

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE - JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI – DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

**ABRINT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PROVEDORES DE INTERNET E TELECOMUNICAÇÕES**, associação sem fins lucrativos com âmbito nacional, pessoa jurídica de direito privado, regularmente constituída (Anexo 02), com sede e foro na SCS, Quadra 01, Ed. Baracat, Sala 1203, Asa Sul, CEP 70.309-900, em Brasília-DF, inscrita no CNPJ 11.369.542/0001-52, vem, respeitosamente, perante V. Exa., por seus procuradores *in fine* firmados (Procuração - Anexo 01), propor a presente

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**  
**COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA**  
**(INAUDITA ALTERA PARS)**

Em face do Decreto Estadual (SC) nº 1.704/2018 (Anexo 05), cuja norma foi instituída pelo **ESTADO DE SANTA CATARINA**, pessoa jurídica de direito público, inscrita no CNPJ: 82.951.310/0001-56, com sede na Rodovia SC 401, KM 5, nº 4.600, Bairro Saco Grande II, CEP 88.032-000, na cidade de Florianópolis/SC, o que o faz com supedâneo nas razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

## **I – DO OBJETO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.**

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de Medida Cautelar de Urgência (*inaudita altera pars*), em face do artigo 1º do Decreto Estadual (SC) nº 1.704/2018, que introduziu alterações no Decreto nº 2.870/2001 – RICMS/SC – Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação do Estado de Santa Catarina.

Referido Decreto Estadual (SC) nº 1.704/2018, instituído pelo Governo do Estado de Santa Catarina, **acrescentou no Regulamento de ICMS o regime de substituição tributária para os prestadores de serviços de comunicação**. Senão vejamos abaixo a integralidade da norma publicada no Diário Oficial do Estado em 23.08.2018 (**Anexo 05**):

### **DECRETO Nº 1.704, DE 22 DE AGOSTO DE 2018**

DOE de 23.08.18

**Introduz a Alteração 3.939 no RICMS/SC-01.**

*“O GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA, no uso das atribuições privativas que lhe conferem os incisos I e III do art. 71 da Constituição do Estado, conforme o disposto no art. 98 da Lei nº 10.297, de 26 de dezembro de 1996, e de acordo com o que consta nos autos do processo nº SEF 11033/2018,*

#### **DECRETA:**

*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.

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

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

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

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

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

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

I – aos motivos determinantes para o seu enquadramento; e

II – ao cálculo da margem de valor agregado.

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

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

§ 6º O substituído tributário deverá comunicar ao fisco, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, qualquer alteração em relação a seus fornecedores de serviços de comunicação.



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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Florianópolis, 22 de agosto de 2018.*

**EDUARDO PINHO MOREIRA**

*Governador do Estado*

**LUCIANO VELOSO LIMA**

*Secretário de Estado da Casa Civil*

**PAULO ELI**

*Secretário de Estado da Fazenda*

Ocorre que, conforme será abordado em tópicos específicos, além da inconstitucionalidade material da supracitada norma, verifica-se que sua instituição é uma verdadeira estratégia por parte do Estado de Santa Catarina para burlar o entendimento jurisprudencial que afastou a cobrança de ICMS sobre os serviços de conexão à internet (provimento de acesso à internet), entendimento este consolidado pela Súmula 334, do Superior Tribunal de Justiça.

É que, as empresas associadas à Autora, seguindo o entendimento pacificado no Poder Judiciário (**vide Súmula 334 do STJ**), deixaram de recolher o ICMS sobre tais hipóteses e estão, há tempos, sendo “perseguidas” pelo Estado de Santa Catarina e inclusive autuadas neste sentido, o que, por consequência lógica, têm resultado em inúmeras ações no judiciário para afastar a cobrança ilegal.

Inclusive, a própria Autora possui em vigor uma medida liminar proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, conforme **Anexo 11**, na qual foi determinada a suspensão das cobranças de ICMS sobre os serviços de acesso à internet. Senão vejamos:

3. Ante o exposto, admito o processamento do agravo e, diante da ausência dos requisitos autorizadores do art. 300 do CPC/15, defiro a tutela de urgência almejada, para suspender, por ora, eventual cobrança de ICMS incidente sobre serviço dos provedores de acesso à internet.

No intuito de demonstrar que o referido Decreto Estadual (SC) nº 1.704/2018 tem exatamente este propósito de combater a não incidência do ICMS sobre os serviços acesso à internet (já consolidada na jurisprudência), nota-se que o mesmo é expresso ao determinar a antecipação do ICMS nas hipóteses em que a empresa prestadora de serviços de comunicação, ao contratar originariamente tais serviços para posterior execução para o cliente final, **“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.”** (Grifos nossos).

Portanto, **através da presente ação, busca a Autora obter a declaração de inconstitucionalidade da integralidade do Decreto Estadual (SC) nº 1.704/2018, ao introduzir alterações no Regulamento do ICMS do Estado de Santa Catarina (Decreto nº 2.870/2001), em decorrência da afronta direta ao:**

(i) **Artigo 5º, inciso II e artigo 37, caput; artigo 150, inciso I, artigo 155, § 2º, XII, alíneas “b” e “g”, todos da Constituição Federal, eis que o Estado de Santa Catarina, por meio de Decreto, extrapolou o alcance da Lei Complementar ao instituir regime de substituição tributária aos contribuintes catarinense que prestam serviços de comunicação e que realizam operações interestaduais, sem, obrigatoriamente, celebrar de convênio entre os Entes Federados envolvidos. E neste sentido, houve**





**afronta, por consequência, ao artigo 1º e artigo 18, ambos da Constituição Federal, ao desrespeitar a própria estabilidade do pacto federativo e a soberania dos Entes Federados;**

**(ii) Artigo 150, inciso III, da Constituição Federal, ante a ofensa ao princípio da anterioridade, noventena, da razoabilidade, da não surpresa e da segurança jurídica;**

**(iii) Artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, ante o efeito confiscatório da estratosférica margem de valor agregado aplicada pelo Estado de Santa Catarina por meio do atacado Decreto nº 1.704/2018, que afronta, além da necessária razoabilidade/proporcionalidade, também os princípios da legalidade, capacidade contributiva e da vedação ao tributo com efeito de confisco;**

**(iv) Artigo 155, § 2º, inciso I, da Constituição da República por não respeitar o princípio da não cumulatividade do ICMS, haja vista que estão sendo negados pelo referido Decreto diversos créditos de ICMS que os contribuintes têm direito de aproveitamento;**

**(v) Artigo 5º, incisos II e XIII e artigo 170, parágrafo único, da Constituição da República, ao restringir o livre exercício da atividade empresarial na adoção de meio coercitivo para cobrança antecipada de imposto (via transversa de cobrança); e**

**(vi) Artigo 5º, caput, e artigo 150, inciso II, da Constituição da República, que prevê limitações ao poder de tributar dos Entes Federativos e veda o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação análogas (afronta ao princípio da Isonomia).**

Vejamos, na sequência, a demonstração da patente legitimidade da ABRINT para propor a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, bem como a própria adequação e cabimento do presente feito.

E mais adiante, serão abordados um a um os fundamentos que demonstram a completa inconstitucionalidade do referido Decreto, pincelados acima.



## II – PRELIMINARMENTE

### II.1 – DA QUALIFICAÇÃO DA AUTORA. DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DA LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. DA ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL.

*Ab initio*, cumpre esclarecer que a legitimidade para a propositura da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade encontra expressa previsão no Art. 103, IX da Constituição Federal, que assim dispõe:

**“Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:**

(...)

*IX - confederação sindical ou **entidade de classe de âmbito nacional.**” – (Grifos nossos).*

Na mesma senda, vale destacar a previsão contida no Art. 2º, IX da Lei 9.868/1999, que “*dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*”, senão vejamos:

**“Art. 2º: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade:**

(...)

*IX - confederação sindical ou **entidade de classe de âmbito nacional.**” – (Grifos nossos).*

E não restam dúvidas, Eminentes Ministros, que a **Associação Autora** é uma entidade de classe regularmente constituída, 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**, conforme inclusive atesta seu estatuto social atualizado (**Anexo 02**)

Nesta esteira, corroborando sua legitimidade, **veja que o próprio Estatuto Social da Autora estabelece sua atuação em âmbito nacional**, *in verbis*:

**Artigo 2º.** A ABRINT tem como Associados pessoas jurídicas com interesses no território nacional.

E mais, o próprio Estatuto Social da Autora estabelece, dentre suas atribuições, **a propositura de medidas judiciais ou extrajudiciais em favor de seus associados**, conforme dita o Artigo 5º, alíneas “p”, “q” e “r”. Confira:

**Artigo 5º.** A ABRINT tem como objetivos a representação, o apoio e a defesa dos interesses das empresas provedoras de serviços de internet e telecomunicações, visando a promoção e desenvolvimento da Internet no Brasil. Para a consecução de seus objetivos encarregar-se-á de:

(...)

p) Representar os Associados em processos de interesse comum, judicial ou extrajudicialmente, nos termos do artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, em todas as instâncias do poder judiciário, podendo para tanto praticar atos em nome dos seus Associados, inclusive atuar em substituição em ações judiciais, desde que aprovada pela Diretoria da ABRINT.

q) Impetrar mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses de seus Associados, total ou parcialmente, nos termos do Art. 5º, inciso LXX, alínea “b”, da Constituição Federal.

r) Defender os interesses dos seus Associados, proporcionando-lhes assistência por todos os meios ao seu alcance, dentro dos objetivos da ABRINT.

E de modo a ilustrar a notória representatividade da Autora, bem como sua intensa atuação em todo o território nacional, confira o **Rol de Associados (Anexo 04)**.

Em arremate, de modo a evidenciar a legitimidade da ABRINT em propor a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, **cumprir registrar o disposto na Ata da Assembleia Geral Extraordinária, realizada no dia 08.11.2018 (Anexo 03), ocasião a qual foi expressamente autorizada a propositura da presente medida judicial**. Confira:

Após, foi lida a ordem do dia que justifica a convocação da Assembléia Geral Extraordinária, divulgada à ciência de todos os Associados da ABRINT, sobre a matéria a ser votada. A seguir passou a discussão da ordem do dia, a saber:

a) Autorização para propositura de Ação Judicial e/ou Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do Estado de Santa Catarina, visando questionar a constitucionalidade e/ou legalidade do Decreto Estadual (SC) nº. 1704, de 22 de agosto de 2018, que alterou o Regulamento do ICMS de Santa Catarina.

A aprovação dessa ação foi colocada para deliberação da assembleia. E após ~~deliberação~~ liberação, foram devidamente aprovadas todas as autorizações para ajuizamento das ações judiciais, devidamente discriminadas na ordem do dia, pormenorizadas acima.



Logo, à vista do exposto e diante da demonstração da inequívoca legitimidade ativa *ad causam* da Autora, cumpre-nos narrar o evidente cabimento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

É o que seguirá demonstrado a seguir:

## II.2 – DO CABIMENTO DA PRESENTE AÇÃO.

Como já anunciado, a propositura da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade destina-se, essencialmente, ao reconhecimento e declaração da flagrante inconstitucionalidade contida no Decreto Estadual (SC) 1.704/2018 (**Anexo 05**), editado pelo Governador do Estado de Santa Catarina, o qual acrescentou ao RICMS do referido ente, o denominado **“regime de substituição tributária nas prestações de serviços de comunicação”**.

Nesse sentido, o artigo 102, I, a, da Constituição da República dispõe que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual. *In verbis*:

*“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

*I - processar e julgar, originariamente:*

*a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”*

Sendo importante esclarecer que, apesar de estarmos diante de um Decreto (n.º 1.704/2018) que acrescentou dispositivos ao RICMS de Santa Catarina, **este Decreto não possui conotação meramente regulamentar, eis que constitui um ato normativo dotado de evidente autonomia. Sendo que, em tais situações (decreto autônomo), 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, ressalvando, apenas, 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)

De fato, no caso em concreto, para se demonstrar a autonomia do decreto ora impugnado, basta visualizar o **único dispositivo** previsto na Lei (SC) n.º 10.297/96 ("Lei Regulamentada") que trata a respeito da substituição tributária dos serviços de comunicação, *in verbis*:

*"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).*

Conforme dispositivo acima reproduzido, nota-se que a Lei (SC) n.º 10.297/96 apenas autorizou a instituição de substituição tributária nos serviços de comunicação, sem adentrar em nenhuma outra normatização a respeito da matéria.

**Todo o arcabouço jurídico a respeito da substituição tributária sobre os serviços de comunicação foi introduzido exclusivamente pelo Decreto ora impugnado, a exemplo da metodologia de cálculo da margem de valor agregado (que, como veremos, está resultando em uma MVA estratosférica), bem como seu direcionamento exclusivo aos contribuintes que não estão tributando corretamente os serviços prestados ou que possuem débito tributário em dívida ativa (o que, como veremos, constitui verdadeira via transversa de cobrança e, ao mesmo tempo, evidente afronta ao princípio da isonomia entre contribuintes).**



**O que demonstra que não estamos diante de um decreto meramente regulamentador, mas sim um decreto autônomo, que introduziu no arcabouço jurídico normas flagrantemente inconstitucionais.**

Portanto, além de comprovada a legitimidade para propositura da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, bem como seu cabimento, a Autora passará a expor os fundamentos jurídicos que demonstram a arguida inconstitucionalidade, bem como as razões para a procedência do pedido.

### **III - DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE EVIDENCIAM A INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO ESTADUAL (SC) 1.704/2018.**

#### **III.1 - DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. DA INSTITUIÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS, SEM CONVÊNIO ENTRE OS ESTADOS. DA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, INCISO II E ARTIGO 37, CAPUT; ARTIGO 150, INCISO I, ARTIGO 155, § 2º, XII, ALÍNEAS “B” E “G”, TODOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.**

Eminentes Ministros, é necessário registrar, *prima facie*, que o combatido Decreto Estadual (SC) nº 1.704/2018, editado pelo Governador do Estado de Santa Catarina, embora apresente *ares de legitimidade e legalidade*, **carrega consigo flagrante inconstitucionalidade formal.**

Afinal, o Estado de Santa Catarina está se valendo de expediente absolutamente inconstitucional e ilegal, notadamente quando busca, de forma proposital, utilizar a aparente legitimidade do referido Decreto como ferramenta para tutelar a incidência do ICMS-ST decorrente da prestação de serviço de comunicação em **operações interestaduais.**

Entretanto, **a realidade do texto constitucional indica, sem sombra de dúvidas, que tal situação (operações interestaduais) impõe a necessidade de se observar o regime de substituição tributária previsto em Lei Complementar e a prévia celebração de convênios entre os entes federados interessados, convênios estes, registre-se, que sequer existem no caso em evidência.**

Logo, seguindo a linha de fundamentação consignada ao longo desse tópico específico, **ficará evidente que a conduta do Estado de Santa Catarina contraria as normas contidas no artigo 5º, inciso II e artigo 37, caput; artigo 150, inciso I, artigo 155, § 2º, XII, alíneas “b” e “g”, todos da Constituição Federal.**

E mais, conforme seguirá demonstrado, o Decreto ora impugnado, travestindo-se de uma suposta e inexistente legalidade, está sendo utilizado pelo Estado de Santa Catarina como verdadeira via transversa de cobrança de tributos.

De toda sorte, faz-se necessário repisar o contexto jurídico que culminou com a edição do Decreto Estadual (SC) n.º 1.704/2018, bem como a demonstração da flagrante inconstitucionalidade perpetrada pelo Estado de Santa Catarina quando da aplicação da objurgada norma jurídica.

Pois bem!

Como é cediço, a possibilidade do ente federado, *in casu*, o Estado de Santa Catarina, instituir regime de substituição tributária em face de seus contribuintes, encontra-se previsão expressa no §7º, do artigo 150, da CR/88. Senão vejamos:

**“Art. 150. (omissis)**

**§ 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.”** – (Grifamos).

Adicionalmente, e já se referindo à espécie legislativa que incumbe dispor sobre o regime de substituição tributária no âmbito dos Entes Federados, a Constituição da República assim previu:

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

(...)

XII - **cabe à lei complementar:**

(...)

**b) dispor sobre substituição tributária.”** – (Grifamos)

Portanto, como resultado do mandamento constitucional *supra*, **exsurge a Lei Complementar 87/1996, coloquialmente chamada Lei Kandir**, que trata, exata e precisamente, do imposto devido em razão das operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e serviços de comunicação, ou seja, do ICMS.



E refletindo a previsão contida no artigo 155, XII, alínea b, da Constituição Federal, a Lei Complementar 87/1996 estabeleceu a possibilidade dos Entes Federados instituírem, no âmbito de sua legislação interna, o mencionado regime de substituição tributária, corriqueiramente chamado de ICMS-ST. Registra-se:

*“Art. 6º: Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.”*

Logo, não restam dúvidas que ao Ente Federado foi assegurado o direito de instituir, através de lei ordinária, o regime de substituição tributária em face de seus contribuintes, **sendo incontestável, todavia, que o artigo 6º da Lei Complementar 87/1996 refere-se, exclusivamente, a instituição de substituição tributária em face de operações internas.**

Isto porque, noutro vértice, 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).

É de bom alvitre destacar, Senhores Ministros, desde já, que a previsão contida no artigo 9º, da Lei Complementar 87/1996 encontra guarida no texto constitucional, notadamente no artigo 155, §2º, XII, alínea g, da Constituição Federal, **que traz à tona a necessidade de participação e deliberação dos Entes Federados acerca de isenções, incentivos e benefícios fiscais a serem concedidos ou eventualmente revogados.**

Cabe destacar que, não obstante a norma contida no ARTIGO 155, §2º, XII, alínea g, da Constituição Federal faça referência aos acordos entre os Estados sobre isenções, incentivos e benefícios fiscais, sabe-se que a regra também é aplicada para os demais acordos sobre fiscalização e arrecadação de tributos.

Neste sentido, como bem asseverou sabiamente o Ministro Luiz Fux, em seu voto condutor na ADI 4628/DF, ao citar a doutrina do Professor Luciano Amaro, fundamenta-se que os convênios têm também o papel normativo de criar acordos entre Entes da Federação **“com vistas à fiscalização ou arrecadação de tributos, à troca de informações de interesse fiscal etc., vale**

**dizer, as matérias previstas no Código Tributário Nacional, art. 7º, caput. Tais convênios compõem as chamadas ‘normas complementares’, a que se refere o art. 100, do Código (...)**”.

(Grifos nossos).

Assim, em continuidade com a linha de raciocínio anterior, cumprindo a exegese constitucional e infraconstitucional acima descrita, a Lei Estadual de Santa Catarina nº 10.297/1996 previu expressamente a possibilidade do referido Estado Catarinense dispor sobre o regime de substituição tributária, notadamente em razão das operações e serviços de comunicação ocorridas dentro do seu território. *In verbis*:

**“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; (...)** – (Grifamos)

Ademais, o Artigo 98 da Lei nº 10.297/1996 é conclusivo quanto a possibilidade de regulamentação normativa do ICMS, inclusive acerca do ICMS-ST devido pelas operações internas, mediante decreto editado pelo Governador do Estado. Veja:

**“Art. 98. Esta Lei será regulamentada por Decreto do Chefe do Poder Executivo.”** (Grifos nossos)

Logo, afigura-se evidente a possibilidade de instituição de um regime de substituição tributária ser implementado e regulamentado através de Decreto editado pelo chefe do Poder Executivo do Estado de Santa Catarina, **sendo certo que, em tal cenário, o regime de substituição tributária (ICMS-ST) tem aplicabilidade, única e exclusivamente, em face das operações internas.**

Porém, quanto a possibilidade de instituição do ICMS-ST relativamente às operações interestaduais, **o Artigo 37, da Lei 10.297/96 reiterou a necessidade de celebração de convênio entre outros Entes Federados.** Confira:

*“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;

(...)

§ 5º **Nos serviços de transporte e de comunicação, quando a prestação for efetuada por mais de uma empresa, a responsabilidade pelo pagamento do imposto poderá ser atribuída, nos termos de convênio celebrado com outras unidades da Federação, àquela que promover a cobrança integral do respectivo valor do usuário do serviço.** (Grifamos)

E mais, com inteligência ao artigo 155, XII, alínea g, da Constituição Federal, o artigo 99, da supracitada Lei, evidenciou a necessidade de homologação de convênios pela Casa Legislativa. *In verbis*:

**“Art. 99. Os convênios celebrados pelo Estado, na forma prevista na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição Federal, somente produzirão efeitos após homologados pela Assembléia Legislativa.**

*Parágrafo único. Considera-se homologado o convênio se a Assembléia Legislativa não o rejeitar expressamente no prazo previsto na legislação complementar para sua ratificação.*” (Grifamos).

Nesse sentido, já decidiu o próprio Supremo Tribunal Federal:

**“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 1.798/97; E ART. 8.º DO DECRETO N.º 9.115/98, DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 150, § 6.º; E 155, § 2.º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O primeiro ato normativo estadual, instituindo benefícios relativos ao ICMS sem a prévia e necessária celebração de convênio entre os Estados e o Distrito Federal, contraria os dispositivos constitucionais sob enfoque. Alegação de inconstitucionalidade igualmente plausível no tocante ao art. 8.º do Decreto n.º 9.115/98, que, extrapolando a regulamentação da mencionada lei, fixa, de forma autônoma, incentivos fiscais sem observância das mencionadas normas da Carta da República. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade das normas em questão.**” (ADI 2439, Relator(a):



Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2002, DJ 21-02-2003  
PP-00029 EMENT VOL-02099-01 PP-00192)

Portanto, **não restam dúvidas que a competência legislativa atribuída aos Entes Federados, especificamente no que tange a instituição do ICMS-ST, refere-se exclusivamente as operações internas, sendo necessário, pois, a celebração de convênios entre os Entes Federados interessados na instituição do ICMS-ST decorrente das operações interestaduais.**

Entretanto, justamente por exceder a competência legislativa é que exsurge o vício formal do Decreto Estadual (SC) n.º 1.704/2018, editado pelo Governador do Estado de Santa Catarina, pois, conforme será demonstrado a seguir, **a verdade é o que o Réu está utilizando o referido Decreto como subterfúgio para instituir a substituição tributária em face de seus contribuintes prestadores de serviços de comunicação que realizam operações interestaduais.**

Ou seja, o Estado de Santa Catarina está se utilizando de uma ferramenta jurídica flagrantemente inconstitucional e ilegal, **sobretudo porque a instituição do ICMS-ST em face dos contribuintes catarinense que prestam serviços de comunicação e que realizam operações interestaduais, exige, obrigatoriamente, a celebração de convênio entre os Entes Federados em que ocorrem tais operações.**

E, assim, ao agir de forma contrário aos ordenamentos originários contidos no artigo 155, XII, alíneas “b” e “g”, da Constituição Federal, **o Réu extrapolou os seus limites Constitucionais na criação de um novo regime de tributação.**

Ademais, não restam dúvidas, também, que a utilização do contestado Decreto Estadual (SC) n.º 1.704/2018 para fins de instituição e regulação do regime de substituição tributária sem o adequado instrumento normativo, **representa notória violação ao texto Constitucional aos artigos 5º, inciso II e artigo 37, caput; bem como artigo 150, inciso I,** que assim prelecionam:

*“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 termos seguintes:*

(...) II - **ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.**

“Art. 37. **A administração pública direta e indireta** de qualquer dos Poderes da União, **dos Estados**, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá aos princípios de legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)”

“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;**” (Grifamos).

Ante a inobservância dos mandamentos constitucionais acima enunciados, não restam dúvidas que os contribuintes, associados da ABRINT e que se sujeitam as operações interestaduais perante o Estado de Santa Catarina, estão sendo tolhidos da garantia constitucional da reserva legal para criar obrigações tributárias.

Frise-se, Ilustres Ministros, que existem **provas contundentes** que apontam para o aludido subterfúgio que está sendo utilizado pelo Estado de Santa Catarina, mormente quando se verifica, pasme, que o referido Ente busca enquadrar os contribuintes sediados no mesmo Estado como substituídos tributário, sendo certo que nem mesmo o suposto “substituto tributário” tem conhecimento de tal peripécia.

É o caso, por amostragem, da intimação recebida pela **Empresa Catarinense de Tecnologia Em Telecomunicações Ltda. (Anexo 07)**, 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. Veja:



ESTADO DE SANTA CATARINA  
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA  
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

INTIMAÇÃO Nº  
DATA DE EMISSÃO  
ORDEM DE SERVIÇO Nº

187020009811  
01/11/2018  
1860000025076

### INTIMAÇÃO

#### IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO

Nome Empresarial/Nome EMPRESA CATARINENSE DE TECNOLOGIA EM TELECOMUNICACOES LTDA	CNPJ/CPF 08.519.692/0001-90	Inscrição Estadual 25.545.505-4
Endereço AVENIDA ACIONI SOUZA FILHO 925 TERREO E 2 PISO FUNDOS CATI PRAIA COMPRIDA SÃO JOSÉ - SC CEP:88103-790 Telefone:(48) 3035-8894		

#### DESCRIÇÃO

Nesta data, nos termos do RICMS/SC, anexo 6, artigo 94-D, § 3º, intimo o responsável pelo estabelecimento acima indicado para, no prazo de cinco dias úteis, a contar da data do ciente desta Intimação, apresentar, na sede da 1ª Gerência Regional da Fazenda Estadual, sito na Vila Tenente Sapucaia, nº 126, Centro, em Florianópolis, suas contestações em relação aos motivos determinantes para seu enquadramento como substituído tributário e ao cálculo da margem de valor agregado, conforme demonstrado no anexo a esta Intimação.

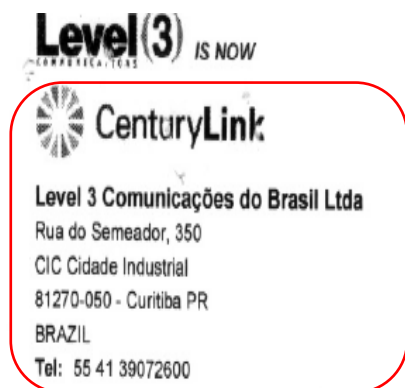


Na referida intimação (**Anexo 07**), ao demonstrar o cálculo de uma absurda e confiscatória “Margem de Valor Agregado – MVA”, a qual será oportunamente desconstituída, **o Estado de Santa Catarina elencou e quantificou a média de serviços de comunicação que a Empresa Catarinense de Tecnologia em Telecomunicações Ltda. (substituída tributária) teria contratado junto aos seus fornecedores (substitutos tributários), sendo certo que alguns deles estão sediados em outros Estados da Federação.** Confira:

Período	Fornecedor	CNPJ Fornecedor	Nota Fiscal			Valor Total Mensal R\$
			Data	Série/nº	Valor R\$	
jul/17	Commcorp Comunicações Ltda	06.108.742/0002-00	14/07/2017	USC/972	4.955,70	78.473,24
	Telecomunicações Brasileiras s/A	00.336.701/0025-73	18/07/2017	U/133	20.000,08	
	Level 3 Comunicações do Brasil Ltda	72.843.212/0005-75	03/07/2017	B1/101	18.000,00	
	Telefônica Brasil S/A	02.558.157/0013-04	01/07/2017	UK/230	35.517,46	
ago/17	Level 3 Comunicações do Brasil Ltda	72.843.212/0005-75	02/08/2017	B1/50	18.000,00	53.517,46
	Telefônica Brasil S/A	02.558.157/0013-04	01/08/2017	UK/257	35.517,46	
set/17	Commcorp Comunicações Ltda	06.108.742/0002-00	18/09/2017	USC/1031	4.955,70	84.924,78
	Level 3 Comunicações do Brasil Ltda	72.843.212/0005-75	22/09/2017	B1/192	44.451,62	
	Telefônica Brasil S/A	02.558.157/0013-04	01/09/2017	UK/580	35.517,46	
out/17	Telefônica Brasil S/A	02.558.157/0013-04	01/10/2017	UK/35231	35.517,46	40.473,16
	Commcorp Comunicações Ltda	06.108.742/0002-00	16/10/2017	USC/1059	4.955,70	
nov/17	Telefônica Brasil S/A	02.558.157/0013-04	01/11/2017	UK/301	35.517,46	68.473,16
	Commcorp Comunicações Ltda	06.108.742/0002-00	30/11/2017	USC/1095	4.955,70	
	Level 3 Comunicações do Brasil Ltda	72.843.212/0005-75	01/10/2017	B1/7	28.000,00	
dez/17	Telefônica Brasil S/A	02.558.157/0013-04	01/12/2017	UK/330	35.917,84	96.873,54
	Commcorp Comunicações Ltda	06.108.742/0002-00	22/12/2017	USC/1133	4.955,70	
	Level 3 Comunicações do Brasil Ltda	72.843.212/0005-75	01/11/2017	B1/15	28.000,00	
	Level 3 Comunicações do Brasil Ltda	72.843.212/0005-75	01/12/2017	B1/149	28.000,00	

É o caso, por exemplo, do fornecedor denominado **Level 3 Comunicações do Brasil Ltda**, empresa prestadora de serviços de comunicação, **sediada no Estado do Paraná (filial) e São Paulo (Matriz)**, e que foi considerada pelo Estado de Santa Catarina como fornecedora de serviços de comunicação para a Empresa Catarinense de Tecnologia em Telecomunicações Ltda. (enquadrada pelo Estado de Santa Catarina como “substituído tributário”);

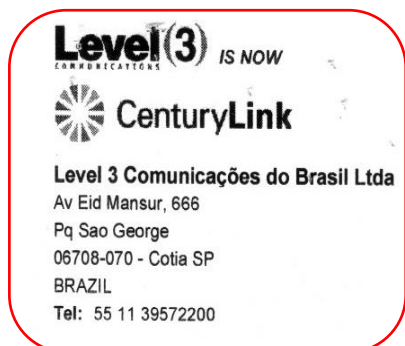
Nesse sentido, vejamos exemplos de Notas Fiscais emitida pela Level 3, conforme **Anexo 08**, que demonstram estarmos diante de **operações interestaduais**:



Página 1 de 2

**Fatura Unificada**

Fatura Unificada Nº	367642
Data de Emissão	01/03/2018
CNPJ/CPF	72.843.212/0005-75
Inscrição Estadual	901.705.682.1
Número do Cliente	5-SGLH9CKS
Total a Pagar	28.000,00
Data de Vencimento	15/04/2018



Página 1 de 2

**Fatura Unificada**

Fatura Unificada Nº	334480
Data de Emissão	09/01/2018
CNPJ/CPF	72.843.212/0001-41
Inscrição Estadual	278.130.837.119
Número do Cliente	5-SRGK1CCK
Total a Pagar	19.548,38
Data de Vencimento	08/02/2018

Sendo assim, e considerando que, conforme **Anexo 07**, o Estado de Santa Catarina está aplicando a substituição tributária em operações envolvendo o fornecedor “Level 3” (substituto tributário); e considerando que este fornecedor (Level 3) está sediado no Paraná e em São Paulo (conforme notas fiscais – **Anexo 08**), **é evidente que o Estado Réu está aplicando o referido Decreto Estadual (SC) n.º 1.704/2018 para instituir substituição tributária inclusive em operações interestaduais.**

Contudo, como já esclarecido à sociedade, é obrigatória a celebração de convênios no âmbito do CONFAZ para criar obrigação tributária de recolhimento antecipado de contribuintes localizados em outro Estado da Federação. **O que não foi cumprido e observado pelo Estado de Santa Catarina.**

*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.

Inclusive, **é oportuna a conclusão de que as inconstitucionalidades provenientes do vergastado Decreto acabam por ameaçar a própria estabilidade do pacto federativo e a soberania dos Entes Federados, ex vi do artigo 1º e artigo 18, ambos da Constituição Federal.**

Ademais, **vale dizer que não há, no âmbito do CONFAZ, qualquer protocolo ou convênio celebrado entre qualquer ente federado dando conta da instituição de um eventual regime de ICMS-ST em face de serviços de comunicação.**

Inclusive, de modo a comprovar a afirmativa de que não existem convênios tratando de substituição tributária no âmbito do CONFAZ, **especificamente acerca da prestação dos serviços de comunicação**, vejamos abaixo os segmentos da economia que podem, ao menos em tese, submeter-se ao regime de substituição tributária, conforme disposto no Anexo I do Convênio ICMS 92/20115 (**Anexo 09**), cujo escopo é “estabelecer a sistemática de uniformização e identificação das mercadorias e bens passíveis de sujeição aos regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do ICMS com o encerramento de tributação, relativos às operações subsequentes.”. Confira:

*“01. Autopeças; 02. Bebidas alcoólicas, exceto cerveja e chope; 03. Cervejas, chopes, refrigerantes, águas e outras bebidas; 04. Cigarros e outros produtos derivados do fumo; 05. Cimentos; 06. Combustíveis e lubrificantes; 07. Energia elétrica; 08. Ferramentas; 09. Lâmpadas, reatores e “starter”; 10. Materiais de construção e congêneres; 11. Materiais de limpeza; 12. Materiais elétricos; 13. Medicamentos de uso humano e outros produtos farmacêuticos para uso humano ou veterinário; 14. Papéis, plásticos, produtos cerâmicos e vidros; 15. REVOGADO; 16. Pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha; 17. Produtos alimentícios; 18. REVOGADO; 19. Produtos de papelaria; 20. Produtos de perfumaria e de higiene pessoal e cosméticos; 21. Produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos; 22. Rações para animais domésticos; 23. Sorvetes e preparados para fabricação de sorvetes em máquinas; 24. Tintas e vernizes; 25. Veículos automotores; 26. Veículos de duas e três rodas motorizados; 27. REVOGADO e 28. Venda de mercadorias pelo sistema porta a porta.”*

Como visto, **não há o que se cogitar, no atual contexto normativo, na existência de um regime de substituição tributária aplicável as prestações de serviços de comunicação interestadual.**



É notória, portanto, a impossibilidade do Estado de Santa Catarina utilizar-se de uma suposta legitimidade do ato ora impugnado para, noutra banda, estender a sua eficácia às operações de prestação de serviços de comunicação interestaduais.

Ademais, em complementariedade ao rompimento da norma constitucional acima indicada, vale destacar a norma contida no artigo 2º, da Lei Complementar 24/1975<sup>1</sup>, que assim prescreve:

**“Art. 2º - Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal.” – (G.n.)**

Sobre o tema trazido à baila, vale transcrever trecho da ementa proveniente da ADI nº 2663 (Anexo 10), da relatoria do Eminentíssimo Ministro Luiz Fux, que evidenciou que **“o pacto federativo reclama, para a preservação do equilíbrio horizontal na tributação, a prévia deliberação dos Estados-membros para a concessão de benefícios fiscais relativamente ao ICMS, na forma prevista no art. 155, § 2º, XII, ‘g’, da Constituição e como disciplinado pela Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela atual ordem constitucional”**

Logo, é incontestável que os efeitos decorrentes do referido ato estão sendo propositalmente utilizados para contornar a exigência legal do Estado de Santa Catarina em celebrar acordos com outros Estados federados, mormente em casos que os serviços de comunicação prestados pelos associados da Autora evidenciem a ocorrência de operações interestaduais.

À vista do exposto, embora seja indubitosa a legitimidade do Estado de Santa Catarina em instituir um regime de substituição tributária em face da prestação de serviços de comunicação ocorridos exclusivamente em seu território, **não restam dúvidas que o mencionado dispositivo revela-se absolutamente inconstitucional, eis que está sendo destinado a casos em que a prestação dos serviços de comunicação decorrem de operações interestaduais.**

<sup>1</sup> Lei Complementar 24/1975: “Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências.”



**III.2 – DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL/MATERIAL. DA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 150, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE, NOVENTENA, DA RAZOABILIDADE, DA NÃO SURPRESA E DA SEGURANÇA JURÍDICA.**

Ínclitos Ministros, nada obstante as já demonstradas violações ao texto da Constituição da República, devidamente elucidadas no tópico antecedente, é imperioso registrar, com a devida atenção, que o pretense regime de substituição tributária nas prestações de serviços de comunicação, instituído pelo Estado de Santa Catarina através do Decreto Estadual (SC) n.º 1.704/2018, **consubstancia-se como verdadeira inovação legislativa.**

Em outras palavras Ilustres Julgadores, até a publicação do Decreto Estadual (SC) n.º 1.704/2018, ocorrida em 23.08.2018, **não existia qualquer previsão jurídica de que o objurgado regime de substituição tributária seria oponível a qualquer dos contribuintes prestadores de serviços de comunicação sediados no Estado de Santa Catarina.**

Inclusive, como bem se observa do contestado texto normativo que é objeto da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, não restam dúvidas que o Capítulo XI, Título II, Anexo 06 do RICMS de Santa Catarina foi acrescido da Seção IV, cujo conteúdo trata, exata e precisamente, do *novel* **“regime de substituição tributária nas prestações de serviços de comunicação para execução de serviços de mesma natureza”.**

E de modo a evidenciar o notório vício formal/material estabelecido no Decreto Estadual (SC) n.º 1.704/2018, vejamos a dicção do Art. 2º do objurgado decreto, cuja publicação, repisa-se, ocorreu no dia **23.08.2018 (anexo 05)**. *In verbis*:

**“Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.”** – (G.n.)

Com as mais respeitosas *venias*, em que pese a imprestabilidade do ato impugnado, o comando normativo *supra* viola, a não mais poder, o Art. 150, III da Constituição da República, que assim preleciona:

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

(...)

**III - cobrar tributos:**



- a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;  
 b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;  
 c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b”.  
 (Grifamos).

E não nos olvidemos, Ilustre Ministros, que o exemplo retratado no presente petítório, o qual se refere a absurda intimação encaminhada pelo Estado de Santa Catarina à Empresa Catarinense de Tecnologia Em Telecomunicações Ltda (**Anexo 07**), não poderia ser mais contundente para demonstrar, como exemplo prático, as inconstitucionalidades cometidas pelo estado catarinense.

Afinal, é incontestável que a intimação em comento demonstra, *ictu oculi*, **a vil tentativa do Estado de Santa Catarina em impor os efeitos jurídicos do contestado Decreto em relação a fatos geradores anteriores a sua própria publicação, o que contraria, à toda evidência, o Art. 150, III, alínea a, da Constituição da República.**

Na mesma senda, é de registrar que a ardilosa artimanha empreendida pelo Estado de Santa Catarina viola, na mesma medida, as alíneas b e c, do inciso III, do artigo 150 da CF/88, **notadamente quando atropela, respectivamente, os princípios da anualidade e da anterioridade nonagesimal.**

Vejam Cultos Ministros, que muito embora o referido Decreto tenha sido publicado em 23.08.2018, a verdade é que o Estado de Santa Catarina intimou a referida associada, em 01.11.2018, para enquadrá-la como substituída, **tendo levado em consideração operações ocorridas em meses anteriores à própria publicação do Decreto 1.704/2018.** Confira:



ESTADO DE SANTA CATARINA  
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA  
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

INTIMAÇÃO Nº  
DATA DE EMISSÃO  
ORDEM DE SERVIÇO Nº

187020009811  
01/11/2018  
1860000025076

### INTIMAÇÃO

#### IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO

Nome Empresarial/Nome EMPRESA CATARINENSE DE TECNOLOGIA EM TELECOMUNICACOES LTDA	CNPJ/CPF 08.519.692/0001-90	Inscrição Estadual 25.545.505-4
Endereço AVENIDA ACIONI SOUZA FILHO 925 TERREO E 2 PISO FUNDOS CATI PRAIA COMPRIDA SÃO JOSÉ - SC CEP:88103-790 Telefone:(48) 3035-8894		

#### DESCRIÇÃO

Nesta data, nos termos do RICMS/SC, anexo 6, artigo 94-D, § 3º, intimo o responsável pelo estabelecimento acima indicado para, no prazo de cinco dias úteis, a contar da data do cliente desta Intimação, apresentar, na sede da 1ª Gerência Regional da Fazenda Estadual, sito na Vila Tenente Sapucaia, nº 126, Centro, em Florianópolis, suas contestações em relação aos motivos determinantes para seu enquadramento como substituído tributário e ao cálculo da margem de valor agregado, conforme demonstrado no anexo a esta Intimação.

E como se não bastasse a evidente afronta ao princípio da anterioridade nonagesimal, o Estado de Santa Catarina mencionou, de maneira expressa, que o período utilizado para o cálculo da Margem de Valor Agregado seria compreendido entre julho de 2017 e junho de 2018, muito embora, a substituição tributária em face de contribuintes prestadores de serviços de comunicação sediados no Estado de Santa Catarina tenha sido instituída pelo combatido decreto, cuja publicação ocorreu apenas em 23.08.2018. Veja (**Anexo 07**):

- 2) **Cálculo da margem de valor agregado (RICMS/SC – Anexo 6, art. 94-D, §§ 1º e 2º)**
  - a) **Período considerado: julho de 2017 a junho de 2018;**
  - b) Média das prestações de serviços de comunicação realizadas no período considerado:

E neste sentido, não restam dúvidas que a criação do famigerado regime de substituição tributária corresponde instituição de uma nova obrigação tributária (antecipação no pagamento do ICMS), **razão pela qual a observância ao artigo 150, III, alíneas a, b e c, da Constituição da República é medida obrigatória.**

Inclusive, ao debruçar-se sobre o tema em deslinde, especificamente em casos de instituição de um regime de **substituição tributária progressiva, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a inconstitucionalidade ora arguida, inclusive em sede de controle concentrado, senão vejamos o brilhante aresto da lavra do Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio**, a saber:

**“IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA – MERCADORIAS EM ESTOQUE – INOVAÇÃO ONEROSA – PRINCÍPIOS DA ANTERIORIDADE E IRRETROATIVIDADE – OBSERVÂNCIA – PRECEDENTES. Promovido aumento indireto do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS por meio da inovação quanto a mercadorias no regime de substituição tributária, alcançadas aquelas em estoque, surge o dever de observância aos princípios da irretroatividade e da anterioridade, geral e nonagesimal, constantes das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso III do artigo 150 da Carta. Precedente – Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.325/DF, de minha relatoria,**



**julgada em 23 de setembro de 2004.**” - (RE 457792 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 09-12-2015 PUBLIC 10-12-2015) – (Grifamos)

No mesmo sentido, vejamos o precedente da lavra do Eminentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. **SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ALTERAÇÃO DO PRAZO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NOVENTENA, POR ANALOGIA, TENDO EM CONTA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA NÃO SUPRESA E DA SEGURANÇA JURÍDICA.** FUNDAMENTOS NÃO ATACADOS. MÉTODOS DE INTEGRAÇÃO DA NORMA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. I - **Aplicação analógica do disposto no art. 150, III, c, da CF, para assegurar ao contribuinte do ICMS o direito à observância do princípio da noventena em relação a decretos estaduais que implementaram o sistema de recolhimento do tributo por substituição tributária, mas não previram prazo razoável de adaptação em favor das substituídas, e afastar a consequente violação aos princípios da razoabilidade, da não surpresa e da segurança jurídica.** (...) III - *Suposta violação aos princípios da razoabilidade e da segurança jurídica. Matéria não impugnada no recurso extraordinário. Fundamento autônomo e suficiente à manutenção do julgado. Incidência da Súmula 283/STF. Precedente: RE 677.142/MG, Rel. Min. Teori Zavascki.* IV - *Agravo regimental a que se nega provimento.*” (ARE 713196 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014) – (Grifamos)

Em arremate, cumpre reproduzir o trecho da elucidativa decisão monocrática da lavra do saudoso Ministro Teori Zavascki, proferida no bojo do RE 677142/MG, e que demonstra a proeminência e relevância dos princípios da razoabilidade, segurança jurídica e a não-surpresa.

*In verbis:*



“A peça recursal busca reverter o julgado partindo da premissa de que o único e exclusivo fundamento para a concessão da ordem foi a disposição do art. 150, III, c, da CF. Nessa perspectiva, esmerila os elementos dessa norma, concluindo que o princípio da anterioridade nonagesimal não se aplica a decreto estadual que regulamenta a sistemática de incidência do ICMS em substituição tributária. **Todavia, essa regra foi utilizada apenas para resolver uma questão prática decorrente da aplicação dos fundamentos verdadeiramente centrais tanto da sentença como do acórdão: os princípios da razoabilidade e da segurança jurídica.** Em nenhum momento, o acórdão diz que a situação é regradada diretamente pela regra constitucional em tela – aliás, até nega isso abertamente (fl. 368). Entende, sim, que (a) **é completamente irrazoável o prazo para a impetrante se adaptar às profundas modificações operadas pelo Decreto 45.138/2009;** (b) **em nome da segurança jurídica,** deve-se conceder tempo mais dilatado do que meros 8 (oito) dias. Apenas para definir um parâmetro, invocou-se o art. 150, III, c, da CF. Portanto, restando inatacados fundamentos suficientes para manter, por si sós, o julgado, não merece ser conhecido o presente apelo.” – (Grifamos)

Na linha de entendimento dos julgados acima, como bem sabe, o regime de substituição tributária imposto pelo Estado de Santa Catarina afigura como uma antecipação de recolhimento do ICMS, antes mesmo da nova operação por parte da substituída, e tal fato acarreta em elevado ônus para as empresas e disponibilidade de dinheiro em caixa antes mesmo de receber de seus clientes pela prestação de serviço de comunicação.

*Data maxima venia, **não restam dúvidas que o combatido Decreto 1.704/2018 afronta o artigo 150, III, alíneas a, b e c, da Constituição Federal, sobretudo porque, como já demonstrado pela Autora, os seus efeitos deixaram de observar o princípio da anterioridade nonagesimal, haja vista a dicção do artigo 2º, do referido Decreto.***

E a reboque da inobservância da anterioridade nonagesimal, também restou demonstrado que o Decreto Estadual (SC) n.º 1.704/2018, é afrontoso ao princípio da irretroatividade da lei tributária, revelando-se, por conseguinte, atentatório aos princípios da razoabilidade, segurança jurídica e a não-surpresa.



Eis, portanto, os fundamentos jurídicos que apontam para a flagrante inobservância das limitações ao poder de tributar que incorreu o Estado de Santa Catarina ao editar o objurado Decreto Estadual (SC) nº 1.704/2018, razão pela qual a declaração de sua completa inconstitucionalidade é medida que se impõe.

**III.3 – DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, DA INÉDITA E ESTRATOSFÉRICA MARGEM DE VALOR AGREGADO APLICADA PELO RÉU COM BASE NO DECRETO ESTADUAL (SC) N.º 1.704/2018. DO NÍTIDO PROPÓSITO CONFISCATÓRIO. DA OFENSA AO ART. 150, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E VEDAÇÃO AO TRIBUTO COM EFEITO DE CONFISCO.**

Eméritos Ministros, muito além das inconstitucionalidades supra indicadas, é necessário demonstrar o flagrante e teratológico vício material contido no Decreto Estadual (SC) n.º 1.704/2018, ao introduzir o artigo 94-D do RICMS/SC, **o qual descreve um 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.**

É que, segundo se depreende da leitura do *novel* §1º do Art. 94-D RICMS, **o Estado de Santa Catarina pretende estabelecer, em evidente violação ao princípio da capacidade contributiva, uma Margem de Valor Agregado totalmente incompatível com a realidade das empresas prestadoras de serviços de comunicação (telecomunicações).**

E além da ofensa ao **princípio da capacidade contributiva** acima enunciada, salta aos olhos a notória violação ao Art. 150, IV da CF/1988, que institui como uma das limitações ao poder de tributar, o **princípio do não confisco**, sendo certo afirmar, *data maxima venia*, que ambas violações estão presentes no contestado Decreto Estadual (SCM) 1.704/2018.

Isto porque, além de estabelecer que a confiscatória MVA será calculada pela média de 12 (doze) meses da diferença entre as prestações de serviços realizadas e contratadas pelo contribuinte substituído, **o Estado Requerido busca, em verdade, presumir uma irrazoável e ignóbil Margem de Valor Agregado.**

Ora Excelência, nada obstante as intensas discussões doutrinárias acerca do instituto jurídico da substituição tributária *progressiva*, a qual inclusive foi reconhecida constitucional por este Pretório Excelso, **é fato inconteste que a sua instituição, no ponto de vista normativo,**



**deve necessariamente observar e respeitar o princípio da capacidade contributiva que é assegurado ao contribuinte no §1º do Art. 145 da Constituição Federal, sob pena de, não o fazendo, incorrer em evidente propósito confiscatório, o que é vedado nos termos do Art. 150, IV do texto Constitucional.**

**E no caso em testilha, é de se registrar, *permissa venia*, que a Autora tomou conhecimento da tentativa do fisco catarinense em impor, em face da Empresa Catarinense de Tecnologia Em Telecomunicações Ltda., a absurda Margem de Valor Agregado com percentual de 758,49%, conforme Anexo 07.** Confira:

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!**

E é justamente diante desta MVA absurda estipulada pelo Estado Réu é que exsurge a violação ao texto constitucional acima indicada. *In verbis*:

**“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) § 1º *Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.*”**

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

(...) **IV - utilizar tributo com efeito de confisco;**” - (Grifamos)

Conforme estabelece o referido Decreto Estadual (SCM) n.º 1.704/2018, para o cálculo da margem de valor agregado, **está sendo considerado pelo Fisco tão somente o custo com a contratação de outros serviços de telecomunicações. Ou seja, o cálculo da MVA é a diferença entre os serviços de comunicação prestados e os serviços contratados pelo contribuinte.** Confira:

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

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

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

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

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

(Grifos nossos).

Em suma Excelências, conforme dispositivo acima, o único custo considerado pelo Estado de Santa Catarina, no cômputo da margem de valor agregado, é o custo com a contratação de outros serviços de telecomunicações.

**A verdade é 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 aludidos serviços.**

**E mais, 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.**

Em outras palavras, Eminentes Ministros, o Estado de Santa Catarina está desprezando o fato de que, para prestar e manter os serviços de comunicação e os serviços de acesso à internet, **os associados da Autora são obrigados a realizar vultuosos investimentos em suas respectivas infraestruturas de telecomunicações, e mais, são obrigados a manter uma vasta equipe de instalação, suporte, manutenção e atendimento aos clientes, pois os serviços de internet são serviços prestados de forma ininterrupta (ou seja, 24 horas por dia, 07 dias por semana).**

Ora, quanto contrassenso! **É evidente que o sinal de internet não é enviado para a residência/sede de cada cliente, em um passe de MÁGICA!**

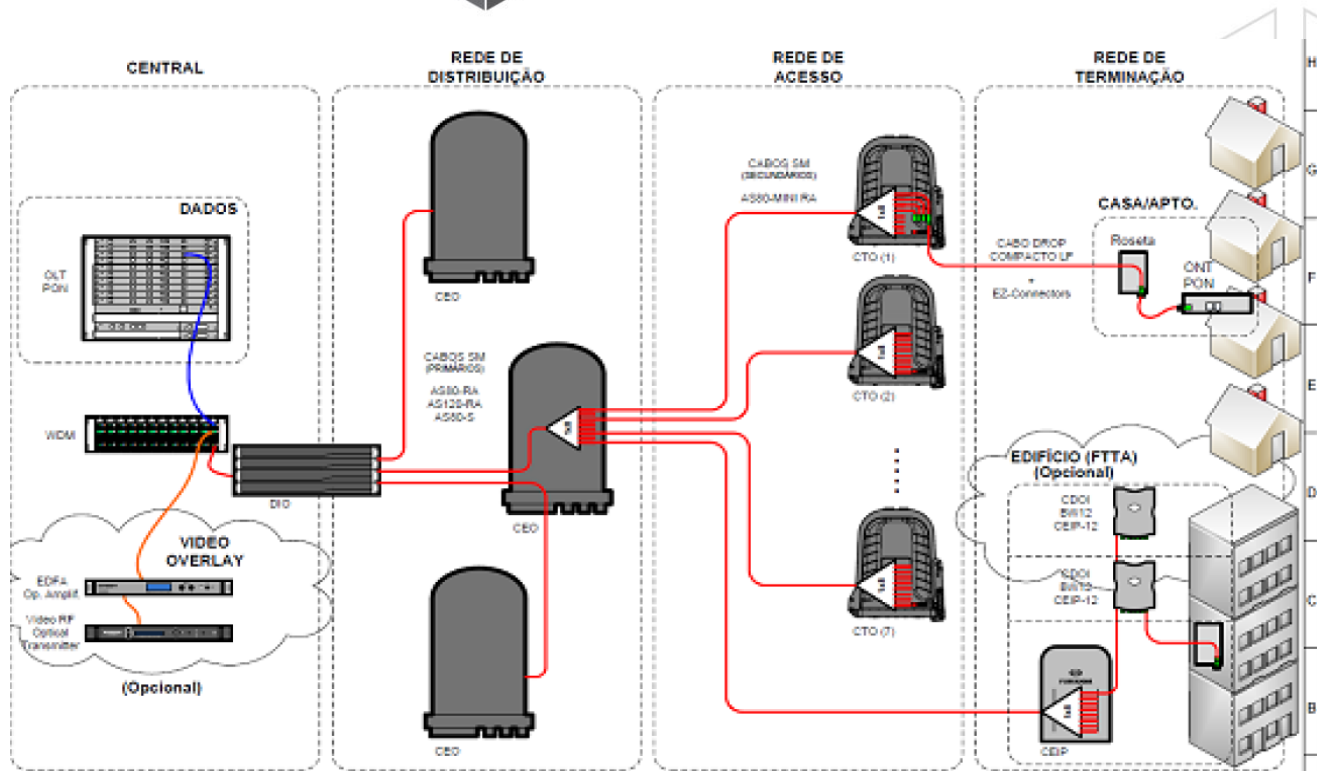
Repisa-se: **para que o sinal de internet alcance a residência/sede de cada cliente (assinante), obviamente, são imprescindíveis investimentos elevados em infraestrutura de telecomunicações. E são fundamentais custos de manutenção desta infraestrutura e atendimento ao cliente.**

Logo, o critério adotado pelo Estado de Santa Catarina para o cálculo da margem de valor agregado é completamente equivocado. O Estado Réu está equiparando um serviço de telecomunicações com uma mercadoria qualquer sujeita à substituição tributária, a exemplo de um refrigerante.

Ocorre que o mesmo critério adotado em relação a um refrigerante (**Cálculo da MVA = receita obtida com a venda do refrigerante, deduzido o custo com a aquisição do mesmo refrigerante**), **não pode ser aplicado em um serviço de telecomunicações, pois os serviços de comunicação contratados com terceiros não constituem o único insumo para a prestação dos serviços de telecomunicações aos usuários finais.**

É evidente que as empresas de telecomunicações, tal como os associados da Autora, **demandam inúmeros outros insumos e investimentos, além de custos de manutenção mensal, para que o serviço de internet e telecomunicações seja efetivamente prestado. Esta é a essência de toda e qualquer prestadora de serviços de telecomunicações.**

Veja, apenas a título de contextualização, um diagrama com uma infraestrutura de telecomunicações em **FIBRA ÓPTICA**, no intuito de se demonstrar os elevados investimentos suportados por uma empresa de telecomunicações e internet:



Com isso, é totalmente surreal a pretensão adotada pelo estado Catarinense em simplesmente desprezar todos os outros custos incorridos e verdadeiramente indispensáveis para a prestação dos serviços prestados pelas empresas de telecomunicações.

Reitera-se, Ilustre Ministros, que quando da intimação encaminhada para a Empresa Catarinense de Tecnologia em Telecomunicações Ltda. (**Anexo 07**), **o que se viu foi uma surreal e totalmente equivocada Margem de Valor Agregado, estipulada no percentual de 758,49%**. Vejamos novamente:

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

$$MVA = (MMP/MMC - 1) \times 100$$

$$MVA = (589.509,58/68.668,16 - 1) \times 100$$

→  $MVA = 758,4904\%$

$$FM = MMP/MMC$$

$$FM = 589.509,58/68.668,16$$

$$FM = 8,5849$$

Ora, em hipótese alguma a referida associada (Empresa Catarinense de Tecnologia em Telecomunicações Ltda.), ou qualquer outra empresa de telecomunicações em qualquer localidade do território brasileiro ou mundial, **cogitaria obter um lucro mensal (MVA) de 758,49%.**

**Trata-se de uma estipulação sem qualquer nexo com a realidade. E, como colocado acima, trata-se de uma estipulação que não observa o contexto específico do mercado de telecomunicações, eis que este não possui como único insumo os serviços de comunicação contratados de terceiros.**

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.

Sublinhe-se, com a devida atenção, o paradigmático julgamento realizado por este Pretório Excelso, no bojo do RE 213.396/SP (**Anexo 10**), da lavra do Ministro Ilmar Galvão, que ao citar as lições de Marco Aurélio Greco, **consignou que a instituição do regime de substituição tributária, a par de sua constitucionalidade, não pode ser aleatória e arbitrária, devendo, necessariamente, respeitar a sua real necessidade, adequação proporcionalidade.** Vejamos:

**“De qualquer modo, sublinhe-se que a criação do modelo de antecipação e a escolha, pelo legislador, da fase preliminar não pode ser aleatória nem arbitrária; a escolha só pode recair em eventos que apresentem, no plano fático, algum tipo de vinculação com o fato tributável a ocorrer posteriormente, e em determinado grau que permita prover, com razoável certeza, sua ocorrência (elemento adequação) e na sua dimensão então prevista (elemento proporcionalidade ou proibição do excesso). Ou seja, como a relação é entre fase preliminar (momento da antecipação) e a fase final (fato tributável) e como aquela deve se apresentar (para ser preliminar) como uma etapa, ou um meio para a obtenção da fase**





*final (fato tributável) pode-se buscar, para analisar o tema no plano dos fatos, **o mesmo conjunto de critérios que a Teoria Geral apresenta em se tratando da verificação da compatibilidade entre meios e fins e que também pode ser aplicado ao exame no plano da validade das normas. Este conjunto é formado no pela reunião de três conceitos, singelamente designados de necessidade, adequação e proporcionalidade (ou proibição do excesso).** Se bem examinarmos o tema da antecipação com substituição e esta formulação teórica, veremos que a **essência desses três critérios podem ser aplicada à figura [...]**”*

Em outras palavras Excelências, **este Pretório Excelso entendeu que legitimidade e constitucionalidade do regime de substituição tributária deve, obrigatoriamente, atender os requisitos da necessidade, adequação e proporcionalidade, tendo consignado, ainda, a obrigatória proporcionalidade da base de cálculo a ser aplicada.** Senão vejamos precioso trecho do citado Acórdão:

*“O terceiro é o conceito de proporcionalidade ou proibição do excesso, segundo o qual a dimensão pecuniária imposto no momento da antecipação deve ser proporcional à dimensão final que resultaria da ocorrência do fato tributável. Daí, em certas legislações, estarem previstos levantamentos, pesquisas de mercado etc. como instrumentos para esta aferição que permita manter a proporcionalidade. E a proibição do excesso corresponde à cláusula explícita da devolução do valor recebido a maior.” – (G.n.)*

Não restam dúvidas, Ilustres Ministros, que a instituição de substituição tributária, cuja instrumentalização perpassa pela adoção de uma estratosférica e aviltante Margem de Valor Agregado, não pode, tal como ocorre *in casu*, ser utilizada como nítido propósito confiscatório. **E acerca do confisco, seu retrato é evidente, haja vista a excessiva e ignóbil Margem de Valor Agregado – MVA.**

Sem embargo, é necessário registrar que diante de inúmeros exemplos de percentuais de Margem de Valor Agregado aplicável a diversas mercadorias, **não se tem notícia, Excelências, de um percentual tão elevado quanto aquele que fora proposto pelo Estado Requerido.**

Inclusive, vale registrar que o próprio Estado de Santa Catarina, **ao longo do Capítulo VI - Anexo 03, de seu Regulamento do ICMS**, elencou as operações e prestações subsequentes que se sujeitam ao regime de substituição tributária, tendo indicado, na mesma assentada, a Margem de Valor Agregado – MVA correspondente as respectivas operações.

E no que se refere aos percentuais de MVA indicados pelo Estado de Santa Catarina, **a verdade é que não se tem notícia, Ilustres Ministros, de nenhum percentual minimamente próximo à absurda MVA de 758,49% que fora imposta pelo Ente Requerido.**

Nesse sentido, importa registrar, v.g, que nas **operações com cimento**, o **MVA-ST original corresponde à 20% (vinte por cento)**, conforme indica o Art. 46, §1º inciso I, do Capítulo VI, Anexo 03, do Regulamento do ICMS-SC.

Já com relação a determinada **categoria de veículos automotores**, e com relação ao mesmo Capítulo VI, Anexo 03, de seu Regulamento do ICMS, o Estado de Santa Catarina estipulou uma margem de valor agregado na ordem de **30% (trinta por cento)**, vide disposição contida no Art. 49, inciso III, alínea a.

E mais Exa., em casos de **operações com motocicletas ou ciclomotores**, o Capítulo VI, Anexo 03, do Regulamento do ICMS do Estado de Santa Catarina já prevê, em seu art. 52, §1º, alínea a, uma **MVA-ST correspondente a 34% (trinta e quatro por cento)**.

Notem Ilustres Ministros, **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%.**

Vejamos, por ora, um exemplo de índices aplicáveis no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul:



ITEM XXV - MATERIAIS ELÉTRICOS						
NÚMERO	MERCADORIAS	CLASSIFICAÇÃO NA NBM/SH-NCM	CÓDIGO ESPECIFICADOR DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - CEST	MARGEM DE VALOR AGREGADO (%)		
				OPERAÇÃO INTERNA	OPERAÇÃO INTERESTADUAL	
					SUJEITA À ALÍQUOTA DE 12%	SUJEITA À ALÍQUOTA DE 4%
8	Fios e cabos elétricos, para tensão não superior a 1.000V, de uso na construção civil, exceto para uso automotivo .....	8544.49.00	12.007.00	36,00	45,95	59,22
9	Isoladores de qualquer matéria, para usos elétricos .....	8546	12.008.00	36,00	45,95	59,22
10	Peças isolantes inteiramente de matérias isolantes, ou com simples peças metálicas de montagem (suportes roscados, por exemplo) incorporadas na massa, para máquinas, aparelhos e instalações elétricas; tubos isoladores e suas peças de ligação, de metais comuns, isolados interiormente.....	8547	12.009.00	38,00	48,10	61,56
11	Aparelhos elétricos para telefonia; outros aparelhos para transmissão ou recepção de voz, imagens ou outros dados, incluídos os aparelhos para comunicação em redes por fio ou redes sem fio (tal como uma rede local (LAN) ou uma rede de área estendida (WAN), incluídas suas partes, exceto os de uso automotivo e os classificados nos códigos 8517.62.51, 8517.62.52 e 8517.62.53 .....	8517	21.110.00	37,00	37,00 se a carga tributária interna for 12%; 47,02 se a carga tributária interna for 18%	49,45 se a carga tributária interna for 12%; 60,39 se a carga tributária interna for 18%

Noutra banda, vejamos exemplos de percentuais de Margem de Valor Adicionado no âmbito do Estado do Paraná:

**Alteração 939<sup>a</sup>** A tabela de que trata o § 1º do art. 88 do Anexo X passa a vigorar com a seguinte redação:

ITEM	CEST	NCM	DESCRIÇÃO	MVA ST ORIGINAL
1	01.056.00	8517.12.13	Terminais móveis de telefonia celular para veículos automóveis	28,84
2	21.053.00	8517.12.31	Terminais portáteis de telefonia celular	28,84
3	21.063.00	8523.52.00	Cartões inteligentes ("Smart Card")	48,77
4	21.064.00	8523.52.00	Cartões inteligentes ("Sim Card")	48,77

Frise-se Eminentes Ministros, que até o presente momento o Estado de Santa Catarina é o único Ente Federado que tentou instituir este malfadado regime de substituição tributária em face de operações de comunicação, razão pela qual não existe, sequer, outros exemplos de MVA adotados por outros Estados.

Todavia, da análise dos próprios exemplos de percentuais da MVA-ST instituída pelo Estado de Santa Catarina e referente a outras operações, o que se conclui, com facilidade, **é uma enorme desproporção do cálculo da Margem de Valor Agregado, o que acaba se justificando, em verdade, pelo próprio caráter confiscatório da teratológica MVA-ST na ordem de 758,49%.**

Contudo, 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.

Desde já, é o que se requer!

#### **III.4 – DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE DO ICMS. DA VIOLAÇÃO DIRETA DO ARTIGO 155, § 2º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

Nos contornos das fundamentações anteriores acerca da ofensa ao princípio da legalidade, reitera-se que a instituição do regime de substituição tributária está prevista no artigo 150, § 7º, da Constituição, *in verbis*:

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

Sendo assim, o regime de substituição tributária trata-se de uma exceção, portanto, à regra segundo a qual a *“obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador”* - artigo 113, § 1º, do CTN - sendo embasada no denominado princípio da praticidade que *“(…) tem por finalidade tornar o direito exequível, isto é, aproximar a norma jurídica da realidade que pretende regular”*<sup>2</sup>, e a pretexto de se evitar a evasão fiscal.

<sup>2</sup> Eduardo Maneira, *in* Da substituição tributária “para frente” no ICMS - Do julgamento da ADIn nº 1.851-4/AL, Revista Dialética de Direito Tributário nº 95, 2003, p. 57.

Portanto, em que pese represente uma exceção à regra geral e espécie de tributação de um fato *presumivelmente* ocorrido, não basta apenas a *lei ordinária* de cada ente federado instituir e cobrar o tributo submetido à substituição. **É de suma importância que tal norma seja compatível com todo o regramento e princípios basilares do direito tributário.**

Sucedo, porém, que no presente caso o atacado Decreto Estadual (SC) nº 1.704/2018, ao promover alterações no Regulamento do ICMS do Estado de Santa Catarina, **apenas assegurou ao contribuinte substituído o creditamento do ICMS inerente à própria contratação de serviços de telecomunicações de terceiros.**

É o que se extrai do dispositivo abaixo, que explica como se alcançará o valor a recolher a título de ICMS-ST. Nota-se, no inciso II a seguir destacado, **que é permitido o creditamento apenas do ICMS devido na prestação própria do contribuinte substituto (fornecedor do serviço de comunicação contratado pelo contribuinte substituído)**. Senão vejamos:

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

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

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

**II – corresponderá à diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota estabelecida para as prestações internas neste Estado sobre a base de cálculo definida no caput deste artigo e o imposto devido na prestação própria do contribuinte substituto”.** (Grifos e destaque nossos).

Ou seja, tal como já explicitado quando da análise da absurda margem de valor agregado (MVA), **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, fundamental para que o sinal de internet alcance, de fato, a residência/sede de cada cliente.**



Mais uma vez, o Estado Réu está considerando 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 RICMS/SC é categórico em garantir aos contribuintes o direito a crédito de ICMS do ativo permanente, senão vejamos:

*“Art. 28. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este ou por outro Estado ou pelo Distrito Federal.*

*Art. 29. Para a compensação a que se refere o art. 28, 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.*

*(...)*

**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).

E não venha o Estado de Santa Catarina alegar que, em razão do Artigo 94-F do Decreto Estadual (SC) nº 1.704/2018, teriam os contribuintes direito a este creditamento do ICMS decorrente do ativo permanente, quando da apuração mensal do imposto.

Ora, se levarmos em consideração uma MVA 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 Réu não admite a dedução deste saldo credor de ICMS do mês anterior, com o valor do ICMS-ST a ser recolhido no mês subsequente.**

Com isso, entraremos em um evidente **círculo vicioso**, com o acúmulo cada vez maior de saldo credor de ICMS. **Tudo isso, repisa-se, em virtude da estratosférica MVA aplicada pelo Estado Réu, como também pelo cerceamento de créditos de ICMS do ativo permanente quando do cálculo do ICMS-ST.**

Vale ressaltar que, a rigor do artigo 155, § 2º, I, da Constituição Federal, o ICMS obedece ao denominado **princípio da não-cumulatividade**, destinado a evitar a oneração “*em cascata*” do tributo sobre os agentes econômicos (contribuintes de fato)<sup>3</sup> componentes das diversas etapas das de circulação de bens e serviços.

Para tanto, adotou-se em nosso ordenamento uma técnica *subtrativa* em que o contribuinte contrapõe um direito de crédito<sup>4</sup>, nascido pela entrada de mercadorias em seu estabelecimento, que tenham sofrido a incidência do tributo, contra débitos oriundos de saídas no mesmo período de apuração.

Eleve-se que por se tratar de um princípio constitucional, não há que se falar em diminuição do seu alcance nem, muito menos, anulação por normas infraconstitucionais, seja pelo labor exegético. As únicas restrições constitucionais à esta sistemática consistem, precipuamente, na desoneração do ICMS em uma ou outra etapa, conforme o artigo 155, § 2º, II, *in verbis*:

“Art. 155 (...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

<sup>3</sup> Nas palavras de RAQUEL MERCEDES MOTTA XAVIER, “a não-cumulatividade não veda a multiplicação das incidências da mesma espécie tributária sobre os fatos (operações) interligados e pertencentes a determinado setor da atividade econômica, apenas impede os efeitos econômico que a cumulatividade provoca” (Não Cumulatividade do PIS e da COFINS, Quartier Latin, 2011, p.79)

<sup>4</sup> Analisando a fenomenologia da não-cumulatividade, PAULO DE BARROS CARVALHO ensina que o direito ao crédito do ICMS provém de uma norma jurídica denominada como “*regra-matriz do direito ao crédito*” cuja “*incidência implica uma relação jurídica que tem como sujeito ativo o adquirente/destinatário de mercadorias, detentor do direito ao crédito do imposto, e como sujeito passivo do Estado.*” (CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário, Linguagem e Método. Noeses, 2009, 3ª ed. revisada e ampliada).



a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;”

Portanto, **o princípio da não-cumulatividade evita que a carga fiscal antecedente acompanhe a prestação de serviço de comunicação/telecomunicação e seja suportada pelo elo seguinte da cadeia de circulação, distorcendo a formação dos preços dos serviços.**

E tanto é assim que, na lição de ROQUE ANTÔNIO CARRAZA, o renomado tributarista defende que “**o creditamento não é faculdade do contribuinte, mas dever para com a ordem jurídica objetiva**, tanto que não lhe é possível renunciar ao lançamento do crédito do imposto, ainda quando fosse conveniente. Nem a lei poderia autorizá-lo a tanto, sob pena de inconstitucionalidade.”<sup>5</sup>

Eis, portanto, outra evidente inconstitucionalidade do referido decreto, eis que a metodologia de cálculo do ICMS-ST prevista no referido dispositivo não permite o creditamento do ICMS decorrente de todos os investimentos em infraestrutura de telecomunicações suportados pelas empresas associadas à Autora.

### **III.5 – DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 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.**

**Conforme narrado alhures, em 04 de setembro de 2018, o Estado de Santa Catarina alterou o Regulamento do ICMS, por meio do Decreto nº 1.704/2018, com a finalidade de criar a “substituição tributária nas prestações de serviços de comunicação para execução de serviços de mesma natureza”.**

Contudo, trata-se de subterfúgio utilizado pelo Estado de Santa Catarina (Agravado) para não cumprir 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.**

<sup>5</sup> RE 111.757/SP, RTJ 126, p. 715/721.

É que, nos termos fundamentados anteriormente, 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 (Réu) 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).

Nesta senda, 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, acossada 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 Réu entende serem devidos.

Sabe-se 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 – TJDFT – 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 ilegítimamente pelo Réu não possui sustentáculo legal, sequer constitucional, já que prejudica a livre iniciativa, além de representar notória via transversa de cobrança de tributos e coação ilegal.

Portanto, o ato praticado pelo Réu configura nítida afronta direta aos preceitos constitucionais contidos no artigo 5º, incisos II e XIII, e artigo 170, parágrafo único, da Constituição da República.

### **III.6 – DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. VIOLAÇÃO DIRETA AO ARTIGO 150, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.**

Na remota hipótese de superado os argumentos acima, o enquadramento na condição de substituído, nos termos do Decreto Estadual (SC) nº 1.704/2018, **somente 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.**

É que, conforme esclarecido anteriormente, as empresas associadas à Autora, sediadas no Estado de Santa Catarina, e com atuação no mercado de internet, **vêm sofrendo intervenções ilícitas por parte do Réu, que insiste em empregar o entendimento de que os serviços de acesso à internet constituem serviços de comunicação e deveriam ser tributados pelo ICMS, o que definitivamente não procede.**



Ocorre que o tema já foi objeto de longos debates no judiciário e o Superior Tribunal de Justiça consolidou seu entendimento por meio da Súmula 334:

**“334. O ICMS NÃO INCIDE NO SERVIÇO DOS PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET”.** (Sem destaque no original)

**Nota-se que a previsão “não estiver tributando corretamente os serviços prestados”, bem como a previsão “possuir débito tributário, relativo a prestações de serviços de comunicação, inscrito em dívida ativa exigível e não garantida”, direciona a substituição tributária apenas em face de determinadas empresas.**

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).

**Portanto, 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.**

Entretanto, 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*".

Ou seja, se de fato o interesse do Decreto nº 1.704/2018 fosse "*atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto*", por meio do regime de substituição tributária, conforme previsão originária na Lei Complementar nº 87/1996 (artigo 6º e seguintes), **a antecipação do recolhimento do ICMS deveria atingir todas as empresas que atuam no Estado de Santa Catarina e "adquirem" serviços de comunicação para execução de serviços de mesma natureza.**

A norma em comento revela-se antijurídica/inconstitucional, aos discriminar de forma injustificada os contribuintes prestadores de serviço de comunicação/telecomunicação.

Nunca se viu na história deste país, Nobre Ministros, **uma substituição tributária ser direcionada apenas em face de clientes que estejam com débito em dívida ativa, ou que não esteja tributando corretamente os serviços (segundo alega o Fisco).**

**O regime de substituição tributária sempre foi direcionado a todo o segmento específico, sem distinção entre empresas.**

**E se considerarmos a margem de valor agregado de 758,49%, fica evidente que a extrema situação de desigualdade daqueles contribuintes sujeitos à substituição tributária, se comparados àqueles que ainda estiverem sujeitos ao regime de apuração normal.**

Embora não se tratar de regime de substituição tributária, esta Colenda Corte Suprema em reiterados julgados decidiu no sentido de que o tratamento diferenciado entre contribuintes que se encontra na mesma atividade econômica configura violação ao artigo 150, inciso II, da Constituição da República, *in verbis*:

*"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 356/97, ARTIGOS 1º E 2º. TRATAMENTO FISCAL DIFERENCIADO AO TRANSPORTE ESCOLAR VINCULADO À COOPERATIVA DO MUNICÍPIO. **AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E ISONOMIA.** CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. POSSIBILIDADE. CANCELAMENTO DE MULTA E ISENÇÃO DO PAGAMENTO DO IPVA.*



**MATÉRIA AFETA À COMPETÊNCIA DOS ESTADOS E À DO DISTRITO FEDERAL. TRATAMENTO DESIGUAL A CONTRIBUINTES QUE SE ENCONTRAM NA MESMA ATIVIDADE ECONÔMICA. INCONSTITUCIONALIDADE.**

1. Norma de efeitos concretos. Impossibilidade de conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade. Alegação improcedente. O fato de serem determináveis os destinatários da lei não significa, necessariamente, que se opera individualização suficiente para tê-la por norma de efeitos concretos. Preliminar rejeitada. 2. Lei Estadual 356/97. Cancelamento de multa e isenção do pagamento do IPVA. Matéria afeta à competência dos Estados e à do Distrito Federal. Benefício fiscal concedido exclusivamente àqueles filiados à Cooperativa de Transportes Escolares do Município de Macapá. Inconstitucionalidade. A Constituição Federal outorga aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir o Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores e para conceder isenção, mas, ao mesmo tempo, proíbe o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem na mesma situação econômica. Observância aos princípios da igualdade, da isonomia e da liberdade de associação. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente”.

(ADI 1655, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2004, DJ 02-04-2004 PP-00008 EMENT VOL-02146-01 PP-00156)

Recurso extraordinário inadmitido. 2. Constitucional. Tributário. 3. Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores - IPVA. 4. Art. 150, II, da Constituição Federal. Isonomia tributária. **Vedação de tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente.** 5. Precedente: ADI n.º 1.655/AP, 10.09.97, Ministro MAURÍCIO CORRÊA. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AI 203845 AgR, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 07/12/1998, DJ 03-12-1999 PP-00004 EMENT VOL-01974-02 PP-00322)

Logo, tendo em vista a farta fundamentação acima, as condições de enquadramento ao regime de Substituição Tributária previsto no Decreto Estadual nº 1.704/2018 é uma afronta direta ao artigo 5º, caput, e ao artigo 150, inciso II, da Constituição da República.



#### **IV – DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA, *INAUDITA ALTERA PARS*, DE NATUREZA CAUTELAR. DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS NA LEI PROCESSUAL.**

Como restou provado pela farta fundamentação jurídica acima, reiterada por inúmeros dispositivos legais, precedentes doutrinários e jurisprudenciais, torna-se evidente a incompatibilidade do Decreto Estado (SC) nº 1.704/2018, instituído pelo Réu, com as regras contidas na Constituição da República de 1988.

Como bem sabe os Doutos Ministros desta Egrégia Corte, a concessão provisória de tutela de urgência (medida cautelar) pressupõe a concomitância dos requisitos concernentes a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, conforme determinado no artigo 300, do Código de Processo Civil, os quais verificarão presentes no caso em tela.

Primeiramente, eleve-se que não se requer aqui antecipação dos efeitos do provimento final, **mas mera medida acautelatória**, visando evitar os danos que adviriam da exigência antecipada, via substituição tributária, do ICMS, inclusive levando-se em consideração uma MVA estratosférica. E levando-se em conta todas as outras inconstitucionalidades formais e materiais elencadas na precedência.

Cuida-se, assim, de providência antes acobertada pelo poder geral de cautela mencionado no artigo 798 do Código de Processo Civil de 1973, e que foi preservada pela nova legislação processual, ainda que simplificados os procedimentos para tanto, sobretudo abolindo a exigência de um procedimento cautelar específico. Sobre o tema, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR esclarece que a chamada tutela provisória de urgência, de natureza cautelar, corresponde, substancialmente, àquelas medidas cautelares antes previstas, *in verbis*:

*“(...) Nesse aspecto, as duas tutelas provisórias arroladas pela legislação processual civil renovada correspondem, em regra, a incidentes do processo, e não a processos autônomos ou distintos. De tal sorte que a antiga dicotomia do processo principal (de cognição ou execução) e cautelar, existente no código renovado, não mais subsiste na nova lei, pelo menos como regra geral, bastante simplificado o procedimento.*

*(...)*

*Correspondem esses provimentos extraordinários, em primeiro lugar, às tradicionais medidas de urgência – cautelares (conservativas) e antecipatórias*

(satisfativas) -, todas voltadas para combater o perigo de dano, que possa advir do tempo necessário para o cumprimento de todas as etapas do devido processo legal.

A essas tutelas de urgência, agregou-se, mais modernamente, a tutela da evidência, que tem como objetivo não propriamente afastar o risco de um dano econômico ou jurídico, mas, sim, o de combater a injustiça suportada pela parte que, mesmo tendo a evidência de seu direito material, se vê sujeita a privar-se da respectiva usufruição, diante da resistência abusiva do adversário. (THEODORO Jr., Humberto, Curso de Direito Processual Civil, vol. I, Ed: Forense, 2016).

Pois bem. Como dito acima, *in casu* encontram presentes os requisitos do Artigo 300 do CPC/2015, que assim dispõe:

**“Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”(g.n)**

De fato, temos como evidente a probabilidade do direito pleiteado pela Autora, **decorrente da robusta fundamentação jurídica trazida nesta exordial, visto que o Decreto Estadual nº 1.704/2018, instituído pelo Estado de Santa Catarina,** está repleto de violações inconstitucionais. Em suma, o referido Decreto viola:

**(i) O Artigo 5º, inciso II e artigo 37, caput; artigo 150, inciso I, artigo 155, § 2º, XII, alíneas “b” e “g”, todos da Constituição Federal, eis que o Estado de Santa Catarina, por meio de Decreto, extrapolou o alcance da Lei Complementar ao instituir regime de substituição tributária aos contribuintes catarinense que prestam serviços de comunicação e que realizam operações interestaduais, sem, obrigatoriamente, celebrar de convênio entre os Entes Federados envolvidos. E neste sentido, houve afronta, por consequência, ao artigo 1º e artigo 18, ambos da Constituição Federal, ao desrespeitar a própria estabilidade do pacto federativo e a soberania dos Entes Federados;**

**(ii) O Artigo 150, inciso III, da Constituição Federal , ante a ofensa ao princípio da anterioridade, noventena, da razoabilidade, da não surpresa e da segurança jurídica;**





**(iii) O Art. 150, IV, da Constituição Federal, ante o efeito confiscatório da estratosférica margem de valor agregado aplicada pelo Estado de Santa Catarina por meio do atacado Decreto nº 1.704/2018, além da afronta à necessária razoabilidade/proporcionalidade, bem como aos princípios da legalidade, capacidade contributiva e da vedação ao tributo com efeito de confisco;**

**(iv) Artigo 155, § 2º, inciso I, da Constituição da República por não respeitar o princípio da não cumulatividade do ICMS, haja vista que estão sendo negados pelo referido Decreto diversos créditos de ICMS que os contribuintes têm direito de aproveitamento;**

**(v) Artigo 5º, incisos II e XIII e artigo 170, parágrafo único, da Constituição da República, ao restringir o livre exercício da atividade empresarial na adoção de meio coercitivo para cobrança antecipada de imposto (via transversa de cobrança); e**

**(vi) Artigo 5º, caput, e artigo 150, inciso II, da Constituição da República, que prevê limitações ao poder de tributar dos Entes Federativos e veda o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação análogas (afronta ao princípio da Isonomia).**

**Da mesma forma, encontra-se presente também no caso em tela o imprescindível “perigo de dano”, decorrente das imposições tributárias que estão sendo impostas às empresas associadas à Autora, que estão sendo coagidas ao recolhimento antecipado do ICMS sobre parcela indevida e margem de valor agregado em patamar “astronômico”, o que poderá inclusive inviabilizar a atividade empresarial por elas desenvolvidas, haja vista o elevado acréscimo tributário que tal recolhimento de imposto lhes impõem.**

Ora, é evidente o acréscimo excessivo a que estão sujeitas as empresas sujeitas à substituição tributária em tela, tal como as associadas da Autora. **Para se chegar a esta conclusão, basta visualizar a elevada MVA estabelecida em face de um associado (758,49%), e mais, deve-se ponderar que esta substituição não será aplicada em face de todos os contribuintes prestadores de serviços de comunicação.**



**Ou seja, 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.**

**Diante deste quadro, antes mesmo de ultimada a discussão judicial por meio dessa Ação Direta de Inconstitucionalidade, já está configurado o dano de relevantes proporções as Associadas à Autora, visto que o Fisco do Estado de Santa Catarina, a exemplo dos documentos ora anexados (anexos 07 e 08), autuou uma das empresas associadas – Empresa Catarinense de Tecnologia em Telecomunicações LTDA - para proceder a antecipação do ICMS, na condição de substituída tributária.**

Dessa feita, seguindo o referido exemplo, ao invés da obrigação de recolhimento do ICMS sobre os serviços de telecomunicação quando da apuração mensal, a empresa envolvida terá **ANTECIPADAMENTE** a cobrança do imposto apurado sobre uma base de cálculo acrescida de **758,4904%** a título da margem de valor agregado. Vejamos:



ESTADO DE SANTA CATARINA  
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA  
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

INTIMAÇÃO Nº  
DATA DE EMISSÃO  
ORDEM DE SERVIÇO Nº

187020009811  
01/11/2018  
1860000025076

### INTIMAÇÃO

#### IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO

Nome Empresarial/Nome EMPRESA CATARINENSE DE TECNOLOGIA EM TELECOMUNICACOES LTDA	CNPJ/CPF 08.519.692/0001-90	Inscrição Estadual 25.545.505-4
Endereço AVENIDA ACIONI SOUZA FILHO 925 TERREO E 2 PISO FUNDOS CATI PRAIA COMPRIDA SÃO JOSÉ - SC CEP:88103-790 Telefone:(48) 3035-8894		

#### DESCRIÇÃO

Nesta data, nos termos do RICMS/SC, anexo 6, artigo 94-D, § 3º, intimo o responsável pelo estabelecimento acima indicado para, no prazo de cinco dias úteis, a contar da data do ciente desta Intimação, apresentar, na sede da 1ª Gerência Regional da Fazenda Estadual, sito na Vila Tenente Sapucaia, nº 126, Centro, em Florianópolis, suas contestações em relação aos motivos determinantes para seu enquadramento como substituído tributário e ao cálculo da margem de valor agregado, conforme demonstrado no anexo a esta Intimação.

#### AUTORIDADES FISCAIS

Matrícula	Nome	Cargo	Assinatura
3442110	NILTON RIBEIRO FILIPPON	AFRE IV	

#### CIÊNCIA DO SUJEITO PASSIVO

Modo de ciência Pessoalmente - Declaro que recebi uma via deste documento.		Data de ciência	
Responsável	Cargo	CPF	Assinatura

Em atenção ao que dispõe o art. 195 do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, e o art. 21 da Lei Complementar nº 313, de 21 de dezembro de 2005, lavra-se este termo firmado pela autoridade fiscal e pelo responsável ou representante do sujeito passivo.



(...)



ESTADO DE SANTA CATARINA  
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA  
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA  
1ª GERFE – FLORIANÓPOLIS  
GESCOM – GRUPO ESPECIALISTA SETORIAL COMUNICAÇÕES

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

$$\begin{aligned}MVA &= (MMP/MMC-1) \times 100 \\MVA &= (589.509,58/68.668,16 - 1) \times 100 \\MVA &= 758,4904\%\end{aligned}$$

$$\begin{aligned}FM &= MMP/MMC \\FM &= 589.509,58/68.668,16 \\FM &= 8,5849\end{aligned}$$

Autoridade Fiscal:

  
Nilton Ribeiro Filippon  
AFRE IV- 344211.0  
Coord. GESCOM

**Vejam, Ilustres Ministros, a exemplificação em tela é suficiente para demonstrar que nenhuma das empresas associadas à Autora que, porventura, estiverem na condição de enquadramento pretendido pelo Estado Réu, terão condição de contratar serviços de comunicação de terceiros para execução de serviços de mesma natureza e arcar antecipadamente com ICMS-ST considerando a aludida Margem de Valor Agregado (MVA) superior a 700%.**

Ora, **qual empresa possui Margem de Valor Agregado na venda de serviços ou mercadorias em patamar estipulado pelo Réu?**

Ou seja, certamente inúmeras empresas prestadoras de serviços de telecomunicação no Estado de Santa Catarina, não apenas aquelas associadas à Autora, certamente estarão fadadas à falência e o fechamento de suas atividades, pois, na atual conjuntura,

é exceção a pessoa jurídica que não possuem débitos perante o Estado e, a rigor da alteração trazida pelo Decreto nº 1.704/2018, a simples existência de débito tributário (inscrito em dívida ativa e não garantido) será motivo para o Réu cobrar antecipadamente o imposto e adotar Margem de Valor Agregado astronômica.

Ademais, resta presente ainda o chamado risco de ilícito, o qual se entende como razão para concessão da tutela requerida, conforme se vê na lição do processualista Luiz Guilherme Marinoni: “*a mera probabilidade de ato contrário ao direito – e não de dano – é suficiente para a tutela jurisdicional inibitória*”<sup>6</sup>.”

De fato, trata-se de questão que merece pronunciamento urgente deste Egrégio Supremo Tribunal, haja vista a extensão estadual do conflito, o prejuízo ao desenvolvimento do setor de telecomunicações decorrente da incerteza tributária, o ajuizamento de inúmeras demandas acerca do mesmo problema, a situação de desigualdade entre os contribuintes, a imposição de imposto indevido de forma antecipada e a dificuldade de restituição do indébito tributário. **EIS O PERIGO DE DANO.**

Tais fatos, por si só, demonstram o inequívoco perigo de dano a que estão submetidas as empresas associadas à Autora, sendo a concessão da tutela de urgência *inaudita altera pars* rogada o único e essencial alento a estas empresas.

É importante destacar que o deferimento da tutela de urgência ora requerida não terá o condão de lesar qualquer parte, ou seja, não há risco de irreversibilidade da medida porventura concedida. Sendo que, na remota hipótese desta ação não ser julgada procedente, essa decisão terminativa cassará a tutela rogada, podendo o Réu retomar a cobrança do ICMS no regime de substituição tributária introduzido no seu Regulamento do ICMS por meio do Decreto Estadual nº 1.704/2018.

À vista do exposto, ressalte-se estão cabalmente presentes os elementos necessários para a concessão da tutela provisória de urgência pleiteada liminarmente, o que viabiliza sua concessão a fim de suspender os efeitos tributários decorrentes do Decreto Estadual nº 1.704/2018, o que de antemão se requer.

<sup>6</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. Pag. 255-256.

## V – DOS PEDIDOS

Diante todo o exposto, por ser medida de inteira justiça, a Autora pede e requer à Vossas Excelências que:

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;**

b) Sejam solicitadas informações ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Santa Catarina a serem apresentadas no prazo de trinta dias, a rigor da previsão do 6º da Lei n. 9.868/99;

c) Nos termos do artigo art. 103, §§ 1º e 3º, da Constituição da República e artigo 8º, da Lei n. 9.868/99, requer a citação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República para apresentarem manifestação no prazo de quinze;

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,** em decorrência da ofensa dos seguintes dispositivos constitucionais:

(i) Artigo 5º, inciso II e artigo 37, caput; artigo 150, inciso I, artigo 155, § 2º, XII, alíneas “b” e “g”; bem como artigo 1º e artigo 18, todos da Constituição da República; por extrapolar o alcance da Lei Complementar ao instituir regime de substituição tributária, com efeitos para operações interestaduais, sem celebrar convênio com os Entes Federativos envolvidos;



(ii) Artigo 150, inciso III, da Constituição Federal, ante a ofensa ao princípio da anterioridade, noventena, da razoabilidade, da não surpresa e da segurança jurídica;

(iii) Art. 150, IV, da Constituição Federal, ante o efeito confiscatório da estratosférica margem de valor agregado aplicada pelo Estado de Santa Catarina por meio do atacado Decreto nº 1.704/2018, além da afronta à necessária razoabilidade/proporcionalidade, bem como aos princípios da legalidade, capacidade contributiva e da vedação ao tributo com efeito de confisco;

(iv) Artigo 155, § 2º, inciso I, da Constituição da República por não respeitar o princípio da não cumulatividade do ICMS, haja vista que estão sendo negados pelo referido Decreto diversos créditos de ICMS que os contribuintes têm direito de aproveitamento;

(v) Artigo 5º, incisos II e XIII e artigo 170, parágrafo único, da Constituição da República, ao restringir o livre exercício da atividade empresarial na adoção de meio coercitivo para cobrança antecipada de imposto (via transversa de cobrança); e

(vi) Artigo 5º, caput, e artigo 150, inciso II, da Constituição da República, que prevê limitações ao poder de tributar dos Entes Federativos e veda o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação análogas (afronta ao princípio da Isonomia).

Protesta, desde logo, pela produção de prova nos termos do art. 9.º da Lei n.º 9.868/99, caso se entenda necessário, e pela realização de sustentação oral na sessão de julgamento, o que faz com fundamento no art. 131 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Nos termos do art. 272, §5º, do CPC 2015, requer que todas as intimações deste feito sejam expedidas em nome dos seguintes procuradores, **sob pena de nulidade: Dr. Paulo Henrique da Silva Vitor, inscrito na OAB/MG sob o nº 106.662; Dr. Alan Silva Faria, inscrito na OAB/MG sob o nº 114.007 e na OAB/SP sob o nº 362.582; Dra. Jordana Magalhães Ribeiro, inscrita na OAB/MG sob o nº 118.530; e Gustavo de Melo Franco Tôrres e Gonçalves, inscrito na OAB/MG sob o nº 128.526.**

Em cumprimento ao requisito previsto no inciso II, do artigo 319, do CPC, a Autora indica o endereço eletrônico de seu patrono *infra*-assinado para os devidos fins legais: **gustavo@silvavitor.com.br**.

Dá-se à causa o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), para fins de alçada.

Nestes termos, pede-se deferimento provimento.

De Belo Horizonte/MG para Brasília/DF, 27 de dezembro de 2018.

**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

**ANDRÉ STARLING HÜBNER**  
andre.starling@silvavitor.com.br  
OAB/MG 109.747

**THEODORO S.C. DE ALMEIDA BARBOSA**  
theodoro@silvavitor.com.br  
OAB/MG 144.940

**Relação de Anexos:**

*Anexo 01 – Procuração*

*Anexo 02 – Estatuto Social da ABRINT / Ata de AGO de Junho/2018*

*Anexo 03 – Ata da Assembleia Geral realizada em 08.11.2018*

*Anexo 04 – Rol de associados*

*Anexo 05 – Decreto Estadual nº 1.704/2018*

*Anexo 07 – Intimação - EMPRESA CATARINENSE DE TECNOLOGIA*

*Anexo 08 – Exemplos de Notas Fiscais - Level 3*

*Anexo 09 – Convênio ICMS 92/20115*

*Anexo 10 – Acórdão proferido na ADI 2663*

*Anexo 11 – Decisão Liminar da ABRINT em SC*

*Anexo 12 – Comprovante de Recolhimento de Custas Processuais*