

Poder Judiciário
Supremo Tribunal Federal

Recibo de Petição Eletrônica

Identificação petição	94288/2011
Classe	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Petição	2011/94288
Identificação do processo	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4599
Numeração Única	99318501920111000000
Data	20/12/2011 14:40:34.616 GMT-2
Assunto	1-ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias(DIREITO TRIBUTÁRIO Impostos ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias)
Preferências	
Partes	CAMARA BRASILEIRA DE DIAGNOSTICO LABORATORIAL-CBDL(REQUERENTE(S)-Ativo) Advogados: Maria Carolina Antunes de Souza (ADVOGADO(A/S))
Peças	1 - Pedido de ingresso como amicus curiae 1(Pedido de ingresso como amicus curiae) 2 - Procuração e substabelecimentos 1(Procuração e substabelecimentos) 3 - Documentos de Identificação 1(Documentos de Identificação) 4 - Documentos de Identificação 2(Documentos de Identificação)

Pesquisa Pesquisa Avançada

Alexar Cadastro Minhas Petições

Página 1 Anterior 1 processo(s) Página 1 de 1 Próxima Última

Mostrar para Lista **Peticional**

Informações Básicas

Processo: eADI 4.599
Processo ADI 4.599

Informações Complementares

DI. Anulação: 17/05/2011
DI. Recebimento: 17/05/2011

Mais Informações...

Acompanhamento Processual
Partes
Petições Eletrônicas

Assunto

5946 DIREITO TRIBUTÁRIO (Impostos) ICMS/Imposto sobre Circu

STF Petição realizada com sucesso.

- Número Único: 99318501920111000000
- Identificação da Petição: PC 94288/2011
- Processo: ADI 4599

Clique aqui para atendimento no plano judicialário. (Res. n. 449/STF)

Recibo

coelho morello

advogados associados

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO RELATOR DIAS TOFFOLI DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade

Autos nº 4599

Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB

Requerido: Governo do Estado do Mato Grosso

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

AMICUS CURIAE

pelos motivos de fato e de direito a seguir alinhavados.

I – DOS FATOS

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

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

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

Porém, no intuito de evitar a evasão fiscal, considerando a situação de empresas que utilizavam pessoas físicas ou jurídicas não inscritas no Cadastro Geral da Fazenda do Estado do Mato Grosso para adquirir produtos em outros Estados da Federação, para posterior comercialização no território interno, foram editados os Decretos Estaduais nºs 2.033, de 10/07/2009, e 312, de 11/05/2011.

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

O Decreto Estadual nº 2.033/2009, por meio de seu artigo 1º, acrescentou o artigo 216-M-1 ao Regulamento do ICMS do Estado de Mato Grosso (Decreto Estadual nº 1.944/1989), instituindo a figura do chamado "ICMS Garantido", incidente nas operações de entrada de mercadorias ou bens provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a pessoa física ou jurídica não inscrita no Cadastro Geral da Fazenda deste Estado, em volume ou habitualidade que caracterize intuito comercial, nos termos abaixo transcritos:

"(...) Art. 1º. Acrescentando o artigo 216-M-1 as disposições permanentes do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 1.944, de 6 de outubro de 1989, com a seguinte redação:

'Art. 216-M-1. Sem prejuízo de outras situações previstas neste Regulamento ou das fixadas no artigo precedente, nas hipóteses adiante arroladas, o remetente localizado em outra unidade federada deverá previamente inserir no Sistema de Informações de Notas Fiscais de Saída e de Outros Documentos Fiscais, os dados relativos às respectivas operações ou prestações, bem como atender, no que couber, as demais disposições deste capítulo:

I – em relação às operações e prestações cuja aquisição ocorrer à distância ou de forma não presencial no estabelecimento remetente;

II – que destinem mercadorias a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS ou pessoa física domiciliada neste Estado.

§ 1º. Na forma do § 2º será exigida na entrada no estado a antecipação do imposto relativo às hipóteses a que se referem os incisos do caput, quando a operação ou prestação:

I – for irregular;

II – não for previamente registrada no sistema de controle a que se refere o caput;

III – se referir a remetente ou destinatário que se encontre em situação irregular ou não inscrito perante o cadastro de contribuintes do imposto;

IV – for pertinente a remetente sujeito ao regime administrativo cautelar a que se referem os artigos 444 e 445 das disposições permanentes;

V – aconteça em volume ou habitualidade que caracteriza intuito comercial do destinatário não inscrito no cadastro de contribuintes do imposto;



VI – estiver beneficiada com incentivo ou benefício fiscal não autorizado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ;

VII – estiver desacompanhada do comprovante a que se refere o artigo 216-N;

VIII – cuja documentação fiscal não for tempestivamente apresentada ao fisco estadual por ocasião da entrada no estado;

IX – quando for verificado subfaturamento, preço aviltado ou desconto que o avilte.

§ 2º. Observado o disposto no § 4º, **a antecipação a que se refere o § 1º será exigida do remetente localizado em outra unidade federada, por ocasião da entrada do Estado, ainda que a operação ou prestação seja destinada a pessoa jurídica não contribuinte do imposto ou pessoa física, hipótese em que será determinada mediante aplicação dos percentuais equivalentes a:**

I – 9% (nove por cento) aplicado sobre o valor da operação constante do respectivo documento fiscal ou preço no mercado varejista;

II – 18% (dezoito por cento) aplicado sobre o valor da operação constante do respectivo documento fiscal ou preço no mercado varejista, quando em volume ou habitualidade que caracterize intuito comercial do destinatário' (...)."

(negritamos)

Por outro lado, o Decreto Estadual nº 312/2011, por meio de seu inciso III, veio a acrescentar o § 2º-A à norma acima transcrita, assim estabelecendo:

"(...)

§ 2º.A. O disposto no parágrafo anterior não se aplica às operações enquadradas nas hipóteses descritas no artigo 398-Z-5 deste regulamento

(...)."

O mesmo Decreto Estadual nº 312/2011, por meio de seu inciso IV, incluiu o Capítulo XXI, inaugurado pelo referido artigo 398-Z-5, no Regulamento do ICMS do Estado do Mato Grosso, cuja redação segue abaixo colacionada:

“(...)

Art. 398-Z-5. Nas operações interestaduais que destinarem bem ou mercadoria a consumidor final, pessoa física ou jurídica não contribuinte do imposto, domiciliado no território mato-grossense, adquiridos de forma não presencial, por meio de internet, telemarketing ou showroom, será exigida a parcela do ICMS devida ao Estado de Mato Grosso, em conformidade com o disposto neste artigo (cf. caput da cláusula primeira do Protocolo ICMS 21/2011 – efeitos a partir de 1º de maio de 2011).

§ 1º. O estabelecimento remetente, na condição de substituto tributário, será responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, em favor deste Estado, apurado na forma do parágrafo seguinte (cf. cláusula segunda do Protocolo ICMS 21/2011 – efeitos a partir de 1º de maio de 2011).

§ 2º. A parcela do imposto devida ao Estado de Mato Grosso será obtida pela aplicação da alíquota interna, fixada para o bem ou mercadoria, sobre o valor da respectiva operação, deduzindo-se o valor equivalente aos seguintes percentuais aplicados sobre a base de cálculo utilizada para cobrança do imposto devido na origem (cf. caput da cláusula terceira do Protocolo ICMS 21/2011 – efeitos a partir de 1º de maio de 2011):

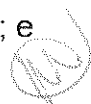
I – 7% (sete por cento) para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Sul e Sudeste, exceto do Estado do Espírito Santo;

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

§ 3º. O ICMS devido à unidade federada de origem da mercadoria ou bem, relativo à obrigação própria do remetente, é calculado com a utilização da alíquota interestadual (cf. parágrafo único da cláusula terceira do Protocolo ICMS 21/2011 – efeitos a partir de 1º de maio de 2011). (...). (negritamos)

Portanto, diante do exposto até o momento, depreende-se que o Estado do Mato Grosso:

(i) por meio do Decreto Estadual nº 2.033/2009, passou a exigir o chamado “ICMS Garantido”, calculado no percentual de 9% (nove por cento) ou 18% (dezoito por cento), em razão do volume ou habitualidade das operações, quando da entrada de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação; e



(ii) por força do Decreto Estadual nº 312/2011, passou a exigir ainda adicional do ICMS nas operações interestaduais que destinem bens e mercadorias a consumidor final situado no Estado, quando adquiridos de forma não presencial no estabelecimento remetente (em razão de figurar o Estado do Mato Grosso como signatário do Protocolo ICMS nº 21, de 01.04.2011); em tal hipótese, como se verifica da análise das normas acima transcritas, não é aplicável a regra prevista pelo artigo 216-M-1, § 2º, do Regulamento do ICMS, mas apenas a estipulada pelo artigo 398-Z-5 do mesmo diploma normativo.

Deste modo, tem-se a seguinte situação: **A Secretaria de Fazenda do Estado do Mato Grosso passou a exigir das empresas Associadas da Requerente o recolhimento dos adicionais de ICMS acima explicitados (seja na situação enquadrada no artigo 216-M-1 e seguintes do Regulamento do imposto, seja naquela prevista pelo artigo 398-Z-5 do mesmo diploma), sobre a entrada de reagentes utilizados na realização de exames laboratoriais em território mato-grossense, adquiridos de seus estabelecimentos situados em outras unidades da Federação, sob pena, inclusive, de apreensão das referidas mercadorias.**

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

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



II – DO DIREITO

II.A – DAS PRELIMINARES

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

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

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

(...)

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

(negritamos e sublinhamos)

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

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



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

(negritamos e sublinhamos)

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

II.A.2 – DA REPRESENTATIVIDADE DA REQUERENTE

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

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

Com sede na Capital do Estado de São Paulo, tem como finalidade congregar pessoa jurídicas, que diretamente realizam atividades de fabricação, importação, exportação, distribuição, comercialização, armazenagem ou transporte voltada aos produtos e/ou equipamentos do setor de diagnósticos laboratoriais “*in vivo*” e “*in vitro*”, excluindo-se os laboratórios em geral.

Trata-se de uma das mais conceituadas e reconhecidas Associações Civas que atua no âmbito de diagnósticos laboratoriais, tendo como Associadas algumas empresas de grande renome neste mercado, podendo-se destacar, a título exemplificativo, as seguintes:

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



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

- a) a defesa dos interesses coletivos da Associação;
- b) a promoção e coordenação da troca de informações entre os Associados;
- c) a promoção e o auxílio à associações e entidades que se dedicam às atividades relacionadas com o setor de produtos de diagnósticos laboratorial;
- d) o aperfeiçoamento, através de intercâmbio, de fundamentos técnicos e científicos dos Associados;
- e) a manutenção do intercâmbio com entidades do mesmo ramo, no Brasil e no Exterior;
- f) a promoção e o incentivo à manutenção de elevados padrões técnicos e científicos de seus Associados.
- g) o exercício de quaisquer outras atividades relacionadas aos Associados, seja na organização de eventos, congressos, feiras e exposições, como em qualquer outra função afim;
- h) a manutenção de contato e intercâmbio com entidades governamentais e não governamentais, além de toda a tutela da “Associação” e dos Associados junto a essas entidades;
- i) a propositura de medidas judiciais atinentes aos interesses da Associação; e
- j) o oferecimento de apoio técnico e jurídico de âmbito coletivo para seus associados.

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

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

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

II.A.3 – DA RELEVÂNCIA DA MATÉRIA OBJETO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÚMERO 4599

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

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

Contudo, quando da entrada destas “mercadorias” no território do Mato Grosso, a Secretaria da Fazenda, com base nos artigos 216-M-1 (conforme Decreto Estadual nº 2.033/2009) e 398-Z-5 (instituído pelo Decreto Estadual nº 312/2011) do Regulamento do ICMS, exige o pagamento dos já citados adicionais do ICMS supostamente incidentes, sob pena, inclusive, de apreensão destes produtos.

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

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

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

II.B – DO MÉRITO

II.B.1 – DA VIOLAÇÃO, PELOS ARTIGOS 216-M-1 (conforme Decreto Estadual nº 2.033/2009) e 398-Z-5 (conforme Decreto Estadual nº 312/2011) DO REGULAMENTO MATO-GROSSENSE DO ICMS, AO COMANDO INSERTO NO ARTIGO 155, § 2º, INCISO VII, ALÍNEA “B”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

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

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

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

(...)

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

- a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;
b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele (...).
(negritamos e sublinhamos)

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

Diferentemente do que determina a norma Constitucional, foi inicialmente editado pelo Estado do Mato Grosso o Decreto Estadual nº 2.033/2009 (que incluiu o artigo 216-M-1 no Decreto Estadual nº 1.944/89 – Regulamento do ICMS), por meio do qual foi instituído adicional de ICMS (o qual se convencionou chamar de “ICMS Garantido”) incidente sobre as entradas de mercadorias ou bens oriundos de outras unidades da Federação, destinados a pessoa física ou jurídica não inscrita no Cadastro Geral da Fazenda do Estado, especialmente quando o volume ou habitualidade das operações caracterizarem intuito comercial por parte do destinatário.

Ocorre que o parágrafo 2º do referido dispositivo prevê expressamente que a exigência fiscal em tela também abarca consumidores finais de tais bens, ao mencionar que “(...) a antecipação a que se refere o § 1º será exigida do remetente localizado em outra unidade federada, por ocasião da entrada do Estado, ainda que a operação ou prestação seja destinada a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS ou pessoa física (...)”.

Nota-se que, a despeito do comando constitucional acima transcrito, que apenas autoriza a incidência do ICMS no Estado de origem e pela alíquota interna, nos casos de operações interestaduais que envolvam remessa de bens a consumidores finais, o Estado do Mato Grosso instituiu norma que permite a exigência do aludido adicional do imposto (cobrado do remetente localizado em outra unidade federada), ainda que o destinatário não seja contribuinte do ICMS (ou seja, ainda que figure como consumidor final).



Posteriormente, foi editado pelo Estado do Mato Grosso o Decreto Estadual nº 312/2011, que incluiu o artigo 398-Z-5 ao Decreto Estadual nº 1.944/89, em decorrência da subscrição ao Protocolo ICMS nº 21/2011. Por essa ocasião, foi instituído outro adicional de ICMS, então incidente sobre as entradas de mercadorias ou bens oriundos de outras unidades da Federação, destinados a consumidores finais (pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no território mato-grossense e não contribuintes do imposto), quando a aquisição ocorrer de forma não presencial no estabelecimento remetente (por meio de Internet, telemarketing ou showroom).

O mesmo Decreto Estadual nº 312/2011 incluiu o § 2º-A ao artigo 216-M-1 do Regulamento do ICMS mato-grossense, aclarando que esta norma não se aplica nas operações enquadradas nas hipóteses descritas no artigo 398-Z-5. Desse modo, não cabe a incidência de ambos os adicionais concomitantemente, mas enquadrando-se as aquisições de bens ou mercadorias em uma das duas hipóteses previstas, o remetente vê-se obrigado a recolher ao Estado de destino ao menos um dos adicionais, a despeito do destinatário figurar como consumidor final e não ter qualquer escopo comercial em tais operações.

Resta claro à Requerente que referidas normas (previstas pelos Decretos Estaduais nºs 2.033/2009 e 312/2011) visavam evitar a evasão fiscal, nos mesmos moldes que estabelecido na Lei Complementar Federal nº 87/96, que em seu artigo 4º, assim determina:

“(…)

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

(…)”



Porém, não obstante as normas visarem evitar a evasão fiscal dentro do Estado do Mato Grosso (escopo inicialmente considerado legítimo), foram instituídas as cobranças dos aludidos adicionais do ICMS sobre as entradas, em território mato-grossense, de **mercadorias ou bens destinados a consumidores finais**, que não possuem qualquer intuito comercial na realização de tais operações.

Com efeito, tais regras abrangem expressamente a hipótese de aquisições realizadas por consumidores finais, em que sabidamente o ente competente para exigir o tributo é apenas aquele onde se situa o estabelecimento de origem que remete as “mercadorias”, como reza o citado artigo 155, § 2º, inciso VII, “b”, da Constituição Federal. Portanto, ao assim estabelecer, o Estado do Mato Grosso atuou desprovido de competência para tanto e em total confronto com a regra constitucional acima suscitada.

De outro modo, as normas veiculadas impingem carga tributária em confronto com a norma Constitucional, **na medida em que exigem do remetente da mercadoria, estabelecido em outra unidade da Federação, o recolhimento de ICMS sobre operação legalmente tributada no seu Estado, à alíquota interna.**

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

É exatamente nessa hipótese que se enquadram as Associadas da Requerente: fabricam e comercializam reagentes empregados como insumos pelos seus adquirentes, para viabilizar a prestação de serviços relacionados a exames médicos e diagnósticos.

Assim, a despeito do volume e frequência de operações de aquisição realizadas, bem como a despeito de serem ou não presenciais, é certo que não há qualquer intuito comercial por parte dos clientes das Associadas situados em território mato-grossense.

Nota-se que o artigo 398-Z-5, em especial (decorrente da celebração do Protocolo ICMS nº 21/2011), parte da premissa geral de que toda e qualquer aquisição realizada de forma não presencial de estabelecimento situado em outro Estado da Federação seria maculada e teria por escopo burlar o Fisco mato-grossense, o que não se pode admitir como regra. Ainda mais ao se levar em conta que, pelos progressos do comércio eletrônico e dos meios de comunicação no geral, as aquisições presenciais tornam-se cada vez menos frequentes.

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

Desse modo, a quase totalidade das operações por ela realizadas, que destinam os produtos a clientes que figuram como consumidores finais no Estado do Mato Grosso, acabam sendo atingidas pela referida norma, por se darem de forma não presencial.

Cabe destacar, por oportuno, que o próprio Protocolo ICMS nº 21/2011, norma originária que ensejou a cobrança prevista pelo artigo 398-Z-5 do Regulamento do ICMS de Mato Grosso, também padece de inegável vício de inconstitucionalidade, na medida em que autoriza os respectivos Estados signatários, em seus âmbitos territoriais, a instituir a cobrança do adicional de ICMS nas operações de aquisição, em outras unidades da Federação, de mercadoria ou bem por consumidor final, pessoa física ou jurídica não inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado (CCE), de forma não presencial, por meio de internet, telemarketing ou showroom.

Por certo, se foi com fulcro no aludido Protocolo ICMS que o Estado do Mato Grosso editou o Decreto Estadual nº 312/2011 (o qual inseriu o referido artigo 398-Z-5, bem como o § 2º-A do artigo 216-M-1 do Regulamento do ICMS), e se este é maculado por vício de inconstitucionalidade pelas razões de mérito já acima expostas, resta evidenciado que a norma originária que ensejou sua edição também apresenta a mesma mácula, por violar o artigo 155, § 2º, inciso VII, alínea 'b', da Magna Carta.

Por todos os argumentos acima desenvolvidos, resta demonstrado que as exigências dos adicionais do ICMS veiculadas pelo Decreto Estadual nº 2.033/2009 (que instituiu o artigo 216-M-1 ao Decreto Estadual nº 1.944/89) e pelo Decreto Estadual nº 312/2011 (que incluiu o artigo 398-Z-5 e o § 2º-A ao artigo 216-M-1, ambos do Decreto Estadual nº 1.944/89, em decorrência da subscrição ao Protocolo ICMS nº 21/2011), violam a norma prevista pelo artigo 155, § 2º, inciso VII, alínea "b", da Constituição Federal, eis que impõem a exigência de ICMS incidente sobre os reagentes utilizados para elaboração de exames laboratoriais, destinados a consumidores finais, e não contribuintes de tal imposto.

Se a Constituição Federal determina, nestes casos, que a instituição e a exigência do tributo competem apenas ao Estado de origem da mercadoria, apenas este detém competência para exigência do imposto estadual, sendo ilegítimas as exigências promovidas pelo Estado do Mato Grosso, as quais acabam por caracterizar, ainda, evidente bitributação, que deve ser rechaçada por este Sodalício.

II.B.2 – DAS VIOLAÇÕES AOS ARTIGOS 150, INCISO I, E 5º, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Além dos vícios já acima expostos, é certo que as cobranças de ICMS intentadas pelo Estado do Mato Grosso também violam frontalmente o artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, na medida em que estabelecidas em percentuais (que influenciam diretamente a alíquota do imposto) previstos exclusivamente em Decretos Estaduais editados pelo Poder Executivo, sem base legal para tanto.

Com efeito, a despeito das previsões genéricas veiculadas pela Lei Estadual nº 7.098/1998, os adicionais ora combatidos referem-se a novas imposições tributárias que apresentam como fato gerador a remessa de mercadorias a clientes **consumidores finais e não contribuintes do imposto**, criadas sem apoio em qualquer previsão legal que disponha nesse sentido. Ademais, referidos adicionais foram instituídos e fixados em percentuais (de 9% ou 18% no caso do "ICMS Garantido" e de 7% ou 12% no caso da exigência decorrente do Protocolo ICMS nº 21/2011), exclusivamente por meio de Decretos Estaduais editados pelo Poder Executivo.

Em especial, a origem da exigência do ICMS nas operações de aquisição, em outras unidades da Federação, de mercadoria ou bem por consumidor final, pessoa física ou jurídica não inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado (CCE), de forma não presencial, por meio de internet, telemarketing ou showroom, encontra-se na celebração do Protocolo ICMS nº 21/2011, por diversos Estados da Federação, dentre eles o do Mato Grosso.

Ocorre que, pretendendo o Estado do Mato Grosso levar a efeito a exigência do imposto em seu âmbito territorial, nas hipóteses previstas pelo aludido Protocolo, **far-se-ia fundamental a edição de Lei Estadual, em sentido formal, que instituisse a referida cobrança**, inclusive em respeito à segurança jurídica e ao direito assegurado aos contribuintes de não serem compelidos ao pagamento de tributo sem fundamento legal que o legitime.

Assim, nota-se que, tanto em relação à instituição dos adicionais de ICMS em tela, como em relação à fixação dos referidos percentuais acima indicados, há notórios vícios de ilegalidade (nesse último caso, porque tais percentuais influenciam diretamente no estabelecimento do critério quantitativo da hipótese de incidência do tributo exigido, o que apenas poderia ser fixado por lei, em sentido formal).

Como cediço, tal regra, que consubstancia o princípio da estrita legalidade tributária, é prevista pelo artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, abaixo colacionado:



“(...)

*Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; (...).”*

Portanto, apenas posteriormente à edição de Lei Estadual (inclusive que viesse a prever todos os critérios da hipótese de incidência, dentre eles o quantitativo), caberia a edição de Decreto, pelo Poder Executivo, a fim de regulamentar as disposições legais e dar efetividade às normas por ela veiculadas, no âmbito das relações entre a Administração Pública e os contribuintes do imposto.

Todavia, contrariando a determinação constitucional e violando por completo o princípio da estrita legalidade tributária, o Estado do Mato Grosso instituiu as exigências fiscais ora combatidas e estabeleceu os percentuais pelos quais viriam a incidir, diretamente por meio de Decretos, apresentando estes caráter absolutamente inovador do ordenamento jurídico, o que não pode prosperar.

Tendo em vista a instituição de hipóteses diversas de incidência do ICMS no âmbito territorial do Estado do Mato Grosso, estas apenas poderiam ser previstas por lei, devidamente editadas pelo Poder Legislativo, e não por Decretos levados a efeito pelo Poder Executivo, inclusive sob pena de violação ao princípio constitucional da separação dos Poderes.

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

“(...)

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

(...)



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

(negritamos)

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

Destarte, além da violação ao artigo 155, § 2º, inciso VII, alínea “b”, da Constituição Federal, as exigências veiculadas pelos Decretos Estaduais nºs 2.033/2009 (que instituiu o artigo 216-M-1 ao Estadual Decreto nº 1.944/1989) e 312/2011 (que instituiu o § 2º-A ao artigo 216-M-1 e o artigo 398-Z-5 ao Decreto Estadual nº 1.944/1989), ainda contrariam os artigos 5º, inciso II, e 150, inciso I, da Carta Magna.

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

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

Isto porque, como sabido, eventual crédito tributário existente em favor da Fazenda Estadual de Mato Grosso deve ser objeto de constituição por meio de lançamento regular, proporcionando ao contribuinte oportunidade de promover sua defesa administrativa e/ou judicial, sem considerar, é claro, que a própria Secretaria da Fazenda também dispõe de medida judicial adequada para cobrança de débitos, conforme preceitua a Lei Ordinária Federal nº 6.830/80.

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

“(...)

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

(...)”.

(negritamos e sublinhamos)

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

IV – DO PEDIDO

Ex positis, é a presente para requerer:

- a) nos termos do artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei Ordinária Federal nº 9.868/1999, seja deferida a inclusão da Requerente na qualidade de *amicus curiae* na presente demanda;
- b) seja deferida a realização de sustentação oral por parte dos patronos da Requerente quando da inclusão da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade na pauta de julgamento, consoante autorização expressa contida no artigo 131, parágrafo 3º, do Regimento Interno desta Corte; e

c) seja julgada totalmente procedente a presente Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, tendo em vista a flagrante violação aos artigos 155, § 2º, inciso VII, alínea "b"; 5º, inciso II; e 150, inciso I, todos da Constituição Federal, pelos artigos 1º e 2º do Decreto Estadual nº 2.033/2009, e pelos incisos III e IV do Decreto Estadual nº 312/2011, do Estado do Mato Grosso.

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


Termos em que,
pede deferimento.

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




Maria Carolina Antunes de Souza

OAB/SP nº 163.292

P.P. 
Priscilla Viccino Campezzi
OAB/SP nº 185.528

OAB/SP nº 242.278


Bruno Cavarge Jesuino dos Santos
OAB/SP nº 242.278

DECISÃO:

Vistos.

A Câmara Brasileira de Diagnóstico Laboratorial - CBDL vem aos autos requerer a sua admissão no feito na qualidade de **amicus curiae**.

Atendidos os requisitos da relevância da matéria debatida e a representatividade da postulante, nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, **defiro** o pedido.

Reautue-se.

Publique-se.

Brasília, 2 de fevereiro de 2012.

Ministro **DIAS TOFFOLI**

Relator

Documento assinado digitalmente