

HONDA
ESTEVÃO
ADVOGADOS

Helcio Honda
Oziel Estevão

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

Reinaldo Guerrero Junior

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

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

Consultores:

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

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

DOCUMENTO 04



Poder Judiciário
Supremo Tribunal Federal

Recibo de Petição Eletrônica

Identificação petição	66214/2012
Classe	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Petição	2012/66214
Identificacao do processo	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4713
Numeração Única	94228337920121000000
Data	17/12/2012 18:20:16.511 GMT-2
Assunto	1-ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias(DIREITO TRIBUTÁRIO Impostos ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias)
Preferências	Medida Liminar
Partes	CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA(REQUERENTE(S)-Ativo) Advogados: GUSTAVO DO AMARAL MARTINS (ADVOGADO(A/S)) CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES (ADVOGADO(A/S))
Peças	1 - Pedido de ingresso como amicus curiae 1(Pedido de ingresso como amicus curiae)

Consultores:

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR LUIZ FUX, DO
EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI Nº 4713)

A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE ARTIGOS E EQUIPAMENTOS MÉDICOS, ODONTOLÓGICOS, HOSPITALARES E DE LABORATÓRIOS (“ABIMO”), pessoa jurídica de direito privado, de natureza civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ sob nº 43.035.690/0001-27, com sede em São Paulo/SP, na Avenida Paulista, nº 1313, Conjunto 806, CEP 01311-923, São Paulo - SP, por seus advogados abaixo assinados (procuração anexa), vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro nos artigos 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, e 131, § 3º, do Regimento Interno deste E. Tribunal, postular sua

HABILITAÇÃO COMO “AMICUS CURIAE”

nos autos da ADIN em epígrafe, buscando elucidar pontos relevantes e a preservação do interesse público, a fim de contribuir para o melhor julgamento da demanda, manifestando-se acerca das questões de fato e de direito a seguir expostas:

I - DO “AMICUS CURIAE”

A Lei 9.868/99 previu, no artigo 7º, § 2º, a figura do *amicus curiae*¹. Com isso, restou aberta a possibilidade de aqueles que não são legitimados para figurar no processo de controle abstrato de constitucionalidade apresentar manifestação nos autos.

Tal previsão encontra justificativa no fato de que os efeitos da ação abstrata recaem sobre todos, de modo que, em razão da relevância do tema e da representatividade dos postulantes, abre-se a oportunidade de participação daqueles que serão mais diretamente atingidos pelos efeitos da decisão a ser proferida no processo.

A doutrina é pacífica no sentido do cabimento desta intervenção, como se pode observar no breve trecho abaixo transcrito:

*“Constitui todavia, inovação significativa, no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, a autorização para que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos ou entidades (art. 7º, § 2º). Positiva-se, assim a figura do amicus curiae no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as implicações ou repercussões.”*²

É evidente que a *ratio* que autoriza a manifestação de terceiro como *amicus curiae* se funda na necessidade de amplo conhecimento sobre a matéria a ser julgada, como bem expõe a doutrina pertinente³:

“A constatação de que, no processo de controle de constitucionalidade, faz-se necessária e inevitavelmente, a verificação de fatos e prognoses legislativos sugere a necessidade de adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal as condições necessárias para proceder a essa aferição. Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados.”

¹ “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 fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

² Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, 5ª ed., Ed. Saraiva, p. 244.

³ Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, *Controle Concentrado de Constitucionalidade*, Ed. Saraiva, p. 281.

A Lei 9.868/99, portanto, objetiva ampliar a participação na proteção à CF/88 da sociedade como um todo e, em especial, dos interessados no deslinde da causa, pois esses sofrerão mais diretamente os efeitos da decisão, que, como se sabe, apesar de tirada em processo abstrato, alcança a todos de forma vinculante.

Logo, como uma expressão de democracia processual, pleiteia a Requerente, na expectativa de deferimento, sua participação nos presentes autos como amiga da causa, pois presentes os requisitos para tanto.

Inclusive em relação a presente ADIN, já foram aceitas outras entidades de igual relevância para o exercício da intervenção sob a modalidade de *amicus curiae*, o que justifica o pedido desta entidade para que também possa prestar seus esclarecimentos e suas razões pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4713.

II – DO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PARA HABILITAÇÃO DA REQUERENTE NA CONDIÇÃO DE “AMICUS CURIAE”

O artigo 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, dispõe que dois são os requisitos para a intervenção no processo como *amicus curiae*, quais sejam:

- i) Representatividade dos postulantes;
- ii) Relevância da matéria.

A ABIMO é uma entidade com 50 anos de existência que representa as empresas fabricantes de artigos e equipamentos médicos, odontológicos, hospitalares e de laboratórios.

Atualmente, representa aproximadamente 370 empresas, espalhadas por praticamente todo território nacional, atuantes no setor de artigos e equipamentos médicos e odontológicos.

Outrossim, segundo consta de seu Estatuto, a Requerente tem por deveres:

- Representar e defender interesses da indústria e do setor de artigos e equipamentos médicos, odontológicos, hospitalares e de laboratórios;

- Colaborar com os Sindicatos de classe em geral e com o Sindicato da Indústria de Artigos e Equipamentos Odontológicos, Médicos e Hospitalares do Estado de São Paulo (“SINAEMO”), em particular, no que for interesse da indústria que representa;
- Colaborar com as autoridades governamentais como órgão técnico consultivo no estudo e solução de problemas que se relacionam com a indústria representada no Brasil e no exterior;
- Organizar e participar em conferências, palestras, seminários, convenções, cursos e exposições, pertinentes ao interesse do Setor, no território nacional e no exterior;
- Promover a realização de estudos e pesquisas sobre métodos, processos e técnicas em prol do desenvolvimento da indústria e do setor;
- Manter intercâmbio de informações, experiências e publicações com entidades que se dediquem à atividades fins, estabelecer relações com associações,
- Incentivar, pelas formas que julgar mais adequadas, o interesse empresarial, pela atualização tecnológica, visando a melhor adequação empresarial às mudanças impostas pelo desenvolvimento econômico-social do País;
- Zelar pela observância dos mais altos padrões da Ética Empresarial na condução das atividades industriais e comercial inerentes às empresas do setor;
- Garantir que o relacionamento empresarial e comercial da indústria, com membros da comunidade médica, odontológica, científica, empresarial, se dará sempre dentro do prescrito pelos respectivos Códigos de Ética.

Como se vê, dentre os deveres da Requerente estão (i) a representação e a defesa dos interesses da indústria e do setor de artigos e equipamentos médicos, odontológicos, hospitalares e de laboratórios, bem como (ii) a colaboração com os Sindicatos de classe em geral e com o SINAEMO, em particular, no que for interesse da indústria que representa.

Relativamente à colaboração com os sindicatos, vale registrar que o SINAEMO tem por objetivo, dentre outros, a representação das suas associadas junto as Federações e Confederação da Indústria (esta última autora da presente ADI), bem como a utilização das estruturas destas entidades em favor de suas associadas⁴.

Assim, é inegável a presença do primeiro requisito para sua habilitação, qual seja, representatividade da Requerente para defender os interesses da indústria e do setor de artigos e equipamentos médicos, odontológicos, hospitalares e de laboratórios.

De outra banda, quanto à relevância da matéria, urge esclarecer que o dispositivo normativo atacado na presente ADI, qual seja, o famigerado Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, estabelece disciplina relacionada à exigência do ICMS em operações interestaduais que destinem mercadorias ou bens a consumidor final, cuja aquisição venha a ocorrer de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou “showroom”.

Referido Protocolo, que não fora assinado por todos os Estados da Federação, possui a seguinte redação:

“Os Estados de Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Rondônia e Sergipe e o Distrito Federal, neste ato representados pelos Secretários de Fazenda, Finanças, Receita ou Tributação e Gerente de Receita, reunidos na cidade do Rio de Janeiro, no dia 1º de abril de 2011, fundamentados no disposto nos arts. 102 e 199 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e no art. 9º da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996,

considerando que a sistemática atual do comércio mundial permite a aquisição de mercadorias e bens de forma remota;

considerando que o aumento dessa modalidade de comércio, de forma não presencial, especialmente as compras por meio da internet, telemarketing e showroom, deslocou as operações comerciais com consumidor final, não contribuintes de ICMS, para vertente diferente daquela que ocorria predominante quando da promulgação da Constituição Federal de 1988;

considerando que o imposto incidente sobre as operações de que trata este protocolo é imposto sobre o consumo, cuja repartição tributária deve observar esta natureza do ICMS, que a Carta Magna na sua essência assegurou às unidades federadas onde ocorre o consumo da mercadoria ou bem;

⁴ Art. 3º - São deveres do Sindicato:

b) Representar as associadas junto as Federações e Confederação da Indústria e utilizar as estruturas destas Entidades em favor das mesmas;

considerando a substancial e crescente mudança do comércio convencional para essa modalidade de comércio, persistindo, todavia, a tributação apenas na origem, o que não coaduna com a essência do principal imposto estadual, não preservando a repartição do produto da arrecadação dessa operação entre as unidades federadas de origem e de destino, resolve celebrar o seguinte

PROTOCOLO

Cláusula primeira Acordam as unidades federadas signatárias deste protocolo a exigir, nos termos nele previstos, a favor da unidade federada de destino da mercadoria ou bem, a parcela do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - devida na operação interestadual em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou showroom. Parágrafo único. A exigência do imposto pela unidade federada destinatária da mercadoria ou bem, aplica-se, inclusive, nas operações procedentes de unidades da Federação não signatárias deste protocolo.

Cláusula segunda Nas operações interestaduais entre as unidades federadas signatárias deste protocolo o estabelecimento remetente, na condição de substituto tributário, será responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, em favor da unidade federada de destino, relativo à parcela de que trata a cláusula primeira.

Cláusula terceira A parcela do imposto devido à unidade federada destinatária será obtida pela aplicação da sua alíquota interna, sobre o valor da respectiva operação, deduzindo-se o valor equivalente aos seguintes percentuais aplicados sobre a base de cálculo utilizada para cobrança do imposto devido na origem:

I - 7% (sete por cento) para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Sul e Sudeste, exceto do Estado do Espírito Santo;

II - 12% (doze por cento) para as mercadorias ou bens procedentes das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Estado do Espírito Santo.

Parágrafo único. O ICMS devido à unidade federada de origem da mercadoria ou bem, relativo à obrigação própria do remetente, é calculado com a utilização da alíquota interestadual.

Cláusula quarta A parcela do imposto a que se refere a cláusula primeira deverá ser recolhida pelo estabelecimento remetente antes da saída da mercadoria ou bem, por meio de Documento de Arrecadação Estadual (DAE) ou Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), exceto quando o remetente se credencie na unidade federada de destino, hipótese em que o recolhimento será feito até o dia nove do mês subsequente à ocorrência do fato gerador.

Parágrafo único. Será exigível, a partir do momento do ingresso da mercadoria ou bem no território da unidade federada de 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.” (grifos nossos)

É importante mencionar que na exordial da presente ação a Autora invocou, em síntese, ofensa aos seguintes dispositivos constitucionais (aqui reiteradas pela Requerente):

- Violação ao artigo 155, §2º, inciso VII, alíneas “a” e “b” e inciso VIII da CF/88, “vez que este dispositivo estabelece a tributação pelo ICMS exclusivamente no Estado de origem nas operações interestaduais em que o destinatário não seja contribuinte do imposto”;
- Em caráter complementar há violação ao artigo 146, inciso I, da CF/88 (“mesmo que fosse possível Leo o disposto no artigo 155, § 2º, inciso VII, alínea ‘b’, da Constituição de modo a entender que houvesse alguma capacidade impositiva do Estado em que situado o destinatário não contribuinte do ICMS, mister seria a disciplina da matéria por lei complementar, na mesma linha decidida pelo Plenário desse Supremo Tribunal Federal, a partir do RE 136.215”);
- Violação aos artigos 150, V, 152 e 170, IV e parágrafo único da CF/88 (“limitação ao tráfego de bens por meio de tributo de incidência na operação interestadual, causando diferença tributária entre bens em razão da procedência de outro Estado, diferença esta que obsta direito dos agentes econômicos situados em um Estado, notadamente nos Estados não signatários do pacto, de vender seus produtos e serviços em outro Estado, em livre concorrência com os fornecedores locais”);

Pois bem. O Protocolo em questão pretende, ao fim e ao cabo, que operações destinadas a consumidores finais, envolvendo mercadorias ou bens adquiridos de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou showroom, **sejam eles contribuintes ou não do ICMS**, sujeitem-se, invariavelmente, à alíquota interestadual do imposto.

Ademais, de forma flagrantemente arbitrária e contrariando o delineamento constitucional do ICMS insculpido na CF/88, pretende que o recolhimento do imposto seja procedido pelo estabelecimento remetente em favor da unidade federativa de destino da mercadoria.

Não é necessário o empreendimento de grandes esforços hermenêuticos para se chegar à imperiosa e inafastável conclusão de que o Protocolo atacado dificulta sobremaneira as vendas, principalmente, das indústrias/empresas situadas nos Estados da Federação não signatários do referido protocolo, ao encarecer seus produtos com o acréscimo da parcela do ICMS.

Tal expediente, portanto, que interfere diretamente nas atividades da indústria e do setor de artigos e equipamentos médicos, odontológicos, hospitalares e de laboratório assegura, *de per si*, o ingresso da Requerente na presente demanda na condição de “*amicus curiae*”, com o intuito de ver resguardados os interesses do referido setor.

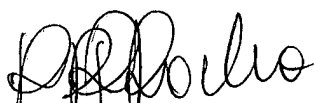
III - DO PEDIDO

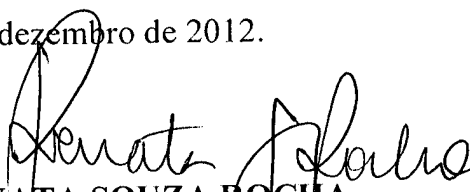
Por todo o exposto, protesta a Requerente pelo deferimento do presente pedido de habilitação na condição de “*amicus curiae*” na presente ADIN, protestando desde já pela sustentação oral, consoante o artigo 131, § 3º, do Regimento Interno desta Suprema Corte, por representante que oportunamente será indicado quando do julgamento do feito.

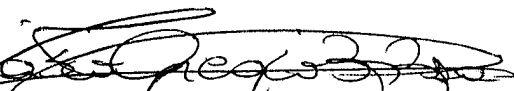
Em sendo deferido o pedido de habilitação, requer seja aberto prazo a Requerente para apresentar razões, a fim de que sejam analisados os elementos jurídicos da matéria posta em julgamento, nos termos do artigo 7º, § 2º, da Lei 9.868/99.

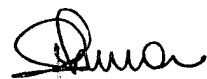
Termos em que,
pede e espera deferimento.

De São Paulo para Brasília, 12 de dezembro de 2012.


HELICIO HONDA
OAB/SP nº 90.389


RENATA SOUZA ROCHA
OAB/SP nº 154.367


FABIO GREGIO BARBOSA
OAB/SP nº 222.517


MICHELLE STECCA ZEQUE
OAB/SP nº 255.912