

# coelho morello

advogados associados

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO RELATOR LUIZ FUX DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**Ação Direta de Inconstitucionalidade**

**Autos nº 4628**

**Requerente: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo  
(CNC)**

**CÂMARA BRASILEIRA DE DIAGNÓSTICO  
LABORATORIAL – CBDL**, associação civil sem fins lucrativos de âmbito nacional, devidamente inscrita no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda – CNPJ/MF sob o número 67.138.057/0001-22 (**Doc. 01**), estabelecida na Avenida Iraí, nº 79, conjunto 114 B, Bairro de Moema, Município de São Paulo, Estado de São Paulo/SP, CEP: 04082-000 vem, respeitosamente à presença de V. Exa., por seus advogados que esta subscrevem (**Docs. 02 e 03**), com fulcro no artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei Ordinária Federal nº 9.868/1999, requerer sua admissão na lide em referência como

**AMICUS CURIAE**

pelos motivos de fato e de direito a seguir alinhavados.

## I – DOS FATOS

A Requerente, tal como dito anteriormente, é associação civil de âmbito nacional, sem fins lucrativos, que tem por finalidade congregar empresas que diretamente realizem atividades de fabricação, importação, exportação, distribuição, comercialização, armazenagem ou transporte de produtos e/ou equipamentos voltados para o setor de diagnósticos laboratoriais “*in vivo*” e “*in vitro*”, excluindo-se os laboratórios em geral, além de atuar na defesa dos interesses coletivos da “Associação” (Doc. 02).

Nesse passo, cumpre esclarecer que as Associadas da Requerente são pessoas jurídicas regularmente constituídas, que atuam **exclusivamente no setor de diagnósticos laboratoriais “*in vivo*” e “*in vitro*”<sup>1</sup>.**

Referidas empresas comercializam reagentes, utilizados na realização de exames, a laboratórios de análises clínicas/medicina diagnóstica, a hospitais e a bancos de sangue, com o fito de constatar se determinada pessoa possui ou não problemas de saúde. Ou seja, os adquirentes dos produtos comercializados pelas Associadas da Requerente são prestadores de serviços (sujeitando-se, portanto, ao recolhimento do ISS e não do ICMS), empregando-os como insumos na realização dos exames aludidos. Inclusive, impende destacar que, salvo raras exceções, no mercado do **setor de diagnósticos laboratoriais “*in vivo*” e “*in vitro*”,** não há a figura do distribuidor.

Porém, no intuito de evitar a evasão fiscal, diversos Estados da Federação firmaram o Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, estabelecendo normas relacionadas à exigência do ICMS nas operações interestaduais que destinem mercadoria ou bem a consumidor final, e cuja aquisição ocorrer de forma não presencial no estabelecimento remetente (por meio de Internet, telemarketing ou showroom).

<sup>1</sup> Os produtos estão relacionados nas seguintes nomenclaturas: 2844.40.90; 2934.99.34; 3002.10.19; 3002.10.26; 3002.10.29; 3002.10.39; 3002.90.10; 3002.90.99; 3821.00.00; 3822.00.10; 3822.00.90; 3926.90.40; 8419.89.99; 8419.90.40; 8419.90.90; 8421.19.10; 8421.19.90; 8421.91.99; 8479.89.12; 8479.89.99; 8479.90.90; 9027.50.10; 9027.50.20; 9027.50.50; 9027.50.90; 9027.80.99; 9027.90.99.

Tal Protocolo ICMS foi subscrito pelos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Rondônia e Sergipe, bem como pelo Distrito Federal, e teve suposto fundamento nas considerações expressamente dele constantes, abaixo colacionadas:

*(...)*

*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*

*(...)*".

A legislação acima transcrita veio a prever a possibilidade de instituição e cobrança, pelos Estados signatários, de obrigação a título de ICMS a ser exigida do remetente de bem ou mercadoria situado em determinado Estado da Federação (na condição de substituto tributário), que realize operação interestadual por meio da qual seja referido bem ou mercadoria destinado a consumidor final estabelecido em Estado da Federação diverso, quando a aquisição ocorrer de forma não presencial no estabelecimento remetente, conforme termos abaixo:



*(...) 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 (...).*

(negritamos)

Como se depreende da análise das normas acima, por força do aludido Protocolo, os Estados signatários convencionaram ser legítima a exigência da referida parcela do ICMS pelo Estado destinatário, a despeito de se tratar de operação interestadual da qual decorre a remessa de bem ou mercadoria a consumidor final, hipótese em que sabidamente a Constituição Federal outorga competência apenas ao Estado de origem para cobrar o imposto estadual, pela alíquota interna.

Mais gravosa ainda se torna a situação quando se considera que o referido Protocolo, por meio do parágrafo único de sua Cláusula Primeira, autoriza a exigência fiscal ainda que se trate de operação precedente de unidade da Federação não signatária do acordo.

Em decorrência da norma infralegal em comento, tem-se a seguinte situação: os Estados signatários do Protocolo ICMS nº 21/2011 passaram ou passarão a exigir das empresas Associadas da Requerente o recolhimento do ICMS acima referido, sobre a entrada de reagentes utilizados na realização de exames laboratoriais em território interno, adquiridos de seus estabelecimentos situados em outras unidades da Federação, sob pena, inclusive, de apreensão das referidas mercadorias.

Não obstante a narrativa fática até aqui delineada, certo é que as Associadas da Requerente, por atuarem em todos os Estados da Federação, inclusive nos citados Estados signatários, encontram-se submetidas ao recolhimento do ICMS nos termos acima descritos, a despeito das referidas operações envolverem meros consumidores finais, o que não se mostra legítimo, notadamente em razão da violação ao comando inserto no artigo 155, § 2º, inciso VII, alínea 'b', da Constituição Federal, como será, no decorrer deste petítório, pormenorizadamente esposado.

Logo, em razão da relevância da matéria discutida, resta demonstrada a necessidade de ingresso da Requerente nesta lide na condição de *amicus curiae*. Se não bastasse, os requisitos legais também figuram presentes, como a seguir exposto.

## II – DO DIREITO

### II.A – DAS PRELIMINARES

#### II.A.1 – DA LEGITIMIDADE DE INCLUSÃO DA REQUERENTE COMO *AMICUS CURIAE* NA PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Deveras, de acordo com o artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei Ordinária Federal nº 9.868/1999, em razão da importância da matéria e da representatividade, poderá o relator admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades, como fator de pluralização e de legitimação do debate constitucional, *verbis*:



(...)

Art. 7º - Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade

(...)

§ 2º - O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades (...)”.

(negritamos e sublinhamos)

Acerca da figura do *amicus curiae*, cumpre trazer à baila a doutrina de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery in “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante”, 5ª Edição, 2001, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 1599/1600:

(...)

*Amicus Curiae* – O relator, por decisão irrecorrível, pode admitir a manifestação da pessoa física, professor de direito, associação civil, cientista, órgão ou entidade, desde que tenha respeitabilidade, reconhecimento científico ou representatividade para opinar sobre a matéria objeto da ação direta.

*Trata-se da figura do amicus curiae, originário do direito anglo-saxão. No direito norte-americano, há a intervenção por consenso das partes ou por permissão da Corte. O sistema brasileiro adotou a segunda solução, de modo que a intervenção do amicus curiae na ação direta de inconstitucionalidade dar-se-á de acordo com a decisão positiva do relator. O amicus curiae poderá apresentar razões, manifestação por escrito, documentos, sustentação oral, memoriais, etc. Mesmo que não tenha havido a intervenção do amicus curiae, na forma da norma ora comentada, o relator poderá pedir seu auxílio na fase de diligências complementares (...)*”.

(negritamos e sublinhamos)

Desta feita, ante o acima exposto, mister se faz seja deferida a inclusão da Requerente na qualidade de *amicus curiae* na presente demanda, mormente considerando-se a jurisprudência deste Sodalício, a qual vem admitindo a intervenção processual de terceiros nesta condição, de modo que a Corte Constitucional “(...) venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia (...)” (ADI-MC 2321/DF).

## II.A.2 – DA REPRESENTATIVIDADE DA REQUERENTE

Ainda com base no preconizado pelo artigo 7º, parágrafo 2º, da já mencionada Lei Ordinária Federal nº 9.868/1999, para admissão da Requerente na qualidade de *amicus curiae* na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, mister se faz seja demonstrada sua Representatividade.

Pois bem. A Câmara Brasileira de Diagnóstico Laboratorial – CBDL, reitere-se, é uma Associação Civil de âmbito nacional sem fins lucrativos e com prazo de duração indeterminado.

Com sede na Capital do Estado de São Paulo, tem como finalidade congregar pessoa jurídicas, que diretamente realizam atividades de fabricação, importação, exportação, distribuição, comercialização, armazenagem ou transporte voltada aos produtos e/ou equipamentos do setor de diagnósticos laboratoriais “*in vivo*” e “*in vitro*”, excluindo-se os laboratórios em geral. Trata-se de uma das mais conceituadas e reconhecidas Associações Civis que atua no âmbito de diagnósticos laboratoriais, tendo como Associadas algumas empresas de grande renome neste mercado, podendo-se destacar, a título exemplificativo, as seguintes:

- ABBOTT;
- BIOMERIEUX;
- DIASORIN;
- FRESENIUS;
- GÊNESE;



- HEMOGRAM;
- HORIBA;
- HUMAN;
- INTERTECK;
- LABOR IMPORT;
- LABINBRAZ;
- MEDIVAX;
- MEDLAB;
- PERKINELMER;
- PHADIA;
- QIAGEN;
- QUIBASA;
- RADIM;
- REM; e
- ROCHE DIAGNÓSTICA.

Vale destacar que, dentre os objetivos da Requerente, constantes do estatuto social ora acostado, merecem destaque:

- a) a defesa dos interesses coletivos da Associação;
- b) a promoção e coordenação da troca de informações entre os Associados;
- c) a promoção e o auxílio à associações e entidades que se dedicam às atividades relacionadas com o setor de produtos de diagnósticos laboratorial;
- d) o aperfeiçoamento, através de intercâmbio, de fundamentos técnicos e científicos dos Associados;
- e) a manutenção do intercâmbio com entidades do mesmo ramo, no Brasil e no Exterior;
- f) a promoção e o incentivo à manutenção de elevados padrões técnicos e científicos de seus Associados;
- g) o exercício de quaisquer outras atividades relacionadas aos Associados, seja na organização de eventos, congressos, feiras e exposições, como em qualquer outra função afim;



- h) a manutenção de contato e intercâmbio com entidades governamentais e não governamentais, além de toda a tutela da “Associação” e dos Associados junto a essas entidades;
- i) a propositura de medidas judiciais atinentes aos interesses da Associação; e
- j) o oferecimento de apoio técnico e jurídico de âmbito coletivo para seus associados.

Criada em 1991, a Requerente tem sido importante aliada à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, na discussão e consolidação das normas e regulamentos que hoje regulam o setor de diagnósticos no Brasil, através de ativa participação em Consultas Públicas, Fóruns de Discussão e Consultas Técnicas.

Por outro lado, a Câmara Brasileira de Diagnóstico Laboratorial – CBDL participa ativamente em eventos como congressos e feiras, sempre em conjunto com entidades médicas, tais como a Sociedade Brasileira de Patologia Clínica, Sociedade Brasileira de Análises Clínicas e Sociedade Brasileira de Hematologia e Homoterapia, trazendo inovações tecnológicas frequentes, o que tem proporcionado ao Brasil um alinhamento imediato com os lançamentos internacionais.

Assim, resta demonstrado, pela natureza e objetivos intrínsecos da Câmara Brasileira de Diagnóstico Laboratorial, sua nacional Representatividade na área de diagnósticos laboratoriais, de modo que seja deferida sua aceitação na presente lide na qualidade de *amicus curiae*.

### II.A.3 – DA RELEVÂNCIA DA MATÉRIA OBJETO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÚMERO 4628

Como dito anteriormente, a Requerente congrega pessoas jurídicas que fabricam, importam, exportam, distribuem, comercializam, armazenam e transportam produtos e/ou equipamentos voltados para o setor de diagnósticos laboratoriais.



Nesse contexto de atuação, as Associadas da Requerente realizam de forma costumeira operações com reagentes químicos utilizados na realização de exames laboratoriais, **remetendo-os de determinado Estado da Federação a empresas consumidoras finais (e não contribuintes do ICMS) situadas em território de unidades federadas diversas, inclusive daquelas signatárias do Protocolo ICMS nº 21/2011.**

Contudo, quando da entrada destas “mercadorias” nos territórios dos Estados destinatários, com fulcro no referido Protocolo, as Associadas da Requerente estão sofrendo a exigência do pagamento do ICMS supostamente incidente, sob pena, inclusive, de apreensão destes produtos.

Nesse passo, porém, sobreleva pontuar que a norma infralegal em comento manifestamente viola o texto constitucional, à medida que exige do remetente da mercadoria, estabelecido em outra unidade da Federação, **o recolhimento do ICMS sobre operação legalmente tributada no seu Estado, à alíquota interna.**

Com efeito, tal exigência viola a norma veiculada pelo artigo 155, § 2º, inciso VII, alínea “b”, da Constituição Federal, eis que resta estabelecida a cobrança de ICMS incidente sobre reagentes utilizados para elaboração de exames laboratoriais **destinados a consumidores finais e não contribuintes de tal imposto**, em favor do Estado de destino, **sendo que a Magna Carta determina, nestes casos, que a instituição e a exigência do tributo compete ao Estado de origem da mercadoria.**

Resta demonstrada, portanto, a relevância da matéria, a autorizar esta Associação Civil sem fins lucrativos e de âmbito nacional, na condição de *amicus curiae*, a apresentar argumentos que possam subsidiar os fundamentos da decisão final a ser proferida por este Egrégio Supremo Tribunal Federal nos autos.



## II.B – DO MÉRITO

### II.B.1 – DA VIOLAÇÃO, PELO PROTOCOLO ICMS Nº 21/2011, AO COMANDO INSERTO NO ARTIGO 155, § 2º, INCISO VII, ALÍNEA “B”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Como é cediço, a Constituição Federal, em seu artigo 155, § 2º, inciso VII, alínea ‘b’, determina que:

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

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

*(...)*

***§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:(...) VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:***

*a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;*

***b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele (...)***

*(negritamos e sublinhamos)*

A norma constitucional é clara ao estabelecer que, em operações interestaduais nas quais o destinatário não for contribuinte do ICMS, mas sim, consumidor final do bem, aludido imposto é devido ao Estado de origem da mercadoria, à alíquota interna.

Diferentemente do que determina a norma Constitucional, os Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Rondônia e Sergipe, bem como o Distrito Federal, por meio do Protocolo ICMS nº 21/2011, pretendem instituir tributação diversa e ilegítima em favor do Estado de destino dos bens ou mercadorias.

Deste modo, referido protocolo pretende autorizar a cobrança de ICMS incidente sobre as entradas de mercadorias ou bens oriundos de outras unidades da Federação, destinados a consumidores finais (pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no território dos Estados signatários e não contribuintes do imposto), quando a aquisição ocorrer de forma não presencial no estabelecimento remetente (por meio de Internet, telemarketing ou showroom).

Resta claro à Requerente que referida norma visa evitar a evasão fiscal, nos mesmos moldes que estabelecido na Lei Complementar Federal nº 87/96, que em seu artigo 4º, assim determina:

“(...)

*Art. 4º - Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.*

(...)”

Porém, não obstante o intuito de evitar a evasão fiscal (escopo inicialmente considerado legítimo), foi prevista a instituição da cobrança do ICMS sobre as entradas, em território dos Estados signatários, de **mercadorias ou bens destinados a consumidores finais**, que não possuem qualquer intuito comercial, tampouco figuram como contribuintes do imposto.

Com efeito, tais regras abrangem expressamente a hipótese de aquisições realizadas por consumidores finais, em que sabidamente o ente competente para exigir o tributo é apenas aquele onde se situa o estabelecimento de origem que remete as “mercadorias”, como reza o citado artigo 155, § 2º, inciso VII, “b”, da Constituição Federal.

Portanto, ao pretenderem instituir a cobrança de parcela de ICMS em favor do Estado de destino, em decorrência das aludidas operações interestaduais, os Estados signatários atuaram desprovidos de competência para tanto e em total confronto com a regra constitucional acima suscitada.

Noutro grito, a norma veiculada impinge carga tributária em confronto com a norma Constitucional, na medida em que exige do remetente da mercadoria, estabelecido em outra unidade da Federação, o recolhimento de ICMS sobre operação legalmente tributada no seu Estado, à alíquota interna.

Cabe destacar que a norma combatida não excepcionou, em momento algum, os casos nos quais os adquirentes das mercadorias são efetivos prestadores de serviços e as mercadorias adquiridas são utilizadas como insumos na prestação de tais serviços. É certo que, para esses casos, não há evasão, elisão, ou sonegação fiscal a ser afastada.

É exatamente nessa hipótese que se enquadram as Associadas da Requerente: fabricam e comercializam reagentes empregados como insumos pelos seus adquirentes, para viabilizar a prestação de serviços relacionados a exames médicos e diagnósticos. Assim, a despeito do volume e frequência de operações de aquisição realizadas, bem como a despeito de serem ou não presenciais, é certo que não há qualquer intuito comercial por parte dos clientes das Associadas situados em território dos Estados de destino.

Ora Ilustríssimos Ministros, tais clientes apenas adquirem os reagentes e materiais necessários para a realização das atividades constantes de seus objetos sociais, jamais praticando operações de revenda ou denotando qualquer intuito de comercializarem futuramente tais produtos (até mesmo porque, como já ressaltado acima, no ramo de atuação das Associadas, salvo raras exceções, não há a figura do distribuidor).



Nota-se que, para a celebração do Protocolo ICMS nº 21/2011, partiu-se da premissa geral de que toda e qualquer aquisição realizada de forma não presencial de estabelecimento situado em outro Estado da Federação seria maculada e teria por escopo burlar o Fisco local, o que não se pode admitir como regra. Ainda mais ao se levar em conta que, pelos progressos do comércio eletrônico e dos meios de comunicação no geral, as aquisições presenciais tornam-se cada vez menos frequentes.

Especialmente no ramo em que atuam as Associadas da Requerente, é certo que os reagentes comercializados raramente são adquiridos de forma presencial, pelas práticas comerciais que envolvem o setor.

Pode-se dizer, portanto, que a quase totalidade das operações por elas realizadas, que destinam os produtos a clientes que figuram como consumidores finais localizados em Estados diversos da Federação, acabam sendo atingidas pela referida norma, por se darem de forma não presencial.

Por todos os argumentos acima desenvolvidos, resta demonstrado que o Protocolo ICMS nº 21/2011 viola a norma prevista pelo artigo 155, § 2º, inciso VII, alínea “b”, da Constituição Federal, eis que impõe a exigência de ICMS incidente sobre os reagentes utilizados para elaboração de exames laboratoriais, destinados a consumidores finais, e não contribuintes de tal imposto.

Se a Constituição Federal determina, nestes casos, que a instituição e a exigência do tributo competem apenas ao Estado de origem da mercadoria, apenas este detém competência para exigência do imposto estadual, sendo ilegítimas as cobranças que os Estados signatários pretendem levar a efeito, por meio da edição de legislação interna apoiada em tal norma infralegal, as quais acabam por caracterizar, ainda, evidente bitributação.

Ademais, os Estados signatários do Protocolo invadem, incontestavelmente, a competência que cabe exclusivamente às unidades federadas de origem da mercadoria ou do bem, que devem figurar (como lhes assegura a Constituição Federal) como entes tributantes na relação obrigacional decorrente de sua remessa a consumidor final e não contribuinte do imposto, situado no território do Estado de destino. Assim, exigindo parcela adicional do ICMS do remetente, na condição de substituto tributário, em favor da unidade federada de destino, resta caracterizada evidente bitributação (ainda mais ao se considerar que nem todos os Estados da Federação subscreveram o Protocolo e anuem com a nova regra), que deve ser rechaçada por este Sodalício.

## II.B.2 – DA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 5º, INCISO II, E 150, INCISO I, E PARÁGRAFO 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Além dos vícios já acima expostos, é certo que a cobrança de ICMS intentada pelos Estados signatários do Protocolo nº 21/2011 também viola frontalmente o artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, na medida em que criada nova hipótese de incidência do tributo, inclusive com a fixação de percentuais que influenciam diretamente no *quantum* a ser recolhido a título de imposto pelo remetente da mercadoria ou bem, por meio de simples Protocolo, norma infralegal

Como cedo, há nítida violação à regra que consubstancia o princípio da estrita legalidade tributária, prevista pelo artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, abaixo colacionado:

“(...)

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

*I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;*

(...)”





Portanto, apenas por meio da edição de Lei (inclusive que viesse a prever todos os critérios da hipótese de incidência, dentre eles o quantitativo), caberia a instituição da nova hipótese de incidência do tributo. Ocorre que os Estados signatários, sem qualquer competência para tanto, a instituíram por meio do aludido Protocolo (tanto é assim que alguns deles – a exemplo, os Estados do Mato Grosso e do Mato Grosso do Sul, já editaram Decretos locais para regulamentarem a cobrança em seus âmbitos territoriais, sem leis precedentes, mas apenas com fulcro no Protocolo).

Tal procedimento contraria a determinação constitucional e viola por completo o princípio da estrita legalidade tributária. Cumpre frisar: tendo em vista a instituição de hipótese diversa de incidência do ICMS no âmbito territorial dos Estados de destino e envolvendo consumidores finais (para a qual não há qualquer previsão constitucional), esta apenas poderia ser prevista por lei, devidamente editada pelo Poder Legislativo, e não por mero Protocolo, levado a efeito por órgãos locais do Poder Executivo, inclusive sob pena de violação ao princípio constitucional da separação dos Poderes.

Neste ponto, cabe lembrar a norma constitucional inserta no artigo 5º, inciso II, *in verbis*:

*“(...) Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:*

*(...) II – **ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;** (...)” (negritamos)*

No caso em tela, não havendo lei em sentido formal instituindo a cobrança do ICMS ora discutido, não há base legítima para a exigência do imposto, não cabendo que os administrados sejam compelidos ao seu recolhimento sem comando legal que assim determine, instaurando-se cenário de absoluta insegurança jurídica.



Ademais, como bem ressaltado na petição inicial da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, trata-se de nova hipótese de atribuição, a sujeito passivo de obrigação tributária, da condição de responsável pelo pagamento de imposto. Em tais casos, o artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, também exige expressamente a edição de lei, como abaixo colacionado:

*“(...) § 7º. A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido (...)”.*

(negritamos)

Destarte, além da violação ao artigo 155, § 2º, inciso VII, alínea “b”, da Constituição Federal, a exigência veiculada pelo Protocolo nº 21/2011 ainda contraria os artigos 150, inciso I e § 7º, e 5º, inciso II, da Carta Magna.

### **II.B.3 – DA ILEGITIMIDADE DA APREENSÃO DE MERCADORIAS COMO MEIO COERCITIVO AO PAGAMENTO DO ICMS COMBATIDO – SÚMULA 323 DESTE EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Não obstante o entendimento alinhavado nos parágrafos anteriores, mister consignar, por fim, que eventual tentativa de apreensão dos produtos (reagentes) comercializados pelas Associadas da Requerente, como meio coercitivo ao pagamento do ICMS, merece ser rechaçada por este Sodalício.

Isto porque, como sabido, eventuais créditos tributários existentes em favor das Fazendas Estaduais envolvidas, devem ser objeto de constituição por meio de lançamento regular, proporcionando ao contribuinte oportunidade de promover sua defesa administrativa e/ou judicial, sem considerar, é claro, que os entes fazendários também dispõem de medida judicial adequada para cobrança de débitos, conforme preceitua a Lei Ordinária Federal nº 6.830/80.

Se não bastasse, a Súmula nº 323 deste Colendo Supremo Tribunal Federal deixa indene de dúvidas a impossibilidade de proceder à retenção de mercadorias como meio coercitivo ao pagamento de tributos:

“(...)

**Súmula 323 – É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos**

(...)”.

(negritamos e sublinhamos)

Resta cabalmente demonstrada, portanto, a impossibilidade de se exigir o ICMS ora combatido das Associadas da Requerente, mormente em razão das violações aos já mencionados artigos 155, § 2º, inciso VII, alínea “b”, 150, inciso I e § 7º, e 5º, inciso II, da Constituição Federal, sendo ainda mais ilegítima a apreensão de mercadorias (que vem sendo levada a efeito, na prática) como meio coercitivo ao pagamento do tributo ilegítimamente exigido.

#### IV – DO PEDIDO

*Ex positis*, é a presente para requerer:

a) nos termos do artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei Ordinária Federal nº 9.868/1999, seja deferida a inclusão da Requerente na qualidade de *amicus curiae* na presente demanda;

b) seja deferida a realização de sustentação oral por parte dos patronos da Requerente quando da inclusão da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade na pauta de julgamento, consoante autorização expressa contida no artigo 131, parágrafo 3º, do Regimento Interno desta Corte; e





c) seja julgada totalmente procedente a presente Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, tendo em vista a flagrante violação aos artigos 155, § 2º, inciso VII, alínea "b"; 5º, inciso II; e 150, inciso I e § 7º, todos da Constituição Federal, pelo Protocolo ICMS nº 21/2011.


Requer, por fim, sejam todas as intimações relativas ao presente feito, em especial as realizadas por meio de publicação na Imprensa Oficial, feitas também em nome de **Maria Carolina Antunes de Souza**, inscrita na OAB/SP sob o nº 163.292, no endereço: Av. Arnolfo Azevedo, nº 75/89, Pacaembu, São Paulo, SP, CEP 01236-030, tel/fax 55 11 3879-2777, sob pena de nulidade.

Termos em que,  
pede deferimento.

De São Paulo para Brasília, 16 de dezembro de 2011.

  
**Maria Carolina Antunes de Souza**  
OAB/SP nº 163.292

*P.P.*  
  
**Priscilla Viccino Campezzzi**  
OAB/SP nº 185.528  
*OAB/SP nº 242.278*

  
**Bruno Cavarge Jesuino dos Santos**  
OAB/SP nº 242.278