

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO – **MARCO AURÉLIO** – DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 6.060/SC

ABRINT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PROVEDORES DE INTERNET E TELECOMUNICAÇÕES, já qualificada nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade acima epigrafada, vem, respeitosamente, perante a presença de V. Excelência, por intermédio de seus procuradores *in fine* firmados, em atenção ao r. parecer¹ ofertado pelo I. Procurador Geral de República, manifestar-se, fazendo-o, pois, com supedâneo nos fatos e fundamentos adiante articulados.

I – DO PARECER OFERTADO PELA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. DOS EQUÍVOCOS DO PARQUET. DAS RAZÕES DE PROCEDÊNCIA.

Eminente Ministro Relator, segundo se colhe da leitura do r. parecer ofertado pelo I. Procurador Geral de República, Exmo. Sr. Augusto Aras, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade. E uma vez superada a preliminar de não conhecimento e caso conhecida a presente ADI, o *parquet* opinou pela improcedência do *writ*.

Todavia, com as mais respeitosas *venias* aos argumentos apresentados pela Procuradoria Geral da República, é inevitável o conhecimento do presente feito, bem como, em sede meritória, a sua integral procedência.

Nesta senda, de modo a corroborar toda a tese empreendida na peça de ingresso, bem como infirmar as conclusões lançadas no parecer ofertado pela Procuradoria Geral da República, a Autora apresenta a presente manifestação, pugnando, desde já, pelo deferimento da

¹ Cf. peça nº 32 – Autos eletrônicos.

medida liminar rogada, ou, até mesmo, a urgente inclusão do feito para pauta de julgamento no Plenário deste Excelso Supremo Tribunal Federal.

I.1 - DO CABIMENTO DA PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Inicialmente, cumpre consignar que, diferentemente do que sustentado no *r.* parecer ofertado pelo D. Procurador Geral da República, o **Decreto Catarinense nº 1.704/2018 não possui conotação meramente regulamentar, constituindo-se, em verdade, como ato normativo dotado de inescusável autonomia.**

Nesse sentido, basta analisar o **único dispositivo** previsto na Lei (SC) n.º 10.297/96 (“Lei Regulamentada”) que trata da substituição tributária dos serviços de comunicação e que apenas autorizou a instituição de substituição tributária nos serviços de comunicação, sem adentrar em nenhuma outra normatização a respeito da matéria. Confira-se:

“Art. 37. Fica responsável pelo recolhimento do imposto devido, na condição de substituto tributário:

*(...) **III - o contratante do serviço, o remetente da mercadoria ou o terceiro que participe da prestação, em relação aos serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação;**” (g.n).*

E de modo a comprovar que a contestada norma jurídica extrapolou os limites da mera regulamentação, basta analisar, minimamente, os seguintes aspectos:

- (i) *a não observância da necessidade de prévia celebração de Convênio entre Estados Federados para fins de instituição de substituição tributária, especialmente em casos de operações interestaduais de serviços de comunicação;*
- (ii) *a inovadora e perniciosa metodologia de cálculo da margem de valor agregado – MVA que é utilizada na instrumentalização do regime de substituição tributária em comento;*
- (iii) *a vedação à apropriação de créditos de ICMS decorrentes da aquisição de mercadorias destinadas ao ativo permanente (imobilizado) e*
- (iv) *o direcionamento do regime de substituição tributária, exclusivamente em face dos contribuintes que não estão “tributando corretamente” os*

serviços prestados ou que “possuam débito tributário inscrito em dívida ativa”.

Assim, diante da relevância dos aspectos acima mencionados e que serão oportunamente explorados neste arrazoado, é de se concluir, *data maxima venia*, que a presente ADI não persegue um decreto meramente regulamentador, **mas sim um decreto autônomo, “dotado de densidade normativa suficiente a credenciá-lo ao controle abstrato de constitucionalidade”².**

Nesse sentido, *mister* registrar que diante de tais situações, o próprio Supremo Tribunal Federal admite expressamente sua impugnação através de Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme se extrai do precedente a seguir:

*“DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS: “GUERRA FISCAL”. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DO REGULAMENTO DO ICMS (DECRETO Nº 2.736, DE 05.12.1996) DO ESTADO DO PARANÁ. ALEGAÇÃO DE QUE TAIS NORMAS VIOLAM O DISPOSTO NO § 6º DO ART. 150 E NO ART. 155, § 2º, INCISO XII, LETRA g, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO OS ARTIGOS 1º E 2º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 24/75. QUESTÃO PRELIMINAR, SUSCITADA PELO GOVERNADOR, SOBRE O DESCABIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, PORQUE O DECRETO IMPUGNADO É MERO REGULAMENTO DA LEI Nº 11.580, DE 14.11.1996, QUE DISCIPLINA O ICMS NAQUELA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, ESTA ÚLTIMA NÃO ACOIMADA DE INCONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR. 1. Tem razão o Governador, enquanto sustenta que esta Corte não admite, em A.D.I., impugnação de normas de Decreto meramente regulamentar, pois considera que, nesse caso, se o Decreto exceder os limites da Lei, que regulamenta, estará incidindo, antes, em ilegalidade. É que esta se coíbe no controle difuso de legalidade, ou seja, em ações outras, e não mediante a A.D.I., na qual se processa, apenas, o controle concentrado de constitucionalidade. **2. No caso, porém, a Lei nº 11.580, de 14.11.1996, que dispõe sobre o ICMS, no Estado do Paraná, conferiu certa autonomia ao Poder Executivo, para conceder imunidades, não- incidências e benefícios fiscais, ressaltando, apenas,***

² Nesse sentido, cf. ADI 3239, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019



a observância das normas da Constituição e da legislação complementar. 3. Assim, o Decreto nº 2.736, de 05.12.1996, o Regulamento do ICMS, no Estado do Paraná, ao menos nesses pontos, não é meramente regulamentar, pois, no campo referido, desfruta de certa autonomia, uma vez observadas as normas constitucionais e complementares. 4. Em situações como essa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ainda que sem enfrentar, expressamente, a questão, tem, implicitamente, admitido a propositura de A.D.I., para impugnação de normas de Decretos. Precedentes. Admissão da A.D.I. também no caso presente. 5. Algumas das normas impugnadas não podem ser objeto de consideração desta Corte, em A.D.I., porque, temporárias, já produziram os respectivos efeitos antes de sua propositura, ficando sujeitas ao controle difuso de constitucionalidade, nas vias e instâncias próprias, e não ao controle concentrado, "in abstracto", segundo jurisprudência já pacificada no Tribunal. Quanto a elas, portanto, a Ação está prejudicada e por isso não é conhecida. 6. A Ação é, porém, conhecida no que concerne às demais normas referidas na inicial. E, a respeito, a plausibilidade jurídica ("fumus boni iuris") e o "periculum in mora" estão caracterizados, conforme inúmeros precedentes do Tribunal, relacionados à chamada "guerra fiscal", entre várias unidades da Federação, envolvendo o I.C.M.S. 7. Conclusões: a) não é conhecida, porque prejudicada, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, quanto ao art. 51, inciso V, e seu § 5º, a; ao inciso I do art. 577, ambos do Decreto nº 2.736, de 05.12.1996 (Regulamento do ICMS do Paraná); ao item 78 do Anexo I; ao item 6 da Tabela I do Anexo II; ao item 17-A da Tabela I do Anexo II; e ao item 22 da Tabela I do Anexo II; b) conhecida a A.D.I., quanto aos demais dispositivos impugnados na inicial, e deferida a medida cautelar, para suspender a eficácia, a partir desta data, das seguintes normas do mesmo Decreto (nº 2.736, de 5.12.1996, do Paraná): I - art. 15, III, "d"; II - art. 51, IV, §§ 3º e 4º; III - art. 51, XV e § 15; IV - art. 51, XVI e § 15; V - art. 51, XVII e § 16; VI - art. 54, inc. I; VII - art. 57, § 2º, "a" e "c"; VIII - art. 78 e seu parágrafo único; IX - art. 92-A; X - artigos 572 a 584, excetuado, apenas, o inc. I do art. 577. 8. Todas as questões decididas por unanimidade." (Supremo Tribunal Federal STF - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI – MC 2155 PR) (Grifos nossos)

Assim, por estas breves considerações já é possível concluir, *permissa venia*, que o Decreto Catarinense nº 1.704/2018 é dotado de densidade normativa suficiente a credenciá-lo ao controle concentrado de constitucionalidade perante este Supremo Tribunal Federal. E uma vez

demonstrado o cabimento da presente ADI, urge destacar as razões adiante consignadas e que corroboram a necessária procedência do feito.

A propósito, apenas para evidenciar os equívocos contidos no r. parecer ofertado pela PGR, imperiosa a demonstração da contradição incorrida pelo D. Procurador Geral da República e que inclusive realça o necessário conhecimento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

I.2 – DA VEDAÇÃO AO CREDITAMENTO DE ICMS PROVENIENTE DE AQUISIÇÃO DE ATIVO PERMANENTE.

Cumprе consignar, *data maxima venia*, a verdadeira subversão do direito constitucional tributário que fora esposado ao longo do r. parecer ofertado pela Procuradoria Geral da República.

Isto porque, ao analisar o argumento de que o Estado de Santa Catarina está negando aos associados da Autora todo o creditamento de ICMS que os mesmos fazem jus em razão de todos os investimentos em equipamentos e infraestrutura de telecomunicações, o Douto Procurador Geral da República resumiu a controvérsia através da suposta conformidade dos arts. 28 e seguintes do RICMS (SC), bem como nos arts. 21 a 31 da Lei Estadual 10.297/1996 de Santa Catarina.

Lamentavelmente, o D. Procurador Geral parece ter concordado com a sistemática da norma catarinense, a qual considera que o único insumo dos serviços de telecomunicações seria os serviços de comunicação contratados de terceiros, desprezando todos os investimentos em infraestrutura de telecomunicações (passíveis de gerar elevado creditamento de ICMS).

Concessa venia, o r. parecer ofertado pela Procuradoria Geral da República deixou de observar a fundamentação trazida pela Autora que, ao se referir ao Art. 94-E, inciso II do Decreto Catarinense nº 1.704/2018, elucidou que o valor a ser recolhido a título de ICMS-ST teria como base, apenas e tão somente, o ICMS devido na prestação própria do contribuinte substituto (fornecedor do serviço de comunicação contratado pelo contribuinte substituído).

Ademais, é de se notar, inclusive, que a densidade normativa contida no Decreto 1.704/2018, por extrapolar (e muito) a norma regulamentadora (Lei n.º 10.297/96 - SC), confronta o Art. 20 e seguintes da Lei Complementar 87/1996 (Lei Kandir), que garante aos

contribuintes o creditamento de ICMS proveniente da aquisição de mercadoria destinada ao ativo permanente. Confira-se:

*Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, **inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente**, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação. (omissis) § 5o Para efeito do disposto no caput deste artigo, **relativamente aos créditos decorrentes de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente, deverá ser observado: I – a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento; - (Destacamos).***

E na medida que o Estado de Santa Catarina considera que o único insumo dos serviços de telecomunicações seria os serviços de comunicação contratados de terceiros, desprezando todos os investimentos em infraestrutura de telecomunicações (passíveis de gerar elevado creditamento de ICMS), o Decreto 1.704/2018 está contradizendo o próprio RICMS/SC, o qual é categórico em garantir aos contribuintes o direito a crédito de ICMS do ativo permanente, senão vejamos:

*Art. 37. **Os créditos decorrentes de operações de que decorra entrada de mercadorias destinadas ao ativo permanente, para efeito da compensação prevista nos arts. 28 e 29, além do lançamento em conjunto com os demais créditos, serão lançados em ficha própria para esse fim, que será preenchida para cada bem e mantida em arquivo próprio à disposição do fisco.*** (Grifos nossos).

Ora, se levarmos em consideração uma Margem de Valor Agregado de **758,49%**, e considerando ainda que não é admitido nenhum creditamento de ICMS (salvo o crédito decorrente dos serviços de comunicação contratados pelo contribuinte), **é evidente que o ICMS recolhido antecipadamente a título de substituição tributária será um valor extremamente elevado, gerando um exorbitante saldo credor de ICMS na contabilidade da empresa.**

Sendo este saldo acumulado mês a mês, cada vez mais, eis que o Estado de Santa Catarina não admite a dedução deste saldo credor de ICMS do mês anterior, com o valor do ICMS-ST a ser recolhido no mês subsequente.

Portanto, ao opinar que não teria ocorrido, *in casu*, ofensa ao Art. 155, §2º, I da Constituição Federal, o D. Procurador Geral da República, além de equivocarse quanto a mérito de suas razões, ainda contradiz o argumento preliminar de que o Decreto Catarinense nº 1.704/2018 não é dotado de autonomia.

Nada obstante, vejamos a fundamentação abaixo, a qual demonstra que o Decreto Catarinense nº 1.704/2018 está contaminado pelo vício de constitucionalidade formal, sobretudo em razão da ausência de prévia celebração de convênio ICMS entre Estados da Federação. Confira-se:

I.3 - DA EVIDENTE ILEGALIDADE DA INSTITUIÇÃO DE ICMS-ST EM FACE DOS SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E SERVIÇOS DE INTERNET. SERVIÇOS NÃO MEDIDOS. VIOLAÇÃO AO PACTO FEDERATIVO.

Segundo se colhe da leitura do parecer lavrado pela Procuradoria Geral de República, o D. Procurador Geral Augusto Aras, aderindo às equivocadas premissas consignadas nas manifestações apresentadas pelo Governador do Estado de Santa Catarina e pelo Advogado Geral da União, opinou pela improcedência da presente ADI.

Ancorado em uma frágil e insubsistente premissa, o D. Procurador Geral da República entendeu que a instituição do regime de substituição tributária para os serviços de comunicação, conforme prevê o Decreto (SC) 1.704/2018, não exigiria a prévia celebração de convênio entre Estados da Federação, eis que tais serviços “são considerados prestados, para fins de responsabilidade tributária, no Estado em que os usuários sejam cobrados, de acordo com a disciplina da própria Lei Complementar 87/1996.”

Contudo, ao citar a disposição do Art. 11 da Lei Complementar 87/1996, tanto o D. Procurador Geral da República, quanto o Governador do Estado de Santa Catarina e o Advogado Geral da União, **se olvidaram da redação contida no §6º do mesmo diploma, que assim prescreve:**

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



III - tratando-se de prestação onerosa de **serviço de comunicação**: (omissis).

§ 6o Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, **tratando-se de serviços não medidos, que envolvam localidades situadas em diferentes unidades da Federação e cujo preço seja cobrado por períodos definidos, o imposto devido será recolhido em partes iguais para as unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador**". (G.n.)

Induvidoso, portanto, que nos casos de prestação de **serviços de comunicação "não medidos"**, que envolvam localidades situadas em diferentes unidades da Federação e cujo preço seja cobrado por períodos definidos, **o imposto deverá ser recolhido em partes iguais para as unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador**.

E desde a distribuição da presente ADI, a Autora esclareceu a sua condição de entidade de classe, com atuação em todo território nacional, voltada para a defesa dos interesses e direitos das **empresas com atuação nos serviços de telecomunicações e serviços de provimento de acesso à internet**.

E a despeito dos serviços de internet, **coloquialmente conhecidos como serviços de "banda larga fixa"**, não restam dúvidas que tais serviços **são conceituados como serviços não medidos**.

Basta verificar, p. ex., que ao contrário do que ocorre na contratação de um plano de internet via celular (SMP), **a "banda larga fixa"**, instalada na residência do consumidor, **não tem o seu consumo auferido pelo prestador**.

Pelo contrário, a oferta da "banda larga fixa" se destaca, sobretudo, pela **oferta de largura de banda e velocidade**, a qual é disponibilizada para o cliente (internauta), quem **pode utilizar os serviços da "banda larga fixa" de forma inesgotável**, sem que haja cobrança por "consumo de dados".

Portanto, diferentemente do que fora consignado pelo D. Procurador Geral da República, bem como pelo Governador do Estado de Santa Catarina e pelo Advogado Geral da União, **não restam dúvidas quanto a necessidade de prévia celebração de convênios entre os**

entes federados interessados na instituição de ICMS-ST em face dos serviços de comunicação, sobretudo no caso de prestação de serviços de comunicação não medidos.

Inclusive D. Ministro Relator, de modo a evidenciar que o Estado de Santa Catarina está submetendo seus contribuintes ao jugo do famigerado ICMS-ST de forma arbitrária e flagrantemente inconstitucional, a Autora colacionou **provas contundentes** em sua peça de ingresso, as quais apontam que o Estado Catarinense busca enquadrar os contribuintes sediados naquele Estado como substituídos tributário, ao passo que nem mesmo o suposto “substituto tributário”, sediado em outro Estado, tenha conhecimento de tal peripécia.

É o caso, por exemplo, da intimação recebida pela Empresa Catarinense de Tecnologia Em Telecomunicações Ltda, oportunidade a qual a referida empresa, que inclusive é associada da Autora, foi notificada pelo Estado de Santa Catarina em razão do seu enquadramento como substituída.

Na referida intimação, ao demonstrar o cálculo de uma absurda e confiscatória “Margem de Valor Agregado – MVA”, **o Estado Catarinense elencou e quantificou a média de serviços de comunicação que a mencionada empresa (associada da ABRINT) teria contratado junto aos seus fornecedores (substitutos tributários), sendo certo que alguns deles estão sediados em outros Estados da Federação, tais como Estado do Paraná e Estado de São Paulo.**

Repisa-se Excelência, que a própria Lei Kandir fez expressa previsão que a instituição do regime de substituição tributária em face de **operações interestaduais** exige a celebração de convênio entre os estados membros interessados. *In verbis*:

“Art. 9º: A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados. (omissis) – (Grifamos).

Data maxima venia, é notória a violação ao texto constitucional que ocorre na espécie, sendo evidente que a inconstitucionalidade em análise diz respeito ao rompimento e inobservância do texto do artigo 5º, inciso II e artigo 37, *caput*; artigo 150, inciso I, artigo 155, § 2º, XII, alíneas “b” e “g”, todos da Constituição Federal.

I.4 - DA ILEGAL E IRRAZOÁVEL MARGEM DE VALOR AGREGADO INSTITUÍDA PELO DECRETO 1.704/2018. DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DO NÃO CONFISCO.



Eméritos Ministros, muito além das inconstitucionalidades supra indicadas, e que por si só já dão ensejo a declaração de inconstitucionalidade do Decreto Estadual (SC) n.º 1.704/2018, cumpre registrar, *data maxima venia*, o **malicioso, absurdo e equivocado mecanismo de cálculo da Margem de Valor Agregado – MVA a ser aplicada nos casos de enquadramento de contribuinte na condição de substituído tributário.**

E para a surpresa da Autora, o D. Procurador Geral da República não vislumbrou a **evidente violação ao princípio da capacidade contributiva, decorrente de uma Margem de Valor Agregado totalmente incompatível com a realidade das empresas prestadoras de serviços de comunicação (telecomunicações).**

Eu seu parecer, o D. Procurador Geral afirmou que *não há, nas normas questionadas do Decreto 1.704/2018, elementos mínimos que permitam verificar a suposta excessividade ou desproporcionalidade do procedimento de cálculo da MVA.*

Causou surpresa, *data maxima venia*, a afirmativa do *parquet*, no sentido de que a manifestação do Governador do Estado de Santa Catarina trouxe *projeções contábeis detalhadas que indicam haver modicidade e normalidade dos valores de MVA.*

Tal afirmativa, *permissa venia*, só tem uma razão de ser! Novamente, e com as devidas *venias*, ao que tudo indica o D. Procurador Geral não analisou a **tentativa do fisco catarinense em impor, em face de uma associada da Autora, uma absurda Margem de Valor Agregado, com percentual de 758,49%.**

Senão vejamos:

d) Margem de valor agregado e fator de multiplicação:

MMP= média mensal das prestações
MMC= média mensal das contratações
MVA= margem de valor agregado
FM= fator de multiplicação

MVA= (MMP/MMC-1) x 100
MVA= (589.509,58/68.668,16 -1) x 100
MVA= 758,4904%

FM= MMP/MMC
FM= 589.509,58/68.668,16
FM= 8,5849

Pasmem, Nobres Ministros! 758,49% de Margem de Valor Agregado!

Certamente, o D. Procurador Geral não analisou que o Estado de Santa Catarina está desprezando, de maneira proposital, todos os custos inerentes à complexa infraestrutura de telecomunicações que torna viável a prestação dos serviços de comunicação.

Em igual sentido, o D. PGR não analisou que o Estado de Santa Catarina está desprezando todos os custos com equipes de instalação, manutenção e suporte à infraestrutura de telecomunicações, dentre outros custos usualmente suportados por uma empresa de telecomunicações, como o custo com compartilhamento de postes, energia elétrica, infraestrutura administrativa, atendimento a clientes, dentre inúmeros outros.

Percebam Excelências, que ao desprezar toda esta complexa cadeia produtiva que envolve a prestação dos serviços de comunicação e acesso à internet, o Estado de Santa Catarina pretende, em verdade, **instituir uma Margem de Valor Agregado com nítido caráter confiscatório, notadamente em razão de sua excessiva e inexplicável onerosidade.**

E como pincelado acima, a proposital onerosidade que é imposta pelo fisco catarinense, tem como origem **a violação ao princípio da capacidade contributiva**, haja vista a notória desproporcionalidade e desacerto do Estado Requerido em presumir que as operações de serviços de comunicação traduzam uma margem de valor agregado que ultrapassa os **setecentos pontos percentuais**, o que, definitivamente, não procede.

Repisa-se, nesta oportunidade, que em sua peça de ingresso a Autora trouxe diversos exemplos de Margem de Valor Agregado aplicáveis em diversos regimes de substituição tributária, inclusive do Estado de Santa Catarina, sendo indubitoso que **não se tem notícia de nenhum percentual minimamente próximo à absurda MVA de 758,49% que fora imposta pelo Ente Requerido.**

Nota-se, portanto, **uma total inadequação com relação à Margem de Valor Agregado pretendida pelo Estado de Santa Catarina em razão desta inédita e inconstitucional instituição de regime de substituição tributária.**

Registre-se, com a devida *venia*, que a Autora ainda analisou os índices de Margem de Valor Agregado praticados por estados vizinhos ao Estado de Santa Catarina, como é o caso, *p. ex.* do Estado do Paraná e o Estado do Rio Grande do Sul.

E embora nenhum deles tenha instituído o surreal regime de substituição tributária em razão da prestação dos serviços de comunicação, o que se nota ao longo da extensa lista de produtos submetidos ao regime do ICMS-ST, **é que também não existe qualquer índice comparável com aquele sugerido pelo Estado de Santa Catarina, na ordem de 758,49%.**

Com efeito, o malicioso mecanismo de cálculo da Margem de Valor Agregado – MVA sugerido pelo Estado de Santa Catarina acaba por representar, em sua essência, verdadeira inobservância aos princípios da capacidade contributiva e a vedação a instituição de tributo com propósito confiscatório, devendo, pois, ser veementemente reprimido por esta Suprema Corte pela afronta direta aos artigos 145, §1º c/c 150, inciso IV, ambos da Constituição da República.

I.5 – DA SANSÃO POLÍTICA COMO COROLÁRIO DO DECRETO 1.704/2018. DA UTILIZAÇÃO DE MEIO COERCITIVO PARA A COBRANÇA DE ICMS SOBRE SERVIÇOS DE ACESSO À INTERNET. DA OFENSA DIRETA AO ARTIGO 5, INCISOS II E XIII E ARTIGO 170, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. VIOLAÇÃO AO ART. 150, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Conforme se observa da leitura do r. parecer apresentado pela Procuradoria Geral da República, *o tratamento desigual estabelecido pela norma em relação aos demais prestadores de serviços de comunicação – é dizer, os contribuintes que não possuem débitos inscritos em dívida ativa nem praticam infrações tributárias – fundamentou-se em critério legítimo, razoável e proporcional de diferenciação, sobretudo quando se tem em conta as finalidades precípua do instituto da substituição, quais sejam, a promoção do equilíbrio fiscal entre contribuintes e o combate à evasão de receitas tributárias.*

Nessa esteira, o D. PGR afirmou que *não houve discriminação de contribuintes em condições equivalentes, uma vez que o decreto regulou situações específicas e distintas. O discrímen adotado pela norma – possuir débito em dívida ativa ou ter praticado infrações tributárias – visou a prestigiar a racionalização na cobrança do crédito público e estimular o contribuinte em situação irregular a cumprir suas obrigações.*

Contudo, conforme bem delineado na peça de ingresso, é evidente que o Decreto 1.704/2018 se constitui como notório subterfúgio utilizado pelo Estado de Santa Catarina para não cumprir (ou suprimir) a **Súmula 334 do STJ, vez o referido Ente Estadual criou uma outra forma de cobrar o ICMS sobre os serviços de acesso à internet.**

Afinal, o referido Decreto estabelece que será de responsabilidade do estabelecimento fornecedor, como substituto tributário, reter e recolher o ICMS devido pelo estabelecimento destinatário (por antecipação) nas prestações de serviços de comunicação para execução de serviços de mesma natureza.

A primeira vista, esta norma estaria criando um mecanismo para facilitar e otimizar a arrecadação do ICMS sobre serviços de comunicação. **Porém, na prática e analisando-se mais a fundo a referida norma, é evidente que a mesma foi criada para combater as empresas que não recolhem o ICMS sobre os serviços de conexão à internet (não recolhimento alicerçado na súmula 334 do STJ).**

Fato é que o Decreto Estadual (SC) nº 1.704/2018 deixou expresso, ao introduzir o artigo 94-C no Regulamento do ICMS do Estado de Santa Catarina, que o enquadramento na condição de substituído ocorrerá quando o contribuinte:

- (i) **“não estiver tributando corretamente os serviços prestados”;**
- (ii) **“possuir débito tributário, relativo a prestações de serviços de comunicação, inscrito em dívida ativa exigível e não garantida”**

Vejamos:

*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 Estado de Santa Catarina.**” (Grifos nossos).

Inclusive, o referido Decreto deixou evidente que os efeitos da norma (substituição tributária) cessam se o contribuinte recolher devidamente o ICMS sobre os **serviços de comunicação.** *In verbis:*

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

Ao bem da verdade, ao inserir em seu ordenamento as modificações trazidas pelo Decreto Estadual (SC) nº 1.704/2018, o Estado de Santa Catarina está se valendo de meio coercitivo para forçar as empresas associadas da Autora – no âmbito do Estado - a **efetuar o pagamento de imposto sobre serviços não sujeitos ao ICMS (serviços de conexão à internet, nos termos da Súmula 334 do STJ).**

Não nos olvidemos, pois, que o Supremo Tribunal Federal, por meio das Súmulas 70, 323 e 547, há muito tempo já decidiu que qualquer atitude tendente a coagir o **contribuinte ao pagamento de tributo, como vedar a emissão de notas fiscais, interditar o estabelecimento comercial e/ou apreender mercadorias, é completamente inconstitucional.**

Confira o teor das aludidas Súmulas:

“**Súmula 70:** É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.”



“Súmula 323: *É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.”*

“Súmula 547: *Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.”*

Da mesma forma, **qualquer outra atitude que caracterize via transversa de cobrança de tributo é, também, ilegítima por confrontar nitidamente o figurino constitucional.** Neste sentido, a jurisprudência majoritária deste Colendo Supremo Tribunal Federal, há tempos, rechaça a aplicação de meio coercitivos para efeito de pagamento de tributos. Senão vejamos:

“TRIBUTO – ARRECAÇÃO – SANÇÃO POLÍTICA. Discrepa, a mais não poder, da Carta Federal a sanção política objetivando a cobrança de tributos – Verbetes nº 70, 323 e 547 da Súmula do Supremo. (...)” (RE 565.048/RS - Relator: MIN. MARCO AURÉLIO, d.j 29.05.14) (Grifamos)

“DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SANÇÃO POLÍTICA COMO MEIO COERCITIVO PARA PAGAMENTO DE TRIBUTOS. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES.

1. Nos termos da jurisprudência da Corte, é inconstitucional a sanção política visando ao recolhimento de tributo, tal como ocorre com o ato de condicionar a expedição de notas fiscais à prestação de fiança, garantia real ou fidejussória por parte do contribuinte. Matéria decidida no RE 565.048, Rel. Min. Marco Aurélio.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 623.739 - Relator: MIN. ROBERTO BARROSO, d.j 04.08.15) (Grifamos)

No sobredito julgamento do RE 565.048/RS, o Ministro Relator ressaltou, com todo seu saber jurídico, **a inconstitucionalidade das denominadas práticas sancionatórias** e que prevaleceu tal entendimento na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 173:

“(…)



São práticas sancionatórias, limitadoras, em excesso, das atividades econômicas e profissionais dos contribuintes, desafiadoras de liberdades fundamentais consagradas na Carta Maior, por meio das quais o Estado se afasta do meio legítimo estabelecido pela ordem jurídica para cobrar tributos – a ação de execução fiscal.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 173, relator ministro Joaquim Barbosa, em 25 de setembro de 2008, fiz ver a natureza do princípio constitucional implícito da proibição do exercício de coação política para haver o recolhimento do tributo. Consignei a absoluta ilegitimidade dessa prática fazendária sob a égide de uma Carta democrática, como a de 1988. A incompatibilidade é flagrante ante a restrição desarrazoada à liberdade fundamental de exercício de atividades profissionais e econômicas. Viola o devido processo legal, haja vista o Fisco utilizar instrumentos oblíquos para coagir o contribuinte ao pagamento do tributo.

Nessa ação direta, o Supremo, por unanimidade, confirmou jurisprudência histórica quanto à inconstitucionalidade das sanções políticas por afronta ao “direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (artigo, 170, parágrafo único, da Constituição)” e “violação ao devido processo legal substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se dispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários)”.

Na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 173 o Ministro Joaquim Barbosa (Relator) fez as seguintes ponderações:

“(…) O Supremo Tribunal Federal possui uma venerável linha de precedentes que considera inválidas as sanções políticas. Entende-se por sanção política as restrições não-razoáveis ou desproporcionais ao exercício da atividade econômica ou profissional lícita, utilizadas como forma de indução ou coação ao pagamento de tributos.

(…)

A sanção política coloca desafios de duas ordens ao controle de restrição. A primeira ordem de desafios se refere ao controle de validade da própria existência da empresa ou o desempenho empresarial, a sanção política pode por um fim abrupto ao processo administrativo ou judicial de



controle de validade da própria sanção política. Não é difícil conceber que uma empresa, apossada pelo risco de fechamento, opte por se submeter à exigência que asseguraria seu funcionamento, dado o caráter capital da pena aplicada.

(...)

Na segunda ordem de desafios, a sanção política desestimula, pelo mesmo modo, o controle de validade da constituição dos créditos tributários. A interdição de estabelecimento ou a submissão do contribuinte a regime mais gravoso de apuração tributária pode impedir a discussão administrativa ou judicial sobre matéria tributária, pois é incontestável que uma empresa fechada terá menos recursos para manter um processo administrativo ou judicial". (Grifamos)

Ora, a aplicação da cobrança antecipada de ICMS (pela retenção via Substituição Tributária), **e exclusivamente sobre os contribuintes que “não estão tributando corretamente os serviços prestados”**, constitui **verdadeira via transversa de cobrança**, compelindo os contribuintes a pagar os tributos que o Estado de Santa Catarina entende serem devidos.

Sabe-se, *permissa venia*, que as autoridades fiscais têm à sua disposição meios próprios e legais para forçar o contribuinte ao adimplemento de suas obrigações tributárias, até mesmo a inscrição dos débitos na Dívida Ativa e a execução pela via judiciária.

Logo, não se justifica a adoção de uma substituição tributária exclusivamente como via transversa de cobrança, ou meio coercitivo de cobrança. Na mesma linha, **os Tribunais do País também já assentaram entendimento que as dívidas tributárias devem ser perseguidas através de Execuções Fiscais, não podendo ser interpeladas mediante restrições de cunho sancionador, como é notadamente o caso em concreto.** Vejamos:

“MANDADO DE SEGURANÇA - APREENSÃO DE MERCADORIAS SOB A ALEGAÇÃO DE FALTA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. RETENÇÃO APÓS A LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO - MEIO INDIRETO DE OBRIGAR O CONTRIBUINTE AO PAGAMENTO DE IMPOSTOS. ILEGALIDADE. SÚMULA 323 STF. - O ATO QUE RESULTOU A APREENSÃO DE MERCADORIAS, QUE SE ENCONTRAVA EM DISCORDÂNCIA COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, ESTÁ REVESTIDO DE LEGALIDADE. NO ENTANTO, A PERMANÊNCIA DESSAS MERCADORIAS EM PODER DA



AUTORIDADE FISCAL, ALÉM DO PERÍODO DE IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO, DE CONTAGEM DAS MERCADORIAS E DA CONFEÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO E APREENSÃO, CONFIGURA, DE FORMA CLARA, **MEIO INDIRETO DE COAÇÃO PARA PAGAMENTO DO TRIBUTU SUPOSTAMENTE DEVIDO. - EXISTINDO OUTRAS FORMAS PARA A COBRANÇA DO CRÉDITO, A REFERIDA RETENÇÃO É ILEGAL, CONFORME INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA 323 DO STF (É INADMISSÍVEL A APREENSÃO DE MERCADORIAS COMO MEIO COERCITIVO PARA O PAGAMENTO DE TRIBUTOS) E DEMAIS PRECEDENTES.** -REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E IMPROVIDA.” (G.n) (Remessa Ex Officio em Mandado de Segurança nº 2006.011.019962-2 – TJDFE – Rel. Des. Luís Gustavo B. de Oliveira – DJ: 26/08/2009

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIZAÇÃO PARA EMISSÃO ELETRÔNICA DE NOTAS FISCAIS. EXIGÊNCIA DE QUITAÇÃO DE DÉBITOS FISCAIS. INADMISSIBILIDADE. ATO ABUSIVO. DIREITO AO LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. - A exigência de quitação de débito fiscal como condição para o cadastramento da empresa em regime especial para emissão eletrônica de nota fiscal afronta direito líquido e certo do comerciante de desenvolver suas atividades econômicas, como previsto no art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal. Eventuais exigências feitas devem ter por objetivo a regulamentação da atividade, sendo vedado que possuam caráter sancionador. - **O pagamento do débito tributário deve ser perseguido através da execução fiscal, respeitado o devido processo legal, não se admitindo o uso de meios diversos para coagir o contribuinte a quitar a obrigação.**” (TJMG. Autos n.º 1.0024.07.683264-1/001. Rel. Desa. Heloísa Combat. 24.06.2008).

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. NEGATIVA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS, ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO. EXIGÊNCIA DE QUITAÇÃO DE DÉBITOS FISCAIS. INADMISSIBILIDADE. ATO ABUSIVO. DIREITO AO LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. Os atos administrativos podem ser auto-executáveis quando houve necessidade de atuação imediata para o resguardo dos interesses públicos, não se aplicando quando existentes vias próprias para que o Poder Público

receba a prestação que lhe é devida. A exigência de quitação de débito fiscal como condição para a emissão de documentos fiscais, alvará de funcionamento e certidão positiva com efeitos de negativa afronta direito líquido e certo do comerciante de desenvolver suas atividades econômicas, como previsto no art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal. **Eventuais exigências feitas devem ter por objetivo a regulamentação da atividade, sendo vedado que possuam caráter sancionador. O pagamento do débito tributário deve ser obtido através da execução fiscal, respeitado o devido processo legal, não se admitindo o uso de meios diversos para coagir o contribuinte a quitar a obrigação.** (TJMG. Autos n.º 1.0017.06.022734-9/001. Rel. Des. Belizário de Lacerda. 18.03.2008).

Aplicando-se todos os princípios constitucionais ao caso concreto, podemos concluir que a cobrança antecipada de ICMS sob **o regime de substituição tributária exigida ilegitimamente pelo Estado de Santa Catarina não possui sustentáculo constitucional, já que prejudica a livre iniciativa, além de representar notória via transversa de cobrança de tributos e coação ilegal.**

Portanto, o Decreto 1.704/2018 configura nítida afronta direta aos preceitos constitucionais contidos no artigo 5º, incisos II e XIII, e artigo 170, § único, da Constituição Federal.

E como se não fosse o bastante, vale destacar que o enquadramento na condição de substituído, nos termos do Decreto Estadual (SC) nº 1.704/2018, **estritamente para os casos de contribuinte que “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”**, configura flagrante ofensa ao princípio da isonomia.

Ora Excelência, é evidente que o referido Decreto está criando no Estado de Santa Catarina um verdadeiro abismo entre empresas atuantes nos serviços de comunicação, ou seja, aquelas sujeitas ao regime de ST (com margem de valor agregado absurda), e aquelas não sujeitas ao regime de ST.

Por conseguinte, a norma em análise viola claramente a regra prevista no artigo 150, inciso II, da Constituição da República, que prevê limitações ao poder de tributar dos Entes Federativos, *in verbis*:

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

(...)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;” (Grifos nossos).

Como bem sabe, o supracitado dispositivo trata-se de norma que reforça, em matéria tributária, o princípio geral da isonomia disposto no art. 5º, caput da CF: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”.

E como destacado na peça *exordial*, o regime de substituição tributária direcionada exclusivamente em face de contribuintes que estejam com débito em dívida ativa, ou que não esteja tributando corretamente os serviços (segundo alega o Fisco), é fato inédito no Brasil.

Como é sabido, o instituto da substituição tributária sempre foi direcionado a todo o segmento específico, sem distinção entre empresas.

Logo, tendo em vista toda a documentação previamente apresentada pela Autora, e diante das condicionantes feitas pelo Estado de Santa Catarina para consecução do regime de Substituição Tributária previsto no Decreto Estadual nº 1.704/2018, indubitosa a afronta direta ao artigo 5º, caput, e ao artigo 150, inciso II, da Constituição da República.

I.6 - PROCURAÇÃO ESPECÍFICA.

Por derradeiro, em consideração aos fundamentos dispendidos ao longo do r. parecer do *parquet* federal, a Autora, por cautela, procede a juntada da procuração (**Anexo 01**), contemplando os poderes específicos para o patrocínio da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

II – PEDIDOS

Diante todo o exposto e em consideração às razões dispendidas na anterioridade, a Autora roga ao Ilustre Ministro Relator, Exmo. Sr. Dr. Marco Aurélio de Mello, o urgente deferimento dos pedidos abaixo consignados.



a) Seja deferida, liminarmente, a **TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA**, nos termos do artigo 300, do CPC cumulado com o artigo 10 da Lei n. 9.868/99, **para determinar a suspensão temporária dos efeitos tributários introduzidos pelo Decreto Estadual (SC) nº 1.704/2018 ao Regulamento do ICMS do Estado de Santa Catarina, com a consequente suspensão dos Artigos 94-C e seguintes – Seção IV, Capítulo XI, Título II, do Anexo 6 – do Decreto Estadual (SC) nº 2.870/2001;**

Pede-se, ao final, que seja julgada **TOTALMENTE PROCEDENTE** esta Ação Direta de Inconstitucionalidade, **para fins de declarar INCONSTITUCIONAL o Decreto Estadual (SC) nº 1.704/2018, instituído pelo Estado de Santa Catarina, com a consequente declaração de inconstitucionalidade dos Artigos 94-C e seguintes – Seção IV, Capítulo XI, Título II, do Anexo 6 – do Decreto Estadual (SC) nº 2.870/2001.**

Nesta ocasião, **a Autora protesta pela inclusão do feito em sessão Plenária deste Excelso Supremo Tribunal Federal**, ocasião em que a mesma produzirá sustentação oral, ex vi do art. 131 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Nestes termos, pede-se deferimento.

De Belo Horizonte/MG para Brasília/DF, 13 de março de 2020.

PAULO HENRIQUE DA SILVA VITOR
paulo@silvavitor.com.br
OAB/MG 106.662

GUSTAVO DE M. F. TÔRRES E GONÇALVES
gustavo@silvavitor.com.br
OAB/MG 128.526

Anexo 01 - Procuração