarão à baila o artigo 166 do CTN como óbice à repetição. Vencido o óbice, se vencido, será necessário aguardar o pagamento de precatório.

Assim, com redobradas vênias, é pedida a concessão de liminar.

VII - PEDIDOS

Por todo o exposto, na forma do artigo 6º da Lei n.º 9.868/99, a CNI requer sejam intimados os Secretários de Fazenda (ou denominação equivalente que possuam) dos Estados signatários do protocolo ora impugnado, para que prestem informações.

Por conseguinte, requer, na forma dos artigos 10 e 11 da Lei n.º 9.868/99, seja concedida liminar para suspender a eficácia do Protocolo ICMS n.º 21, de 1º de abril de 2011.

Pede-se também que, ao final, seja julgado procedente o pedido da presente ação direta de inconstitucionalidade, declarando-se a inconstitucionalidade, *ex tunc*, do aludido protocolo.

Finalmente, pede-se que as publicações sejam feitas em nome dos advogados Cassio Augusto Muniz Borges, OAB/RJ n.º 91.152 e OAB/DF n.º 20.016-A, e Gustavo Amaral, OAB/RJ n.º 72.167 e OAB/DF n.º 24.513, ambos

⁶ Conferir em *Notícias do STF*, datada de 06/11/2012, a notícia intitulada “Supremo mantém suspensa lei que cobra ICMS em comércio eletrônico na Paraíba”, <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=197293>. Acesso em 9/11/2012.



com endereço, nesta capital, no SBN, Quadra 01, Bloco C, Edifício Roberto Simonsen, 13.º andar, CEP 70.040-903.

E. Deferimento.

Brasília, 24 de janeiro de 2011.

GUSTAVO AMARAL
OAB/RJ 72.167 E OAB/DF 24.513

CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES
OAB/RJ 91.152 E OAB/DF 20.016-A