

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.060 SANTA CATARINA

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REQTE.(S) : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE PROVEDORES DE
INTERNET E TELECOMUNICACOES
ADV.(A/S) : PAULO HENRIQUE DA SILVA VITOR
ADV.(A/S) : ALAN SILVA FARIA
ADV.(A/S) : JORDANA MAGALHAES RIBEIRO
ADV.(A/S) : GUSTAVO DE MELO FRANCO TORRES E
GONCALVES
INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA
CATARINA

DECISÃO

**AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE –
LIMINAR – ARTIGO 12 DA LEI Nº
9.868/1999 – JULGAMENTO
DEFINITIVO.**

1. O assessor Dr. Eduardo Ubaldo Barbosa prestou as seguintes informações:

A Associação Brasileira de Provedores de Internet e Telecomunicações – ABRINT ajuizou esta ação, com pedido de liminar, questionando a compatibilidade, com a Constituição Federal, do Decreto nº 1.704/2018, do Estado de Santa Catarina, a instituir, mediante alteração no Decreto nº 2.870/2001 – Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação –,

ADI 6060 / SC

novo regime de substituição tributária. Eis o teor do ato impugnado:

Art. 1º Fica introduzida no RICMS/SC-01 a seguinte alteração:

ALTERAÇÃO 3.939 - O Capítulo XI do Título II do Anexo 6 passa a vigorar acrescido da Seção IV, com a seguinte redação:

“Seção IV – Da substituição tributária nas prestações de serviços de comunicação para execução de serviços de mesma natureza.

Art. 94-C. Nas prestações de serviços de comunicação para execução de serviços de mesma natureza, poderá ser atribuída ao estabelecimento fornecedor, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento, por antecipação, do imposto devido nas prestações subsequentes realizadas pelo estabelecimento destinatário.

§ 1º A condição de substituído tributário e a atribuição da responsabilidade ao fornecedor, para fins de aplicação do disposto no ‘caput’ deste artigo, serão estabelecidas quando o contribuinte a ser enquadrado como substituído tributário não estiver tributando corretamente os serviços prestados e possuir débito tributário, relativo a prestações de serviços de comunicação, inscrito em dívida ativa exigível e não garantida.

§ 2º Considera-se como contribuinte que não estiver tributando corretamente os serviços de comunicação prestados aquele que continuar a adotar práticas infracionais que já tiverem sido objeto de notificação fiscal mantida pelo Tribunal Administrativo Tributário do

ADI 6060 / SC

Estado de Santa Catarina.

Art. 94-D. O procedimento para o enquadramento do contribuinte na condição de substituído tributário será de iniciativa da autoridade fiscal, em processo de fiscalização específico, no qual deverá ser apurada a margem de valor agregado a ser aplicada.

§ 1º A margem de valor a que se refere o *caput* deste artigo:

I - será calculada pela média de 12 (doze) meses da diferença entre as prestações de serviços de comunicação realizadas e as contratadas pelo contribuinte; e

II - poderá ser recalculada a qualquer momento, a critério do fisco ou a pedido do substituído.

§ 2º Para fins do cálculo estabelecido no inciso I do § 1º deste artigo, serão considerados os meses de janeiro a dezembro do ano anterior, quando o procedimento for iniciado no primeiro semestre do ano, ou de julho do ano anterior a junho do ano corrente, quando iniciado no segundo semestre.

§ 3º Após intimado, o contribuinte a ser enquadrado como substituído tributário terá 5 (cinco) dias úteis para apresentar suas contestações em relação:

I - aos motivos determinantes para o seu enquadramento; e

II - ao cálculo da margem de valor agregado.

§ 4º A substituição tributária terá vigência, em relação a cada fornecedor, a partir do primeiro dia do mês subsequente à ciência, mediante intimação da autoridade fiscal, da atribuição de responsabilidade como substituto tributário.

§ 5º O regime de substituição tributária previsto nesta Seção surtirá efeitos enquanto existentes os motivos previstos para sua instituição.

§ 6º O substituído tributário deverá comunicar ao fisco, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, qualquer alteração

ADI 6060 / SC

em relação a seus fornecedores de serviços de comunicação.

Art. 94-E. A base de cálculo do ICMS a ser retido corresponderá ao preço do serviço praticado pelo substituto tributário acrescido da margem de valor agregado de que trata o art. 94-D deste Anexo.

Parágrafo único. O imposto devido pelo substituto tributário de que trata o *caput* deste artigo:

I - será apurado mensalmente e recolhido até o 10º (décimo) dia do mês subsequente ao da emissão do documento fiscal pelo fornecedor; e

I - corresponderá à diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota estabelecida para as prestações internas neste Estado sobre a base de cálculo definida no *caput* deste artigo e o imposto devido na prestação própria do contribuinte substituto.

Art. 94-F. O substituído tributário realizará normalmente a apuração do imposto, creditando-se do valor recolhido antecipadamente por substituição tributária, devendo recolher eventuais diferenças ou transferir o saldo credor para o período de apuração seguinte, conforme o caso.

Art. 94-G. Aplica-se ao substituto tributário o disposto nos arts. 94 e 94-A deste Anexo.

Parágrafo único. Na hipótese de descumprimento do disposto no *caput* deste artigo, o substituto tributário deverá recolher o imposto retido no dia da emissão do documento fiscal.

Art. 94-H. O disposto nesta Seção não se aplica quando o contribuinte a ser enquadrado como substituído estiver no Simples Nacional." (NR)

ADI 6060 / SC

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Ressalta a própria legitimidade, aludindo ao artigo 103, inciso IX, da Constituição Federal, considerada a condição de entidade de classe de âmbito nacional voltada à “defesa dos interesses e direitos das empresas com atuação nos serviços de telecomunicações e serviços de provimento de acesso à *internet*”. Justifica a pertinência temática ante a circunstância de o Decreto atacado afetar diretamente os interesses dos associados.

Destaca o cabimento de formalização de ação direta de inconstitucionalidade em face de decreto, tendo como presentes, no ato impugnado, contornos de abstração e autonomia a autorizarem a aplicação primária do texto constitucional. Reporta-se a precedentes do Supremo.

Argui ofensa aos artigos 5º, cabeça e incisos II e XII, 37, cabeça, 150, incisos I, II, III e IV, 155, § 2º, inciso I e XII, alíneas “b” e g”, e 170, cabeça, da Constituição Federal.

Diz da afronta ao princípio da reserva legal, consignando a impossibilidade de ato regulamentar criar obrigações sem respaldo imediato na legislação. Reportando-se à redação do artigo 9º da Lei Complementar nº 87/1996, segundo a qual “a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados”, aduz a impossibilidade de ter-se a instituição de regime de substituição tributária considerados contribuintes catarinenses prestadores de serviços de provimento de acesso à *internet* mediante operações interestaduais ausente celebração de convênio no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. Afirma transgredido o princípio constitucional da isonomia.

ADI 6060 / SC

Assevera que, ao impor a nova sistemática, o Chefe do Executivo estadual valeu-se de estratégia direcionada a burlar tradicional entendimento jurisprudencial, sedimentado com a edição do enunciado nº 334 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – “O ICMS não incide no serviços dos provedores de acesso à *internet*”.

Argumentando a partir da premissa segundo a qual o Decreto instituiu nova obrigação tributária, aponta desrespeitados os princípios da anualidade, anterioridade nonagesimal, irretroatividade e segurança jurídica. Cita a redação do artigo 2º do ato questionado, segundo a qual “este Decreto entra em vigor na data de sua publicação”, a saber, em 23 de outubro de 2018, alcançando, inclusive, fatos gerados anteriores, conforme documento juntado ao processo – cópia de intimação encaminhada a empresa associada –, em que mencionadas operações havidas no período entre julho de 2017 e junho de 2018.

Diz ofendido o princípio da não cumulatividade. Segundo aduz, a aplicação dos preceitos impugnados inviabiliza o creditamento, pelos contribuintes, de valores recolhidos a maior, levando em conta as despesas como investimentos em infraestrutura de telecomunicações, tidos como imprescindíveis “para que o sinal de *internet* alcance, de fato, a residência/sede de cada cliente”.

Frisa a inobservância à limitação do poder de tributar revelada no artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal. Acentua consubstanciar-se ato de confisco a adoção, em patamar incompatível com a realidade das prestadoras de serviços de comunicação, do mecanismo da Margem de Valor Agregado – MVA para o estabelecimento da base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Evoca os princípios da razoabilidade e da capacidade contributiva.

ADI 6060 / SC

Argui violação à livre iniciativa. Enfatiza tratar-se de sanção de natureza política voltada à cobrança antecipada de débitos, discrepante, segundo afirma, dos ditames constitucionais, tendo em vista a previsão, contida no § 5º do artigo 94-C, no sentido de que “o regime de substituição tributária [...] surtirá efeitos enquanto existentes os motivos previstos para sua instituição”. Alude a precedentes nos quais o Supremo declarou imprópria a aplicação de penalidades direcionadas à cobrança de tributos.

Sob o ângulo do risco, destaca os prejuízos à continuidade das atividades econômicas prestadas pelas empresas associadas, considerada a cobrança de exações em patamares tidos por desarrazoáveis. Realça a ausência de perigo de dano reverso, salientando que, caso a liminar seja revogada, poderá a Fazenda Pública valer-se normalmente do previsto nos dispositivos impugnados.

Requer, no campo precário e efêmero, a suspensão da eficácia dos dispositivos atacados. Postula, alfim, seja assentado inconstitucional o Decreto nº 1.704/2018 do Estado de Santa Catarina.

O Presidente do Supremo, a quem compete decidir questões urgentes nos períodos de recesso ou férias (artigo 13, inciso VIII, do Regimento Interno), entendeu inexistente urgência a reclamar atuação imediata, determinando o encaminhamento do processo ao Relator.

O processo encontra-se concluso no Gabinete.

2. A racionalidade própria ao Direito direciona no sentido de aguardar-se o julgamento definitivo.

3. Aciono o disposto no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999. Providenciem

ADI 6060 / SC

as informações, a manifestação da Advocacia-Geral da União e o parecer da Procuradoria-Geral da República.

4. Publiquem.

Brasília, 1º de fevereiro de 2019.

Ministro MARCO AURÉLIO
Relator