

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PGE/CJUR/SEFAZ

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL – MINISTRO LUIZ FUX**
RELATOR DA ADI Nº 4628

ADI nº 4628 (STF)

Relator: Ministro LUIZ FUX

Requerente: Confederação Nacional do Comércio de Bens Serviços e Turismo -CNC

Interessados: Estado do Acre e Outros

Objeto: Protocolo de ICMS CONFAZ nº 21/2011

O **ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**, neste ato representado pelo Procurador do Estado ao final assinado, isento legalmente de instrumento de mandato, nos autos da **ADI Nº 4628** em epígrafe, que é movida pela **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS SERVIÇOS E TURISMO – CNC** em face do **ESTADO DO ACRE e OUTROS**, vem, respeitosamente, à ilustre presença de Vossa Excelência, manifestar-se o **despacho proferido no último dia 14/04/2014**, nos seguintes termos:

I) – Ausência de ofensa à liminar por parte do Estado de MS:

No último dia 25/04/2014, o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul foi notificado sobre o teor da liminar proferida nos autos.

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PGE/CJUR/SEFAZ

A citada intimação decorre de despacho proferido pelo Ministro Relator no último dia 14/04/2014 após análise de petição apresentada pela Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica (ABINEE) que argumentava que os Estados de Mato Grosso (MT) e Mato Grosso do Sul (MS) vinham descumprindo a liminar proferida pelo Relator e publicada em 21/02/2014 e 07/03/2014 (retificação).

No que refere ao Estado de Mato Grosso do Sul e aos atos de fiscalização a ele imputados, cabe esclarecer que os documentos acostados pela ABINNE nos itens 321 a 327 do processo virtual relacionam-se a **fiscalizações anteriores à ciência da liminar** pelo Governador do Estado.

No caso, os atos fiscais reclamados pela entidade Requerente ocorreram nos dias 18, 22, 23 e 25 de fevereiro de 2014 (*ver itens 321 a 327 do processo digital*), devendo ser consignado que por problemas formais na autuação do presente feito, o Estado de Mato Grosso do Sul somente foi devidamente **incluído** formalmente no **pólo passivo** da presente ADI nº 4628 no último **dia 11/04/2014**, conforme comprova a certidão do item nº 316 dos autos digitais (“316 - *Certidão - Retificação da Autuação*”).

Neste sentido, resta claro que não houve qualquer descumprimento de liminar por parte do Fisco Sul-mato-grossense.

Por fim, informamos, ainda, que já foi encaminhada orientação para o Fisco Estadual observe integralmente o teor da liminar deferida nos autos.

II) – A Liminar deferida não impede a fiscalização tributária:

Não custa registrar que a parte final da liminar deferida pelo Relator na ADI 4628 é expressa no sentido de não impedir a fiscalização tributária promovida pelos Estados (“... *A medida liminar ora concedida não impede que os Estados signatários do referido Protocolo exerçam seu poder de fiscalização, com vistas a apurar os créditos tributários que julga serem válidos, máxime para evitar*”).

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PGE/CJUR/SEFAZ

suposta decadência. Esse exercício deverá ocorrer em prazo módico e com instrumentos razoáveis e proporcionais, de modo a não caracterizar sanção política...”).

Logo, salvo melhor juízo, é perfeitamente razoável o exercício da fiscalização estadual desenvolvida em postos fiscais ou no trânsito, com a autuação preventiva de decadência e também com eventual retenção de mercadoria pelo tempo necessário para a sua conferência quantitativa e documental (*precedente do próprio STF na ADI 395¹*), bem como para a lavratura da respectiva autuação fiscal.

III) – A Fiscalização Sul-mato-grossense independe do Protocolo CONFAZ nº 21 / STF já negou liminar contra o Decreto Estadual nº 13.162/2011:

Também é importante informar que a fiscalização desenvolvida pelo Estado de Mato Grosso do Sul nas operações de vendas não presenciais (*internet, etc.*) são disciplinadas por legislação estadual independente do Protocolo de ICMS nº 21/2011.

No caso sul-mato-grossense, ao contrário dos demais Estados, as vendas não presenciais são regulamentadas pelo Decreto Estadual nº 13.162/2011 (*Dispõe sobre procedimentos relativos ao controle, à arrecadação e à fiscalização a serem adotados em relação ao ICMS nas operações que destinem mercadorias, inclusive materiais de construção, ou bens a consumidor final neste Estado, cuja aquisição ocorra de forma não presencial em estabelecimento remetente localizado*

¹ “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 163, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO DE SÃO PAULO: INOCORRÊNCIA DE SANÇÕES POLÍTICAS. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 5º, INC. XIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. A retenção da mercadoria, até a comprovação da posse legítima daquele que a transporta, não constitui coação imposta em desrespeito ao princípio do devido processo legal tributário. 2. Ao garantir o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, o art. 5º, inc. XIII, da Constituição da República não o faz de forma absoluta, pelo que a observância dos recolhimentos tributários no desempenho dessas atividades impõe-se legal e legitimamente. 3. A hipótese de retenção temporária de mercadorias prevista no art. 163, § 7º, da Constituição de São Paulo, é providência para a fiscalização do cumprimento da legislação tributária nesse território e consubstancia exercício do poder de polícia da Administração Pública Fazendária, estabelecida legalmente para os casos de ilícito tributário. Inexiste, por isso mesmo, a alegada coação indireta do contribuinte para satisfazer débitos com a Fazenda Pública. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.” (ADI 395 / STF, Relatora: Min. CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2007, DJe-082 DIVULG 16-08-2007)

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PGE/CJUR/SEFAZ

*em outras unidades da Federação.”), cuja vigência **independe** do Protocolo de ICMS CONFAZ nº 21/2011.*

Cabe lembrar, inclusive, que no entendimento do próprio STF, o mencionado Decreto Estadual nº 13.162/2011 continua vigorando normalmente, tendo em vista que contra ele a Corte Suprema **não deferiu liminar** na específica **ADI nº 4642²**, de Relatoria do Ministro CARLOS AYRES BRITTO.

Prosseguindo, especificamente sobre o mencionado Decreto Estadual nº 13.162/2011³, esclarecemos que ele não cria e nem aumenta tributo, sendo que, nos termos do seu art. 4^{o4}, ele é direcionado à Empresa Remetente de outro Estado e não ao consumidor final, como equivocadamente muitos têm entendido. Assim, não é o consumidor quem está sendo exigido, mas sim a empresa vendedora de outro Estado.

Na realidade, o mencionado Decreto Estadual apenas normatiza um entendimento dentro do **Sistema Tributário já existente** (CTN, Código Tributário Estadual e Regulamento do ICMS), no sentido de que a regra do art. 155, §2º, inc. VII, “b”, da CF/88⁵, em que toda a tributação fica com o Estado da empresa remetente, somente deve ser aplicada no caso de o consumidor final sul-mato-

² ADI 4642 STF = objeto: inconstitucionalidade do específico Decreto Estadual nº 13.162/2011 editado pelo Estado de Mato Grosso do Sul;

³ “Art. 1º Este Decreto dispõe sobre os procedimentos de controle, de arrecadação e de fiscalização a serem adotados, relativamente ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), em relação às operações que destinem mercadorias, inclusive materiais de construção, e bens a consumidor final, pessoa natural ou jurídica, neste Estado, quando adquiridos de forma não presencial em estabelecimento remetente localizado em outras unidades da Federação. (Art. 1º: nova redação dada pelo Decreto nº 13.628/2013. Efeitos a partir de 15.05.2013.)

§ 1º Para efeito deste artigo:

I - considera-se feita de forma não presencial a aquisição realizada sem que o adquirente, por ocasião do respectivo pedido, esteja presente no estabelecimento do fornecedor, onde se encontrem as respectivas mercadorias ou bens, como no caso de aquisição feita por meio de Internet, telemarketing, showroom ou de representante comercial;”

⁴ “Art. 4º A parcela do ICMS devido nos termos deste Decreto deve ser recolhida pelo estabelecimento remetente da mercadoria ou do bem, por meio de Documento Estadual de Arrecadação (DAEMS) ou de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), sob o código de receita 390 - ICMS - Venda Direta, nos seguintes prazos:”

⁵ “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;”

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PGE/CJUR/SEFAZ

grossense ter efetivamente se deslocado fisicamente para o outro Estado e realizado a compra, o que não ocorre no caso.

Portanto, não há ofensa à Constituição Federal ou bitributação. O que há é uma mudança de postura do Fisco Estadual no sentido de não mais permitir a burla da tributação com a “marota” emissão de Nota Fiscal por outro Estado em uma operação de venda flagrantemente ocorrida em MS.

Não se tem dúvida de que as vendas feitas através de *showroom* ou *representante comercial* ocorrem, de fato, dentro do Estado de MS e nele deve ser emitida a nota fiscal da venda, pois foi no solo sul-mato-grossense que o consumidor foi abordado, recebeu informações sobre o produto e, principalmente, fechou o negócio jurídico.

O mesmo raciocínio vale para os casos das vendas via *internet* em que as empresas, geralmente de Estados do Sudeste, vêm até a casa do consumidor sul-mato-grossense através do seu estabelecimento virtual⁶ e no computador deste consumidor apresentam o produto, fazem a oferta e, principalmente, recebem a adesão à oferta e selam o negócio jurídico sem que o consumidor se desloque fisicamente ao outro Estado.

O fato de a venda não presencial (*internet, telemarketing, showroom, representante comercial, etc.*) realmente ter ocorrido em solo sul-mato-grossense possibilita ao Fisco Estadual abster-se da realidade formal (nota fiscal emitida em SP) e apegar-se na realidade fática tributável do art. 116, § único e art. 127, §2º, ambos do CTN⁷ c.c. §2º, do art. 2º, da Lei Kandir⁸, ou seja, à própria

⁶ “(...) se alguém adquire, via internete, um eletrodoméstico, a mercadoria nada tem de virtual, mas como a sua compra decorreu de contrato celebrado com o envio e recepção eletrônicos de dados via rede mundial de computadores, considera-se realizada num estabelecimento virtual”. (COELHO, Fábio Ulhoa. “Manual de direito comercial” – 14 ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 71.)

⁷ “Art. 116. (...)”

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.”

“Art. 127. (...)”

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PGE/CJUR/SEFAZ

caracterização do fato gerador do ICMS (*circulação econômica da mercadoria – art. 155, II, da CF⁹ c.c. art. 5º, I, e art. 84, I, §1º, ambos do Código Tributário Estadual¹⁰*) formando, assim, o seguinte entendimento:

- a venda não presencial no estabelecimento remetente ocorre, de fato, em solo sul-mato-grossense e, portanto, em MS deve ser tributada (art. 11, §3º, da LC 87/96¹¹ c.c. art. 14, inc. I e §3º, inc. I, do Código Tributário Estadual¹²), tendo em vista, principalmente, que a adesão à oferta foi feita por pessoa (consumidor/comprovador) localizada em MS.

§ 1º Quando não couber a aplicação das regras fixadas em qualquer dos incisos deste artigo, considerar-se-á como domicílio tributário do contribuinte ou responsável o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação.

§ 2º A autoridade administrativa pode recusar o domicílio eleito, quando impossibilite ou dificulte a arrecadação ou a fiscalização do tributo, aplicando-se então a regra do parágrafo anterior.

⁸ “Art. 2º (...)

§ 2º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua.”

⁹ “Art. 155 – Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre”: (...)

II – operações relativas a 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.”

¹⁰ “Art. 5º O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incide sobre:

I - as operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

Art. 84. O pagamento do ICMS pode ser exigido:

I - antecipadamente, com a fixação, sendo o caso, do valor da operação ou da prestação subsequentes; (...)

§ 1º Incluem-se no disposto no inciso I os casos em que o contribuinte:

I - só efetue operações ou prestações durante períodos determinados, em caráter eventual ou transitório;”

¹¹ “Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

(...)

§ 3º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

I - na impossibilidade de determinação do estabelecimento, considera-se como tal o local em que tenha sido efetuada a operação ou prestação, encontrada a mercadoria ou constatada a prestação;”

¹² “Art. 14. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do ICMS e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

§ 3º Para efeito desta Lei, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoa, física ou jurídica, exerça suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde sejam armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

I - na impossibilidade de determinação do estabelecimento, considera-se como tal o local onde tenha sido efetuada a operação ou prestação, encontrada a mercadoria ou constatada a prestação;”

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PGE/CJUR/SEFAZ

Logo, a nota fiscal da venda deveria ser emitida aqui por Mato Grosso do Sul, sendo, então, inidônea a Nota Fiscal gerado por outro Estado.

No mínimo, a empresa vendedora de outro Estado pode ser taxada de **contribuinte eventual de imposto em Mato Grosso do Sul**, conforme permite o art. 248, do RICMS c.c art. 5º, I, e art. 84, I, §1º, ambos do Código Tributário Estadual já citado.

Exemplo clássico deste contribuinte eventual é aquele de tributação de mercadoria vendida por ambulante/caminhoneiro de outro Estado que vai de cidade em cidade e pratica venda sem emissão de nota fiscal. Este comerciante, embora não cadastrado no Estado, pode e deve ser tributado pelo Estado local.

Sustentando o apego do Fisco Sul-mato-grossense à realidade fática tributável, vejamos o disposto no §2º do art. 127, do CTN: “A autoridade administrativa pode recusar o domicílio eleito, quando impossibilite ou dificulte a arrecadação ou a fiscalização do tributo, aplicando-se então a regra do parágrafo anterior. Por sua vez, diz o mencionado §1º: “§1º Quando não couber a aplicação das regras fixadas em qualquer dos incisos deste artigo, considerar-se-á como domicílio tributário do contribuinte ou responsável o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação.”. Ora, a adesão à oferta virtual foi dada pelo consumidor localizado em Mato Grosso do Sul.

Logo, não há dúvidas de que, para fins tributários, é em Mato Grosso do Sul que está localizado o estabelecimento virtual da vendedora, que, assim, no mínimo, deveria emitir a nota fiscal de venda como **comerciante contribuinte eventual** de imposto em MS.

Vejamos agora o teor do art. 248, do Regulamento do ICMS (Decreto Estadual nº 9.203/98) que é claro no sentido de que *“Considera-se comércio eventual as operações não habituais praticadas por pessoas jurídicas não inscritas no cadastro de contribuintes do Estado.”*

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PGE/CJUR/SEFAZ

Portanto, independentemente da edição do **Protocolo de ICMS/CONFAZ nº 21/2011**, a tese do Estado de Mato Grosso do Sul de que a regra do art. 155, §2º, inc. VII, “b”, da CF/88 só se aplica no caso de o consumidor final sul-mato-grossense ter efetivamente se deslocado fisicamente para o outro Estado para realizar a compra se mantém de pé apenas com base na legislação já pré-existente (CTN, Código Tributário Estadual e Regulamento do ICMS), sendo, portanto, possível ao Fisco desconsiderar a realidade formal (nota fiscal emitida em outro Estado) e apegar-se à realidade fática tributável, formando, assim, o entendimento de que a venda não presencial no estabelecimento remetente ocorre, de fato, em solo sul-mato-grossense e, portanto, em MS deve ser tributada, no mínimo, como contribuinte de imposto eventual.

Vejamos um quadro resumo do entendimento do Fisco Sul-mato-grossense:

realidade fática tributável (art. 116, § único e art. 127, §2º, ambos do CTN c.c. §2º, do art. 2º, da LC 87/96)	+	venda via internet (estabelecimento virtual, art. 11, §3º, da LC nº 87/96) ou showroom ou representante comercial	=	1 - entendimento de que a venda não presencial ocorre em solo sul-mato-grossense e, portanto, em MS deve ser tributada, no mínimo, como contribuinte eventual de imposto. Nota fiscal deveria ser emitida por MS e não por outro Estado. 2- entendimento de que regra do art. 155, §2º, inc. VII, “b”, da CF/88 só se aplica no caso de o consumidor final sul-mato-grossense ter efetivamente se deslocado fisicamente para o outro Estado para realizar a compra.
--	---	--	---	--

Frisamos: a regra do art. 155, §2º, inc. VII, “b”, da CF/88, em que a tributação total (alíquota interna) fica para o Estado do estabelecimento físico na venda feita a consumidor final de outro Estado, **deve ser aplicada apenas no caso de o consumidor se deslocar até o mencionado estabelecimento físico** para fazer a compra. Não há lógica em sua aplicação no caso em que não houve o deslocamento físico do consumidor, **sob pena de burla a própria competência tributária do outro Estado** em que a venda ocorreu faticamente. Por exemplo, o Fisco Paulista **não pode tributar uma operação que não ocorreu em seu território**, ou seja, que ocorreu dentro da competência tributária do Estado de MS. Essa máxima de **competência constitucional** do ICMS (*art. 155, inc. II c.c. art. 24, inc. I, da CF*) é **muito mais clara e robusta** que a própria redação truncada do art. 155, §2º, inc. VII,

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PGE/CJUR/SEFAZ

“b”, da CF/88. Assim, a **competência tributária** constitucional do Estado de MS **prevalece** sobre a previsão do art. 155, §2º, inc. VII, “b”, da CF/88, o que fragiliza qualquer argumentação no sentido de que a ação fiscal do Estado precisaria de Emenda Constitucional.

Ressaltamos: a **competência tributária constitucional do Estado de MS para tributar o ICMS sobre operações ocorridas em seu território já existe no texto constitucional** (art. 155, inc. II c.c. art. 24, inc. I, da CF¹³) e, portanto, **deve, obrigatoriamente, ser respeitada.**

Feitos estes esclarecimentos, esperamos ter comprovado que a vigência do Decreto Estadual nº 13.162/2011 **independe** do Protocolo CONFAZ nº 21/2011 e, portanto, **não deve ser afetada** pelo julgamento da presente ADI 4628.

IV) – DO PEDIDO:

Diante do exposto, o Estado de Mato Grosso do Sul espera ter demonstrado que (1) **não houve descumprimento de ordem judicial**, bem como que (2) **a liminar deferida não impede a fiscalização tributária.**

Por fim, **solicitamos** ainda que o Ilustre Ministro Relator **RECONHEÇA** expressamente que o **julgamento da presente ADI nº 4628** e sua **liminar em nada afetam a fiscalização tributária desenvolvida pelo Estado de Mato Grosso do Sul** e regulamentada pelo seu **Decreto Estadual nº 13.162/2011**, que, por sua vez, materializa o seguinte entendimento resumido do Fisco local:

¹³ “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;”

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

(...)

§1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.”

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PGE/CJUR/SEFAZ

realidade fática tributável (art. 116, § único e art. 127, §2º, ambos do CTN c.c. §2º, do art. 2º, da LC 87/96)	+	venda via internet (estabelecimento virtual, art. 11, §3º, da LC nº 87/96) ou showroom ou representante comercial	=	1 - entendimento de que a venda não presencial ocorre em solo sul-mato- grossense e, portanto, em MS deve ser tributada, no mínimo, como contribuinte eventual de imposto. Nota fiscal deveria ser emitida por MS e não por outro Estado. 2- entendimento de que regra do art. 155, §2º, inc. VII, "b", da CF/88 só se aplica no caso de o consumidor final sul-mato-grossense ter efetivamente se deslocado fisicamente para o outro Estado para realizar a compra.
---	---	---	---	--

Nestes termos, pede e espera deferimento.

De Campo Grande-MS p/ Brasília-DF, 29 de abril de 2014.

Fernando Cesar C. Zanele

Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul

Chefe da PGE/CJUR/SEFAZ

Ulisses Schwarz Viana

Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul

Chefe da Procuradoria Regional de Brasília