



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR DO EGRÉGIO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MINISTRO MARCO AURÉLIO**

ADPF 427

REQUERENTE: GOVERNADOR DO ESTADO DO PARANÁ

INTERESSADOS: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

CONGRESSO NACIONAL

O ESTADO DO ACRE, o ESTADO DE ALAGOAS, o ESTADO DO AMAZONAS, o ESTADO DA BAHIA, o ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, o ESTADO DE GOIÁS, o ESTADO DO MARANHÃO, o ESTADO DO MATO GROSSO, o ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL, o ESTADO DE MINAS GERAIS, o ESTADO DO PARÁ, o ESTADO DO PARANÁ, o ESTADO DE PERNAMBUCO, o ESTADO DO PIAUÍ, o ESTADO DO RIO DE JANEIRO, o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, o ESTADO DE RORAIMA, o ESTADO DE SANTA CATARINA, o ESTADO DE SÃO PAULO, o ESTADO DE SERGIPE e o ESTADO DE TOCANTINS, todos devidamente representados por seus respectivos Procuradores ao final nomeados e assinados, vêm, mui respeitosamente, nos autos da ADPF 427, **requerer a Vossa Excelência o seu ingresso no feito na qualidade de AMICI CURIAE**, juntamente com o DISTRITO FEDERAL, com fundamento nos artigos 138 e 1035, § 4º do Novo Código de Processo Civil c/c artigo 131, § 3º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, conforme razões a seguir expostas.

1. RESUMO DA CAUSA

Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), com pedido de liminar, em que o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Paraná suscita a não recepção do Decreto do Conselho de Ministros n. 640/62 por sua absoluta incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988.

Segundo deduzido na inicial da ADPF, referido Diploma Legal, que define os serviços de telecomunicações como indústria básica, viola preceitos fundamentais da nova ordem constitucional: pacto federativo, autonomia dos Estados e repartição da competência tributária.

A liminar pleiteada foi indeferida pelo eminente Ministro Relator sob o fundamento da inexistência de risco de dano, considerando a longa data de vigência da norma, publicada ainda no ano de 1962.

2. DA ADMISSÃO COMO AMICI CURIAE

O NCPC, atento à necessidade de segurança jurídica e de fundamentação específica e adequada das decisões judiciais, expressamente consignou, em seu art. 926, o instituto dos precedentes.

Também tratou de forma específica e diferenciada as questões repetitivas, exigindo, nesses casos, ampla cognição e participação no julgamento (art. 928).

Dentro dessa mesma perspectiva ampliou, ainda, o cabimento da participação do *amicus curiae* para toda a jurisdição ordinária, incluídas, por óbvio, as causas de natureza objetiva, como a ADPF, onde os efeitos da decisão refletirão em todos os processos fundados em idêntica controvérsia.



CNPGEF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

Diz, então, o art. 138 do NCPC:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda OU a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. (grifos nossos)

Assim, é cabível a intervenção do *amicus curiae* quando houver "relevância da matéria, especificidade do tema objeto da demanda OU a repercussão social da controvérsia". (grifou-se)

Os requisitos legais são, pois, alternativos. Por isso, a presença de ao menos um deles é suficiente para a autorização da intervenção. De todo modo, todas as condições objetivas incluídas no art. 138 do NCPC são inerentes à discussão constitucional aqui travada.

Saber se, à luz da nova ordem constitucional, os serviços de telecomunicações podem, ou não, continuar a ser considerados como indústria básica por força do comando do Decreto n. 640/62, demonstra, a não mais poder, a relevância da matéria, a especificidade do tema E a repercussão social da controvérsia.

É indiscutível que essa "ficção" legal idealizada e implementada antes da vigência da Constituição Federal de 1988 impacta na esfera jurídica, notadamente fiscal, de todos os Estados e do Distrito Federal, destinatários que são da competência constitucional para legislar sobre o citado tributo (ICMS) e para auferir grande parte da receita com ele obtida.



CNPGEF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

Essas competências são notoriamente afetadas pela definição legal traçada em momento anterior à Constituição Federal de 1988, que altera a natureza jurídica dos serviços de telecomunicações.

Relembre-se a tranquila jurisprudência deste Pretório Excelso acerca da importância da intervenção do *amicus curiae*, notadamente em sede de controle de constitucionalidade abstrato, hipótese do caso ora em exame:

Despacho: Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizada pelo Partido Popular Socialista – PPS em face de decisão do Juiz de Direito Marcel Maia Montalvão, do Estado de Sergipe, lavrada em processo que tramita em segredo de justiça, que determinou a suspensão do aplicativo de comunicação WhatsApp em todo o Brasil. O Instituto de Tecnologia e Sociedade - ITS, em peça subscrita por advogados com poderes específicos para atuar no feito (eDOC 119), requereu a admissão no feito na condição de *amici curiae*. O ITS afirma ser uma associação de fins não econômicos destinada à pesquisa e ao desenvolvimento de projetos sobre o impacto do avanço tecnológico sobre os diversos campos sociais. Sustenta possuir atuação nacional e internacional, apontando sua colaboração na concepção do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) e na CPI dos crimes cibernéticos na Câmara dos Deputados, dentre outros. Decido. Admissão no feito na condição de *amici curiae*. O *amicus curiae* revela-se como importante instrumento de abertura do STF à participação na atividade de interpretação e aplicação da Constituição, o que é especialmente marcante nos processos de feição objetiva. Como é sabido, a interação dialógica entre o STF e pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas, que se apresentem como amigos da Corte, tem um potencial

**CNPGE DF**COLEGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL**CÂMARA TÉCNICA**

epistêmico de apresentar diferentes pontos de vista, interesses, aspectos e elementos nem sempre alcançados, vistos ou ouvidos pelo Tribunal diretamente da controvérsia entre as partes em sentido formal, possibilitando, assim, decisões melhores e também mais legítimas do ponto de vista do Estado Democrático de Direito. O vigente Código de Processo Civil inovou ao incorporar ao ordenamento jurídico nacional regramento geral para o instituto no âmbito da jurisdição civil. É extremamente salutar que a Corte reflita com vagar sobre as vascularidades existentes entre o regramento das ações de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal e o Processo Civil em geral, especialmente no que diz respeito à legitimidade recursal, etc. De qualquer sorte, consoante disposto no art. 7º, §2º da Lei 9.868/1999, aplicado analógica e subsidiariamente para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nesse ponto em recomendável leitura integrativa com o art. 138, caput, do CPC, duas balizas se fazem necessárias para a sua admissão. De um lado, tem-se a necessidade de relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia. De outro, a representatividade adequada do amicus curiae. Conforme decisão do Ministro Presidente (eDOC 44) a matéria aqui discutida relaciona-se diretamente com o preceito fundamental da liberdade de expressão e de comunicação, sendo, portanto, manifesta a sua relevância. O Instituto de Tecnologia e Sociedade – ITS, congrega professores e pesquisadores de diversas instituições de ensino superior e possui, dentre seus objetivos, a promoção e o desenvolvimento de pesquisas e projetos sobre o impacto social, jurídico, cultural e político das tecnologias de informação e



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

comunicação, com vistas ao oferecimento de propostas que avancem o diálogo democrático e a proteção dos direitos humanos (art. 4º do Estatuto Social, eDOC 107, p.1). Para além de seus objetivos estatutários, o Requerente apresentou uma série de atividades desenvolvidas no âmbito da matéria em questão, demonstrando possuir a necessária representatividade temática material e espacial. Desse modo, mostra-se legítima sua intervenção na condição de *amicus curiae* em virtude da possibilidade de contribuir de forma relevante, direta e imediata no tema em pauta. Diante do exposto, com base no disposto no art. 7º, §2º, da Lei 9.868/199, aqui aplicável por analogia, e o art. 138, caput, do CPC, **admito o Instituto de Tecnologia e Sociedade – ITS como *amicus curiae*, facultando-lhe a apresentação de informações, memoriais escritos nos autos e de sustentação oral por ocasião do julgamento definitivo do mérito da presente ADPF.** À Secretaria para as providências necessárias. Publique-se. Intime-se. Brasília, 03 de outubro de 2016. Ministro Edson Fachin Relator.¹ (grifos nossos)

DECISÃO: Admito, na condição de “*amicus curiae*”, o Sindicato dos Servidores de Ciência, Tecnologia, Produção e Inovação em Saúde Pública – ASFOC – SN, eis que se acham atendidas, na espécie, as condições que justificam a intervenção de tal entidade neste processo de controle normativo abstrato. Proceda-se, desse modo, às anotações pertinentes. Em consequência da admissão do Sindicato dos Servidores de Ciência, Tecnologia, Produção e Inovação em Saúde Pública – ASFOC – SN como “*amicus curiae*”, assino-lhe o prazo de 10 (dez) dias, para que produza, nestes

¹ STF - ADPF 403, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 03/10/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-212 DIVULG 04/10/2016 PUBLIC 05/10/2016.



CNPGEF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

autos, as respectivas razões. 2. Assinalo, por necessário, em face de precedentes firmados por esta Suprema Corte, que o "amicus curiae", uma vez formalmente admitido no processo de fiscalização normativa abstrata, tem o direito de proceder à sustentação oral de suas razões, observado, no que couber, o § 3º do art. 131 do RISTF, na redação conferida pela Emenda Regimental nº 15/2004. Ressalto, ainda, por oportuno, a significativa importância da intervenção formal do "amicus curiae" nos processos objetivos de controle concentrado de constitucionalidade, como tem sido reconhecido pela própria jurisprudência desta Suprema Corte: "'AMICUS CURIAE' - (...) - PLURALIZAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL E A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL - DOUTRINA - PRECEDENTES - (...) - DISCUSSÃO SOBRE A (DESEJÁVEL) AMPLIAÇÃO DOS PODERES PROCESSUAIS DO 'AMICUS CURIAE' - NECESSIDADE DE VALORIZAR-SE, SOB PERSPECTIVA EMINENTEMENTE PLURALÍSTICA, O SENTIDO DEMOCRÁTICO E LEGITIMADOR DA PARTICIPAÇÃO FORMAL DO 'AMICUS CURIAE' NOS PROCESSOS DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA." (ADPF 187/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) Publique-se. Brasília, 25 de maio de 2016. Ministro CELSO DE MELLO Relator.² (grifos nossos)

Justificada, portanto, a intervenção dos requerentes porque há fundado interesse institucional na orientação aqui a ser proferida, que

² STF - ADI 5502, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 25/05/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 30/05/2016 PUBLIC 31/05/2016.

provocará grandes impactos jurídicos e econômicos nos Estados e no Distrito Federal.

3. DO CABIMENTO DA ADPF

Nos termos do art. 102, §1º da CF/88, a ADPF será *"apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei"*.

A Lei n. 9.882/99, então, disciplina essa forma de controle abstrato da constitucionalidade, definindo o seu alcance:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

Como já restou demonstrado na petição inicial, e será adiante reforçado, a presente ADPF se enquadra em ambos os requisitos legais: destina-se a evitar lesão a preceito fundamental e traz controvérsia constitucional sobre lei federal com relevante fundamento.

Flagrante, ainda, a legitimidade ativa do autor, bem como o preenchimento de todos os requisitos da petição inicial elencados no art. 3º da Lei n. 9.882/99, entre eles a existência de *"controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado"* (art. 3º, inciso V da Lei n. 9.882/99), outro fundamento que justifica a iniciativa.



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

Finalmente, inaplicável ao caso o princípio da subsidiariedade consignado no art. 4º, §1º da Lei n. 9.882/99, pois inexistente outro meio eficaz e geral de sanar a lesividade, especialmente por se tratar de legislação editada anteriormente à Constituição Federal de 1988.

É verdade que, como destacado na exordial, há lides subjetivas instauradas para discutir a possibilidade de creditamento do ICMS das operações anteriores por parte das prestadoras de serviço de telecomunicações. Essas demandas têm como fundamento, entre outros, o comando do Decreto n. 640/62.

Presente, pois, a possibilidade daquela discussão – creditamento de ICMS – ser travada em sede de recurso extraordinário. Essa circunstância, porém, longe de impedir a utilização da via eleita, realça o seu cabimento, até por força do contido no já mencionado art. 3º, inciso V da Lei n. 9.882/99. Confirma-se a jurisprudência:

Constitucional. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Membros do Ministério Público. Vedação: art. 128, § 5º, II, “d”. 2. ADPF: Parâmetro de controle. Inegável qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, dentre outros), dos princípios protegidos por cláusula pétrea (art. 60, § 4º, da CF) e dos “princípios sensíveis” (art. 34, VII). A lesão a preceito fundamental configurar-se-á, também, com ofensa a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a um desses princípios. Caso concreto: alegação de violação a uma regra constitucional – vedação a promotores e procuradores da República do exercício de “qualquer outra função pública, salvo uma de magistério” (art. 128, § 5º, II, “d”) –, reputada amparada nos preceitos fundamentais da independência dos poderes – art. 2º, art. 60, § 4º, III – e da independência funcional do Ministério Público – art. 127, § 1º. Configuração de



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

potencial lesão a preceito fundamental. Ação admissível. 3. Subsidiariedade – art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99. Meio eficaz de sanar a lesão é aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. No juízo de subsidiariedade há de se ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Relevância do interesse público como critério para justificar a admissão da arguição de descumprimento. Caso concreto: Institucionalização de prática aparentemente contrária à Constituição. Arguição contra a norma e a prática com base nela institucionalizada, além de atos concretos já praticados. Controle objetivo e subjetivo em uma mesma ação. Cabimento da ADPF. Precedentes. 4. Resolução 5/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que disciplina o exercício de “cargos públicos por membros do Ministério Público Nacional”. Derrogação de disposições que reiteravam a proibição de exercício de “qualquer outra função pública, salvo uma de magistério” (art. 2º), vedavam o afastamento para exercício de “de outra função pública, senão o exercício da própria função institucional” (art. 3º), e afirmavam a inconstitucionalidade de disposições em contrário em leis orgânicas locais (arts. 4º), pela Resolução 72/2011. Ato fundado em suposta “grande controvérsia” doutrinária sobre a questão, a qual colocaria “em dúvida a conveniência da regulamentação da matéria pelo” CNMP. Norma derogadora que inaugurou processo que culminou na institucionalização da autorização para o exercício de funções no Poder Executivo por membros do MP. Flagrante contrariedade à Constituição Federal. Vedação a promotores de Justiça e procuradores da República do exercício de “qualquer outra função



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

pública, salvo uma de magistério" (art. 128, § 5º, II, "d"). Regra com uma única exceção, expressamente enunciada – "salvo uma de magistério". Os ocupantes de cargos na Administração Pública Federal, estadual, municipal e distrital, aí incluídos os ministros de estado e os secretários, exercem funções públicas. Os titulares de cargos públicos exercem funções públicas. Doutrina: "Todo cargo tem função". Como não há cargo sem função, promotores de Justiça e procuradores da República não podem exercer cargos na Administração Pública, fora da Instituição. 5. Art. 129, IX, da CF – compete ao MP "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas". Disposição relativa às funções da instituição Ministério Público, não de seus membros. 6. Licença para exercício de cargo. A vedação ao exercício de outra função pública vige "ainda que em disponibilidade". Ou seja, enquanto não rompido o vínculo com a Instituição, a vedação persiste. 7. Comparação com as vedações aplicáveis a juízes. Ao menos do ponto de vista das funções públicas, a extensão das vedações é idêntica. 8. Cargo versus função pública. O que é central ao regime de vedações dos membros do MP é o impedimento ao exercício de cargos fora do âmbito da Instituição, não de funções. 9. Entendimento do CNMP afrontoso à Constituição Federal e à jurisprudência do STF. O Conselho não agiu em conformidade com sua missão de interpretar a Constituição e, por meio de seus próprios atos normativos, atribuir-lhes densidade. Pelo contrário, se propôs a mudar a Constituição, com base em seus próprios atos. 10. Art. 128, § 5º, II, "d". Vedação que não constitui uma regra isolada no ordenamento jurídico. Concretização da independência funcional do



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

Ministério Público – art. 127, § 1º. A independência do Parquet é uma decorrência da independência dos poderes – art. 2º, art. 60, § 4º, 11. Ação julgada procedente em parte, para estabelecer a interpretação de que membros do Ministério Público não podem ocupar cargos públicos, fora do âmbito da Instituição, salvo cargo de professor e funções de magistério, e declarar a inconstitucionalidade da Resolução 72/2011, do CNMP. Outrossim, determinada a exoneração dos ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada, no prazo de até vinte dias após a publicação da ata deste julgamento.³ (grifos nossos)

Colhe-se do voto do eminente Relator:

No caso brasileiro, o pleito a ser formulado pelos órgãos ou entes legitimados dificilmente versará – pelo menos de forma direta – a proteção judicial efetiva de posições específicas por eles defendidas. A exceção mais expressiva reside, talvez, na possibilidade de o Procurador-Geral da República, como previsto expressamente no texto legal, ou qualquer outro ente legitimado, propor a arguição de descumprimento a pedido de terceiro interessado, tendo em vista a proteção de situação específica. Ainda assim o ajuizamento da ação e sua admissão estarão vinculados, muito provavelmente, ao significado da solução da controvérsia para o ordenamento constitucional objetivo, e não à proteção judicial efetiva de uma situação singular.

Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os

³ STF - ADPF 388, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

demais processos objetivos já consolidados no
sistema constitucional;

Nesse sentido, destaco decisão monocrática do min.
Celso de Mello, na ADPF 126-MC, datada de
19.12.2007:

“O diploma legislativo em questão – tal como tem
sido reconhecido por esta Suprema Corte (RTJ,
189/395-397, v. g.) – consagra o princípio da
subsidiariedade, que rege a instauração do
processo objetivo de arguição de
descumprimento de preceito fundamental,
condicionando o ajuizamento dessa especial ação
de índole constitucional à ausência de qualquer
outro meio processual apto a sanar, de modo
eficaz, a situação de lesividade indicada pelo
autor: (...) O exame do precedente que venho de
referir (RTJ 184/373-374, rel. min. Celso de
Mello) revela que o princípio da
subsidiariedade não pode – nem deve – ser
invocado para impedir o exercício da ação
constitucional de arguição de descumprimento
de preceito fundamental, eis que esse
instrumento está vocacionado a viabilizar, numa
dimensão estritamente objetiva, a realização
jurisdicional de direitos básicos, de valores
essenciais e de preceitos fundamentais
contemplados no texto da Constituição da
República. (...) Daí a prudência com que o
Supremo Tribunal Federal deve interpretar a
regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99, em
ordem a permitir que a utilização dessa nova ação
constitucional possa efetivamente prevenir ou
reparar lesão a preceito fundamental causada por
ato do Poder Público. **NÃO É POR OUTRA
RAZÃO QUE ESTA SUPREMA CORTE VEM**



CNPGEF

COLEGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

ENTENDENDO QUE A INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE, PARA NÃO CONFLITAR COM O CARÁTER OBJETIVO DE QUE SE REVESTE A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, SUPÕE A IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, EM CADA CASO, DOS DEMAIS INSTRUMENTOS DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO: (...) A pretensão ora deduzida nesta sede processual, que tem por objeto normas legais de caráter pré-constitucional, exatamente por se revelar insuscetível de conhecimento em sede de ação direta de inconstitucionalidade (RTJ 145/339, Rel. Min. Celso de Mello – RTJ, 169/763, Rel. Min. Paulo Brossard – ADI 129/SP, Rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, v. g.), não encontra obstáculo na regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99, o que permite – satisfeita a exigência imposta pelo postulado da subsidiariedade – a instauração deste processo objetivo de controle normativo concentrado. Reconheço admissível, pois, sob a perspectiva do postulado da subsidiariedade, a utilização do instrumento processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental”

Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento.

Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e



CNPGEF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

imediate – há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É o que ocorre, fundamentalmente, nas hipóteses relativas ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram.

NESES CASOS, EM FACE DO NÃO CABIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, NÃO HÁ COMO DEIXAR DE RECONHECER A ADMISSIBILIDADE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO.

Também, é possível que se apresente arguição de descumprimento com pretensão de ver declarada a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que tenha a legitimidade questionada nas instâncias inferiores.

Tendo em vista o objeto restrito da ação declaratória de constitucionalidade, não se vislumbra aqui meio eficaz para solver, de forma ampla, geral e imediata, eventual controvérsia instaurada.

(...)

A própria aplicação do princípio da subsidiariedade está a indicar que a arguição de descumprimento há de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição – alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário que não cuide de simples aplicação de lei ou normativo infraconstitucional.

Da mesma forma, controvérsias concretas fundadas na eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo podem dar ensejo a uma pleora de demandas, insolúveis no âmbito dos processos objetivos.



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

Lembro-me do caso da importação de pneus usados – ADPF 101, rel. min. Cármen Lúcia, julgada em 11.3.2009. Ali, o objeto da arguição eram as múltiplas decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus, contra as normas ambientais. Daí, ter-se admitido a ADPF, em face das decisões judiciais, tendo em vista a necessidade de imediata pacificação do tema. Poder-se-ia ter argumentado que haveria a possibilidade de recursos, que a questão acabaria resolvida pela uniformização da jurisprudência. Isso foi superado pela Corte, exatamente, por entender que havia relevância maior no tema.

(...)

A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da arguição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria ideia de prestação judicial efetiva.

Ademais, a ausência de definição da controvérsia – ou a própria decisão prolatada pelas instâncias judiciais – poderá ser a concretização da lesão a preceito fundamental. Em um sistema dotado de órgão de cúpula que tem missão de guarda da Constituição, a multiplicidade ou a diversidade de soluções pode constituir-se, por si só, em ameaça ao princípio constitucional da segurança jurídica e, por conseguinte, em autêntica lesão a preceito fundamental.



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

Assim, tendo em vista o perfil objetivo da arguição de descumprimento, com legitimação diversa, dificilmente poder-se-á vislumbrar uma autêntica relação de subsidiariedade entre o novel instituto e as formas ordinárias ou convencionais de controle de constitucionalidade do sistema difuso, expressas, fundamentalmente, no uso do recurso extraordinário. Como se vê, ainda que aparentemente pudesse ser o recurso extraordinário o meio hábil a superar eventual lesão a preceito fundamental nessas situações, na prática, especialmente nos processos de massa, a utilização desse instituto do sistema difuso de controle de constitucionalidade não se revela plenamente eficaz, em razão do limitado efeito do julgado nele proferido (decisão com efeito entre partes).

ASSIM SENDO, É POSSÍVEL CONCLUIR QUE A SIMPLES EXISTÊNCIA DE AÇÕES OU DE OUTROS RECURSOS PROCESSUAIS - VIAS PROCESSUAIS ORDINÁRIAS - NÃO PODERÁ SERVIR DE ÓBICE À FORMULAÇÃO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO. AO CONTRÁRIO, TAL COMO EXPLICITADO, A MULTIPLICAÇÃO DE PROCESSOS E DECISÕES SOBRE UM DADO TEMA CONSTITUCIONAL RECLAMA, AS MAIS DAS VEZES, A UTILIZAÇÃO DE UM INSTRUMENTO DE FEIÇÃO CONCENTRADA, QUE PERMITA A SOLUÇÃO DEFINITIVA E ABRANGENTE DA CONTROVÉRSIA. (grifos nossos)

Destarte, seja porque não cabe qualquer outro procedimento de controle abstrato da constitucionalidade versando sobre a recepção de lei editada anteriormente à Constituição Federal, seja porque a eventual existência de vias processuais ordinárias não pode servir de óbice ao controle da constitucionalidade abstrato, absolutamente cabível a presente

ADPF pela inexistência de outro caminho apto de resolver a controvérsia colocada de forma definitiva e abrangente.

Ademais, não se discute nesta causa qualquer situação individual, isto é, a possibilidade, ou não, de creditamento de ICMS por parte das prestadoras de serviços de telecomunicações, cerne da controvérsia travada nas vias ordinárias subjetivas. Debate-se exclusivamente, de forma abstrata, a sintonia da qualificação infraconstitucional daquele setor produtivo como indústria básica com a nova ordem constitucional em vigor.

4. INCOMPATIBILIDADE DO DECRETO N. 640/62 COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NÃO RECEPÇÃO

O Decreto n. 640/62 é incompatível com a Constituição Federal de 1988 por violar diversos preceitos fundamentais: preservação do sistema tributário nacional, pacto federativo, distribuição de competência entre os entes da federação para legislar sobre os tributos a eles atribuídos, princípio da isonomia e princípio da legalidade.

Diz o art. 34, do ADCT:

Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.

(...)

§3º. Promulgada a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto.

§4º. As leis editadas nos termos do parágrafo anterior produzirão efeitos a partir da entrada em vigor do sistema tributário nacional previsto na Constituição.



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

§5º. Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §§3º e 4º.

O transcrito dispositivo traz a preservação do novo sistema tributário nacional como preceito fundamental da Carta Política em vigor, ressaltando que nesse novo sistema está incluída a legislação federal, estadual, distrital e municipal elaborada a partir das competências constitucionais atribuídas a cada um dos entes públicos.

Por isso, toda a legislação tributária anterior à Lei Maior somente terá aplicação se for plenamente compatível com as novas regras constitucionais acerca dessa matéria.

A só admissão da manutenção da eficácia do Decreto n. 640/62 macula às escâncaras o preceito fundamental da preservação do sistema tributário nacional definido na Constituição Federal, porque aquele diploma legal está em profunda desarmonia com esse sistema.

Diz o art. 1º do Decreto n. 640/62:

Art. 1º Os serviços de telecomunicações, para todos os efeitos legais, são considerados indústria básica, de interesse para o fomento da economia do país e de relevante significado para a segurança nacional. (grifos nossos)

Já a Carta Política assim trata dos impostos de competência de cada ente federado:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

- I - importação de produtos estrangeiros;
- II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;
- III - renda e proventos de qualquer natureza;



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

- IV - produtos industrializados;
- V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;
- VI - propriedade territorial rural;
- VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

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;

(...)

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

Desses dispositivos constitucionais extraem-se as seguintes conclusões que interessam à solução da controvérsia:

1. Os produtos da atividade industrial são onerados com o imposto sobre produtos industrializados (IPI);



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

2. Sobre a prestação de serviços de qualquer natureza incide o ISS, de competência dos Municípios (art. 156, inciso III da CF/88);
3. As telecomunicações, apesar de constitucionalmente definidas como prestação de serviço, excepcionalmente são tributadas pelo ICMS (art. 155, inciso II CF/88), e não pelo ISS;
4. As atividades de industrialização são tributadas pelo IPI. Para as telecomunicações a incidência desse imposto é expressamente afastada pela Constituição porque a trata como prestação de serviços, e não como um processo de industrialização.

Não há dúvida, então, que, ao estabelecer o sistema nacional tributário, a Constituição Federal, além de definir as telecomunicações como prestação de serviço, embora sobre ela faça incidir o ICMS, e não o ISS, por igual afasta a possibilidade de se ter essa atividade como industrial quando veda a incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

Assim o faz com absoluto acerto porque efetivamente há prestação de serviços, e não processo de industrialização.

Aliás, não fossem as telecomunicações efetiva prestação de serviços, sequer haveria necessidade de lei para equipará-la com a indústria básica.

Note-se que sociedades empresárias que desenvolvem atividades de telecomunicações não entregam um produto (ondas eletromagnéticas, frequências etc.) aos seus usuários, situação típica da produção industrial.

Elas efetivamente colocam a disposição de seus clientes a sua infraestrutura (centrais telefônicas, redes etc.) para viabilizar a prestação de um serviço específico: a possibilidade de comunicação entre eles.



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

No ponto, há outros dois preceitos fundamentais flagrantemente vilipendiados pelo Decreto n. 640/62: o pacto federativo e a repartição de competência tributária entre os entes federados.

Ao estabelecer o novo sistema tributário nacional, que rompe com a ordem constitucional anterior, a Lei Maior afirma o pacto federativo e distribui entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a competência para legislar sobre os seus respectivos impostos.

A mutação da natureza jurídica dos serviços de telecomunicações para indústria básica, feita por lei da União, provoca séria interferência no ICMS, cuja competência para legislar e arrecadar é dos Estados e do Distrito Federal.

Restou demonstrado na inicial da ADPF que, a partir da consideração de que as telecomunicações são atividades de indústria básica para todos os efeitos, conforme preceitua o Decreto n. 640/62, alguns Tribunais Pátrios, entre eles o Colendo Superior Tribunal de Justiça, tem entendido que, por isso, a esses serviços deve ser estendido o direito ao creditamento do ICMS recolhido nas operações anteriores quando da aquisição de energia elétrica.

E o fazem tomando como premissa que, sendo equiparada à atividade industrial por força daquela lei, isso necessariamente implica reconhecer a existência de um processo de industrialização na transformação da energia elétrica em formas de comunicação, o que não é verdade.

Como consequência do vislumbre dessa atividade de industrialização, teriam as prestadoras de serviço de telecomunicações o direito de fazer apuração do imposto considerando a sua não-cumulatividade que, aliás, sequer é princípio constitucional, mas mera técnica de apuração do imposto, não sendo obrigatória a sua observância para toda e qualquer atividade sujeita à imposição do ICMS. Confira-se a jurisprudência deste Pretório Excelso:



CNPGE DF

COLEGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

TRIBUTÁRIO. ICMS. CRÉDITOS DE ICMS DECORRENTES DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES, TRANSPORTE INTERMUNICIPAL, TRANSPORTE INTERESTADUAL, FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA E AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO. UTILIZAÇÃO PELO SUBSTITUÍDO TRIBUTÁRIO: INVIABILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE: INOCORRÊNCIA. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “a regra da não cumulatividade, conforme o estrito preceito contido do Texto Constitucional, não constitui razão suficiente para gerar crédito decorrente do consumo de serviços e de produtos onerados com o ICMS, mas desvinculados do processo de industrialização da mercadoria comercializada como atividade principal” (AI-AgR 807.119, 2ª Turma, Min. Gilmar Mendes, Dje de 01/07/11). Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.⁴

Decisão: Vistos. Digitel S/a - Indústria Eletrônica interpõe agravo de instrumento contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário assentado em contrariedade ao artigo 155, § 2º, incisos I e II, “a”, e inciso XII, “c”, da Constituição Federal. O acórdão do Superior Tribunal de Justiça deu provimento a embargos de divergência para reconhecer que o contribuinte tem direito ao creditamento de ICMS se comprovar ter utilizado a energia elétrica “no processo de industrialização” ou ter utilizado serviços de comunicação na “execução de serviços da mesma natureza”, na forma ao art. 33, II “b” e inciso IV, “a” da

⁴ STF - RE 354376 AgR/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, Dje 3/6/2013.



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

LC 97/96. Decido. Não merece prosperar a irresignação. Pretende o recorrente creditar-se integralmente dos valores de ICMS destacados em documentos fiscais de entrada proveniente dos serviços de energia elétrica e telecomunicações, bem como dos bens de ativo fixo e uso e consumo. Requer o direito à utilização dos créditos sem as restrições trazidas pelo Convênio ICMS nº 66/88 e pela Lei Complementar 87/96. Sustenta-se, essencialmente, que o direito que provém da não-cumulatividade não poderia sofrer restrições na órbita legal, considerando que tal postulado possui previsão constitucional. Afirma que "se a Constituição Federal já enuncia, exaustivamente, quais as hipóteses em que é permitido restringir o direito ao crédito do ICMS, não pode a norma complementar extrapolar o campo de restrição já delimitado pela Constituição". Ao contrário do que alega o recorrente, o Convênio ICMS nº 66/88 e a Lei Complementar nº 87/96 impugnados não restringem o âmbito constitucional do princípio da não cumulatividade. Pelo contrário, admitem o creditamento em situações em que o lançamento escritural não seria possível unicamente por força do Texto Magno. **A Corte vem caminhando para solidificar o entendimento de que o postulado princípio da não-cumulatividade remonta a uma técnica que busca evitar sobreposição de incidências em saídas físicas. Para as demais hipóteses de aquisição em que isto não ocorre (bens de consumo, ativo fixo, matrizes energéticas e outros) o creditamento é regido por disciplina legal, de modo que nesta situação os requisitos e condições não repousam na envergadura do conteúdo constitucional do postulado. Neste sentido: "TRIBUTÁRIO. ICMS. CRÉDITOS DE ICMS DECORRENTES DE SERVIÇOS DE**



CNPGEF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

TELECOMUNICAÇÕES, TRANSPORTE
INTERMUNICIPAL, TRANSPORTE
INTERESTADUAL, FORNECIMENTO DE ENERGIA
ELÉTRICA E AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS
DESTINADAS AO ATIVO FIXO. UTILIZAÇÃO PELO
SUBSTITUÍDO TRIBUTÁRIO: INVIABILIDADE.
OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO-
CUMULATIVIDADE: INOCORRÊNCIA. 1. Segundo
a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “a
regra da não cumulatividade, conforme o estrito
preceito contido do Texto Constitucional, não constitui
razão suficiente para gerar crédito decorrente do
consumo de serviços e de produtos onerados com o
ICMS, mas desvinculados do processo de
industrialização da mercadoria comercializada como
atividade principal” (AI-AgR 807.119, 2ª Turma, Min.
Gilmar Mendes, Dje de 01/07/11). Precedentes. 2.
Agravo regimental a que se nega provimento. (RE
354376 AgR/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro
Teori Zavascki, Dje 3/6/2013) “AGRAVO
REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.
TRIBUTÁRIO. OPERAÇÕES DE CONSUMO DE
ENERGIA ELÉTRICA, DE UTILIZAÇÃO DE
SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO OU DE
AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO ATIVO
FIXO E DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO.
IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DE
CRÉDITOS FISCAIS DE ICMS. LC 102/2000. OFENSA
AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE.
INEXISTÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. I - Não
enseja ofensa ao princípio da não cumulatividade a
situação de inexistência de direito a crédito de ICMS
pago em razão de operações de consumo de energia
elétrica, de utilização de serviços de comunicação ou
de aquisição de bens destinados ao ativo fixo e de
materiais de uso e consumo. Precedentes. II - A



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

modificação introduzida no art. 20, § 5º, da LC 87/96, e as alterações ocorridas no art. 33 da mencionada lei, não ofendem o princípio da não-cumulatividade. Precedentes. III – A existência de decisão plenária, em controle abstrato, de que tenha resultado o indeferimento do pedido de medida cautelar, não impede o julgamento de outros processos sobre idêntica controvérsia. Precedentes. IV - Agravo regimental improvido. (AI 761990 AgR/GO, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 1º/2/2011) “Agravo regimental no recurso extraordinário. Direito de crédito de ICMS em operações envolvendo insumos supostamente imprescindíveis ao processo produtivo. Creditamento que possui fundamento no regime de crédito financeiro, o qual não irradia da Constituição Federal. 1. As hipóteses de creditamento sob o regime de crédito financeiro foram reputadas constitucionais no julgamento da ADI nº 2.325/DF-MC. Contudo, o direito ao reconhecimento de tais créditos irradia da Lei Complementar nº 87/96 e não da Carta Magna. 2. O princípio constitucional da não cumulatividade é uma garantia do emprego de técnica escritural que evite a sobreposição de incidências. As minúcias desse sistema e o contencioso que daí se origina repousam na esfera da legalidade. 3. Agravo regimental não provido.” (RE 604736 AgR/SC, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 26/4/2013) Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. Publique-se. Brasília, 27 de maio de 2014. Ministro Dias Toffoli Relator.⁵ (grifos nossos)

De novo, as telecomunicações não apresentam caráter industrial. A Constituição Federal traça a sua natureza de prestação de

⁵ STF - AI 762433, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 27/05/2014, publicado em DJe-106 DIVULG 02/06/2014 PUBLIC 03/06/2014.



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

serviços porque não há entrega de um produto (ondas eletromagnéticas, pulsos, frequências etc.) ao seu usuário, mas de um serviço, a comunicação.

Por isso que o insumo do processo de telecomunicações é a fonte da informação. A energia elétrica viabiliza o funcionamento dos equipamentos eletrônicos das prestadoras de serviços de telecomunicações, mas não interfere na comunicação em si. As ondas eletromagnéticas produzidas nesses equipamentos se caracterizam apenas como o meio por onde trafegam os pulsos e trens de pulso.

Aliás, as únicas transformações que o insumo sofre são realizadas nos telefones e modems, na propriedade dos usuários e, portanto, utilizando energia elétrica disponibilizada pelos próprios consumidores. É aí que ocorre a transformação para a voz, os dados etc.

A prevalecer entendimento diverso, necessariamente ter-se-ia que admitir que toda atividade que utilize energia elétrica é industrial, ainda que o seu resultado não seja um produto, o que não encontra amparo, nem na Constituição Federal, nem na legislação infraconstitucional.

Na mais absoluta sintonia com a Constituição, preservando o sistema tributário nacional, o art. 46 do CTN assim define o fato gerador do IPI:

Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

- I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;
- II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51;
- III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoar para o consumo.

Inquestionável que a caracterização de uma atividade industrial, e que justifica a incidência do IPI, é a existência de um produto, e não de um serviço, conforme já definira a Carta Política.

Também harmônico com a Lei Maior o Decreto n. 4.552/02, que regulamenta a incidência do IPI, afastando-a quando se trata de serviços de telecomunicações porque não se cuida de industrialização:

Art. 5º Não se considera industrialização:

(...)

b) **instalação de oleodutos, usinas hidrelétricas, torres de refrigeração, estações e centrais telefônicas ou outros sistemas de telecomunicação e telefonia, estações, usinas e redes de distribuição de energia elétrica e semelhantes (grifos nossos).**

Nesse sentido a jurisprudência do Pretório Excelso:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ICMS – CRÉDITO DO VALOR PAGO EM RAZÃO DE OPERAÇÕES DE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA, OU DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO OU, AINDA, DE AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO USO E/OU À INTEGRAÇÃO NO ATIVO FIXO – APROVEITAMENTO – INADMISSIBILIDADE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO – **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não reconhecer, ao contribuinte do ICMS, o direito de creditar-se do valor do ICMS, quando pago em razão de operações de consumo de energia elétrica, ou de utilização de serviços de comunicação ou, ainda, de aquisição de bens destinados ao uso e/ou à integração**



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

no ativo fixo do seu próprio estabelecimento.
Precedentes.⁶ (grifos nossos)

Finalmente, tem-se a Lei n. 9.472/97, conhecida como Lei Geral das Telecomunicações, que é uniforme em tratar as telecomunicações como prestação de serviços, fazendo-o em dezenas de seus dispositivos. Confira-se:

Art. 1º Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos **serviços de telecomunicações**.

Parágrafo único. A organização inclui, entre outros aspectos, o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências.

Art. 60. **Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.**

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

⁶ STF – RE-AgR n. 387795/MG. 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello – DJ de 01.10.2004 p. 33.



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º **Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações**, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

Art. 62. Quanto à abrangência dos interesses a que atendem, **os serviços de telecomunicações classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito.**

Parágrafo único. Os serviços de interesse restrito estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique o interesse coletivo.

Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, **os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.**

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.

Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.

Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral.

Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação:

I - exclusivamente no regime público;

II - exclusivamente no regime privado; ou

III - concomitantemente nos regimes público e privado.

§ 1º Não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização.

§ 2º A exclusividade ou concomitância a que se refere o caput poderá ocorrer em âmbito nacional, regional, local ou em áreas determinadas.

Art. 66. Quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público.



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

Art. 67. Não comportarão prestação no regime público os serviços de telecomunicações de interesse restrito.

Art. 68. É vedada, a uma mesma pessoa jurídica, a exploração, de forma direta ou indireta, de uma mesma modalidade de serviço nos regimes público e privado, salvo em regiões, localidades ou áreas distintas.

Logo, um diploma legal editado pela União, que não tem competência para legislar sobre ICMS, está concedendo um direito às prestadoras de serviços de telecomunicações que não existiria se fossem elas tratadas como verdadeiramente são definidas na Constituição Federal – prestadoras de serviços.

Há, portanto, mácula a importante preceito fundamental decorrente da evidente invasão de competência tributária pela União, e, conseqüentemente, ao pacto federativo, que repercute de forma sensível na arrecadação do ICMS pelos Estados e pelo Distrito Federal, únicos autorizados pela Constituição a legislar sobre o tributo, que ficam com essa competência restringida.

Vilipendiado por igual o preceito fundamental consagrado pelo princípio da legalidade. Não se pode admitir a validade constitucional de lei editada por quem não tem competência para tanto.

Lado outro, mesmo que para argumentar se admitisse ter a União competência constitucional para editar lei com o conteúdo normativo do Decreto n. 640/62, ainda assim o princípio da legalidade restaria ofendido.

Isso porque, sem sombras de dúvida, a alteração da natureza jurídica de uma atividade para efeitos de tributação, ou deveria estar contemplada na própria Constituição, ou, no máximo, na Lei

Complementar a que se refere o art. 146, inciso III da Carta Política. Nunca em uma lei ordinária.

Deste modo, ao transformar os serviços de telecomunicações, para todos os efeitos legais, aí incluídos os tributários, em indústria básica, o Decreto n. 640/62 subverte todo o sistema constitucional tributário nacional, que dispõe serem as telecomunicações uma prestação de serviços, e não de processo de industrialização, viola o pacto federativo e as competências constitucionais dos Estados e do Distrito Federal, bem como o princípio da legalidade.

Mas não é só! Esse ato normativo provoca idêntica, e não menos grave, violação a outro preceito fundamental: o princípio da isonomia.

Repita-se, quando a Constituição afasta a incidência do IPI sobre os serviços de telecomunicações, o faz porque não se trata de processo de industrialização.

Ora, se todas as atividades industriais estão sujeitas à incidência do imposto sobre produtos industrializados, razão alguma haveria para conferir essa natureza jurídica industrial aos serviços de telecomunicações e apenas eles não serem onerados com o referido tributo.

É um tratamento privilegiado que não encontra guarida no preceito fundamental da isonomia entre os contribuintes em situação jurídica equivalentes (art. 150, inciso II da CF/88).

A isonomia igualmente fica quebrada ao se perceber que os serviços de transporte interestadual e intermunicipal, que recebem o mesmo regramento tributário constitucional dos serviços de telecomunicações, não são contemplados com a transformação em atividade industrial e, por isso, ficam impedidos de usufruir dos mesmos benefícios tributários advindos dessa especial condição atribuída exclusivamente para as telecomunicações.



CNPGE/DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

5. PEDIDOS

Ante o exposto, na consideração de que foram atendidos os requisitos legais e tendo em conta a necessidade de aperfeiçoamento e racionalização da sistemática dos precedentes obrigatórios, requer-se o ingresso na causa, na condição de *amici curiae*, de todos os entes públicos subscritores do presente requerimento.

Requer-se, ainda, sejam julgados procedentes os pedidos deduzidos na inicial da ADPF, reconhecendo-se que o Decreto n. 640/62 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Termos em que,

P. e E. deferimento

Brasília, 10 de março de 2017.

ULISSES SCHWARZ VIANA

Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul
Presidente da Câmara Técnica/CNPGE
OAB/DF 30.991

PAOLA AIRES CORRÊA LIMA

Procuradora-Geral do Distrito Federal
OAB/DF 13.907

DAVID LAERTE VIEIRA



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

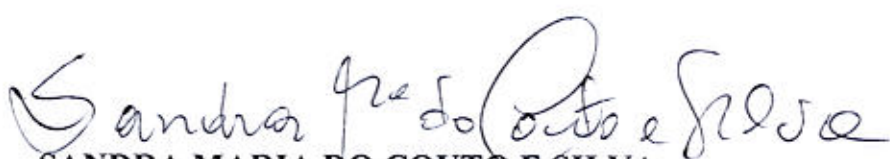
CÂMARA TÉCNICA

Procurador do Estado do Acre
OAB/AC 2468



GENTIL FERREIRA DE SOUZA NETO

Procurador do Estado de Alagoas
OAB/DF 40.008



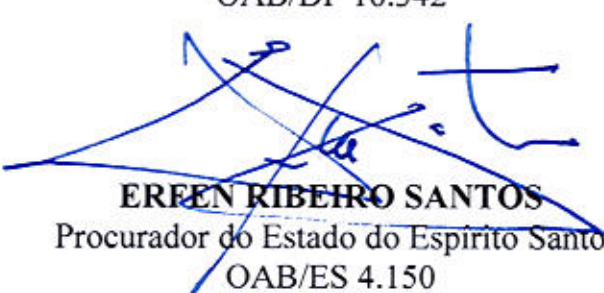
SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA

Procuradora do Estado do Amazonas
OAB/AM 1.565



CANDICE LUDWIG

Procurador do Estado da Bahia
OAB/DF 16.342



EREEEN RIBEIRO SANTOS

Procurador do Estado do Espírito Santo
OAB/ES 4.150



MELISSA ANDREA LINS PELIZ

Procuradora do Estado de Goiás
OAB/GO 19.366

Ref.: Amici Curie – ADF 427



RICARDO DE LIMA SÉLLOS

Procurador do Estado do Maranhão



CNPGEF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

OAB/MA 8.386

LUCAS SCHWINDEN DALLAMICO

Procurador do Estado do Mato Grosso

OAB/MT 16.309-B

Vanessa Saraiva de Abreu

VANESSA SARAIVA DE ABREU

Procuradora do Estado de Minas Gerais

OAB/MG 64.559

José Aloysio Cavalcante Campos

JOSÉ ALOYSIO CAVALCANTE CAMPOS

Procurador do Estado do Pará

OAB/DF 31.031

Jorge Haroldo Martins

JORGE HAROLDO MARTINS

Procurador do Estado do Paraná

OAB/PR 56.169

Ref.: Amici Curie – ADPF 427

Sérgio Augusto Santana Silva

SÉRGIO AUGUSTO SANTANA SILVA

Procurador do Estado de Pernambuco

OAB/PE 15.836

R



CNPGEF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA

Marcia Franco
MÁRCIA MARIA MACEDO FRANCO

Procuradora do Estado do Piauí
OAB/PI 2.802

Emerson Barbosa Maciel
EMERSON BARBOSA MACIEL

Procurador do Estado do Rio de Janeiro
OAB/DF 12.318

Nei Fernando Marques Brum
NEI FERNANDO MARQUES BRUM

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
OAB/RS 34.241

Marcelo de Sá Mendes
MARCELO DE SÁ MENDES

Procurador do Estado de Roraima
OAB/RR257-B

Fernando Filgueiras
FERNANDO FILGUEIRAS

Procurador do Estado de Santa Catarina
OAB/SC 26.054-B

Pedro Ubiratan Escorel de Azevedo
PEDRO UBIRATAN ESCOREL DE AZEVEDO

Procurador do Estado de São Paulo
OAB/SP 56.961

Ref.: Amici Curie – ADPF 427



CNPGE DF

COLÉGIO NACIONAL de
PROCURADORES-GERAIS dos
ESTADOS e do DISTRITO FEDERAL

CÂMARA TÉCNICA


ANDRÉ LUÍS SANTOS MEIRA

Procurador do Estado de Sergipe
OAB/SE 423-A


KLÉDSON DE MOURA LIMA

Procurador do Estado de Tocantins
OAB/TO 4.111

Ref.: Amici Curie – ADPF 427