



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ADI nº 7.070/DF

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI, entidade sindical de grau superior representativa da indústria brasileira, inscrita no CNPJ sob o nº 33.665.126/0001-34, com sede no SBN, Quadra 1, Bloco C, Edifício Roberto Simonsen, Brasília/DF, representada por seus advogados (DOCS. 1 a 3), vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com suporte nos arts. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, 138 do Código de Processo Civil, e 21, inciso XVIII, do Regimento Interno desse Pretório Excelso, **requerer a sua admissão no feito na qualidade de amicus curiae**, conforme razões que passa a expor.

I OBJETO DA AÇÃO DE CONTROLE CONCENTRADO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado de Alagoas em face do art 24-A, § 4º, da Lei Complementar nº 87/96, incluído pela Lei Complementar nº 190/2022, e da expressão “*observado, quanto à produção de efeitos, o disposto na alínea “c” do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal*” contida no art. 3º da Lei Complementar nº 190/2022, a qual regulamenta a cobrança do diferencial de alíquota (Difal) de Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS).



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

2. A matéria era anteriormente regulada por intermédio do Convênio ICMS nº 93/2015, editado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), em razão das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 87/2015 no art. 155, § 2º, incisos VII e VIII, da Carta da República.
3. Todavia, esta Corte Suprema, ao julgar a ADI 5.469 e o RE 1.287.019 (Tema 1093 da repercussão geral), declarou, em fevereiro de 2021, a inconstitucionalidade formal das Cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do referido instrumento normativo, que tratam, especificamente, das operações e prestações em que haja a destinação de bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em estado distinto daquele do remetente.
4. Ao apreciar o mérito da questão, o STF fixou ainda a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das mencionadas Cláusulas do Convênio ICMS nº 93/2015, para que as decisões proferidas produzissem efeitos a partir de 2022, que representava o exercício financeiro seguinte à conclusão dos julgamentos nos processos supracitados, e se conferisse um prazo ao Congresso Nacional para a edição da lei complementar exigida para tratar da temática.
5. A fim de reestabelecer o tratamento conferido pelo Convênio ICMS nº 93/2015 e atender aos comandos constitucionais que exigem que a matéria em questão seja introduzida no sistema normativo tributário mediante lei complementar, foi apresentado no âmbito do Senado Federal o Projeto de Lei Complementar 32/21, cujo objetivo era alterar a Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir) e regulamentar a sistemática de cobrança do ICMS nas operações e prestações interestaduais.
6. Essa propositura seguiu o trâmite legislativo constitucionalmente previsto e foi enviada à sanção presidencial no dia 20/12/2021. Contudo, esse ato político apenas foi praticado no dia 04/01/2022, tendo sido publicado no Diário Oficial da União do dia 05/01/2022 a Lei Complementar nº 190/2022, na qual se previu a obediência à anterioridade nonagesimal, como se extrai da redação do art. 24-A, § 4º, da Lei Kandir, acrescido pela Lei Complementar nº 190/2022, e do art. 3º deste Diploma Legal. Confira-se:



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

Lei Complementar nº 87/96

Art. 24-A. Os Estados e o Distrito Federal divulgarão, em portal próprio, as informações necessárias ao cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, nas operações e prestações interestaduais, conforme o tipo.

(...)

§ 4º Para a adaptação tecnológica do contribuinte, o inciso II do § 2º do art. 4º, a alínea “b” do inciso V do caput do art. 11 e o inciso XVI do caput do art. 12 desta Lei Complementar somente produzirão efeito no primeiro dia útil do terceiro mês subsequente ao da disponibilização do portal de que trata o caput deste artigo.

Lei Complementar nº 190/2022

Art. 3º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, observado, quanto à produção de efeitos, o disposto na alínea “c” do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal.

7. No entanto, o Requerente argumenta que a aplicação do referido princípio, conforme previsto nos dispositivos impugnados na ação direta, bem como do princípio da anterioridade anual, tendo em vista que a lei complementar que legitima a cobrança apenas foi publicada em janeiro do ano presente, acarretaria: a) violação ao Federalismo Fiscal e às regras de competência e de capacidade tributárias, indicando-se que não houve criação de novo tributo e que foi concedida isenção heterônoma por parte da União; b) afronta aos arts. 99 e 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), diante da ocorrência de cobrança do Difal de ICMS desde 2015 e da ausência de verificação de impactos financeiros e orçamentários nos Estados e no Distrito Federal; e c) ofensa ao princípio da unidade político-econômica e da vedação ao tratamento tributário diferenciado, com consequente descalibragem do Sistema Tributário Nacional, promoção da desigualdade regional e intervenção indevida na livre concorrência.

II DA LEGITIMIDADE DA CNI. PERTINÊNCIA TEMÁTICA E INTERESSE DA ENTIDADE

8. A possibilidade de cobrança de novo tributo instituído com base na Lei Complementar nº 190/2022, o qual, na hipótese, é a parcela do ICMS a ser cobrada pelo Estado de destino do consumidor final não contribuinte situado em estado diverso daquele do remetente, sem que se observe a regra constitucional da anterioridade de exercício, é



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

questão que poderá implicar aumento da carga tributária das empresas brasileiras, o que revela guardar a matéria extrema relevância para todo o setor industrial e legitima o pedido de ingresso da Confederação Nacional da Indústria.

9. Quanto ao momento processual para ingresso, a jurisprudência deste egrégio Supremo Tribunal Federal usualmente admite que o *amicus curiae* possa pleitear a intervenção até a data de liberação do processo para pauta. Dentre outros: ADI 4.071-AgR, rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 22-4-2009, Plenário, DJE de 16-10-2009. Ao considerar-se que o presente feito se encontra em estágio processual anterior, revela-se plenamente cabível o presente pedido de ingresso.

10. Quanto à representatividade da CNI, não parece necessário tecer grandes considerações. Trata-se de legitimada constitucionalmente para propor ações diretas, que detém, legal e constitucionalmente, a representação da Indústria como categoria econômica, inclusive para questões judiciais, uma vez que congrega todas as federações industriais nos Estados, incluindo assim, em sua base, todas as indústrias nacionais.

11. Conforme dados de julho de 2019¹, **a indústria brasileira responde por 21,6% do PIB do Brasil**, 20,2% do emprego formal do país (9,4 milhões de trabalhadores), 70,8% das exportações de bens e serviços, 67,4% da pesquisa no setor privado e **por 34,2% dos tributos federais (exceto receitas previdenciárias, que equivalem a 28,7%)**. A cada R\$ 1,00 produzido na indústria, são gerados R\$ 2,40 na economia.

12. A matéria discutida guarda, por evidente, relevância para **os contribuintes industriais** e estreita vinculação aos princípios estatutários da CNI, que, nos exatos termos de seu Estatuto, tem como seus objetivos, dentre outros, “*representar, defender e coordenar os interesses gerais da indústria*” e “*defender a livre iniciativa, a livre concorrência, a propriedade privada e o estado democrático de direito, tendo em conta a valorização do trabalho, a justiça social e o meio ambiente*”; e como uma de suas prerrogativas “*defender, coordenar e representar, no âmbito nacional, os interesses da indústria perante todas as instâncias, públicas e privadas*”².

¹ Disponível em: <<https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/economia/industria-impulsiona-setor-productivo-e-gera-emprego-e-renda/>>. Acesso em 11/03/2022, às 14h21.

² Estatuto da CNI, arts. 3º, incisos I e II, e 4º, inciso I.



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

13. No caso específico, o respeito às garantias fundamentais das empresas contribuintes é de inegável relevo para toda a indústria, o que evidencia a legitimidade da participação da CNI como amiga da corte.

III NOVA RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA RECONHECIDA POR ESTA EGRÉGIA CORTE SUPREMA. COGENTE OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA ANTERIORIDADE ANUAL E DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL

14. Diferentemente do sustentado pelo Requerente, este Pretório Excelso, na ocasião do julgamento da ADI 5.469 e do RE 1.287.019, assentou tanto a necessidade de lei complementar para regulamentar a questão referente à exigência do Difal de ICMS em operações interestaduais para consumidor final não contribuinte, **quanto reconheceu a existência de uma nova relação jurídico-tributária em relação a esta parcela do imposto estadual**, como se extrai da própria ementa desses precedentes:

EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Legitimidade ativa da associação autora. Emenda Constitucional nº 87/15. ICMS. Operações e prestações em que haja destinação de bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em estado distinto daquele do remetente. Inovação constitucional. Matéria reservada a lei complementar. (art. 146, I e III, a e b; e art. 155, § 2º, XII, a, b, c, d e i, da CF/88). Cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS nº 93/2015. Inconstitucionalidade. Tratamento tributário diferenciado e favorecido destinado a microempresas e empresas de pequeno porte. Simples Nacional. Matéria reservada a lei complementar (art. 146, inciso III, d, e parágrafo único CF/88). Cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015. Inconstitucionalidade. Cautelar deferida na ADI nº 5.464/DF, ad referendum do Plenário.

(...)

3. Especificamente no que diz respeito ao ICMS, o texto constitucional consigna caber a lei complementar, entre outras competências, definir os contribuintes do imposto, dispor sobre substituição tributária, disciplinar o regime de compensação do imposto, fixar o local das operações, para fins de cobrança do imposto e de definição do estabelecimento responsável e fixar a base de cálculo do imposto (art. 155, § 2º, XII, a, b, c, d e i).

4. A EC nº 87/15 criou uma nova relação jurídico-tributária entre o remetente do bem ou serviço (contribuinte) e o estado de destino nas operações com bens e serviços destinados a consumidor final não contribuinte do ICMS. Houve, portanto, substancial alteração na sujeição ativa da obrigação tributária. O ICMS incidente nessas operações e prestações, que antes era devido



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

totalmente ao estado de origem, passou a ser dividido entre dois sujeitos ativos, cabendo ao estado de origem o ICMS calculado com base na alíquota interestadual e ao estado de destino, o diferencial entre a alíquota interestadual e sua alíquota interna.

(...)

(ADI 5469, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-099 DIVULG 24-05-2021 PUBLIC 25-05-2021) – grifou-se

EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito tributário. Emenda Constitucional nº 87/2015. ICMS. Operações e prestações em que haja a destinação de bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em estado distinto daquele do remetente. Inovação constitucional. Matéria reservada a lei complementar (art. 146, I e III, a e b; e art. 155, § 2º, XII, a, b, c, d e i, da CF/88). Cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS nº 93/15. Inconstitucionalidade. Tratamento tributário diferenciado e favorecido destinado a microempresas e empresas de pequeno porte. Simples Nacional. Matéria reservada a lei complementar (art. 146, III, d, e parágrafo único, da CF/88). Cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15. Inconstitucionalidade.

1. A EC nº 87/15 criou nova relação jurídico-tributária entre o remetente do bem ou serviço (contribuinte) e o estado de destino nas operações com bens e serviços destinados a consumidor final não contribuinte do ICMS. O imposto incidente nessas operações e prestações, que antes era devido totalmente ao estado de origem, passou a ser dividido entre dois sujeitos ativos, cabendo ao estado de origem o ICMS calculado com base na alíquota interestadual e ao estado de destino, o diferencial entre a alíquota interestadual e sua alíquota interna.

(...)

(RE 1287019, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-099 DIVULG 24-05-2021 PUBLIC 25-05-2021) – grifou-se

15. Em virtude de a lei complementar necessária para tratar da matéria ter sido publicada apenas em janeiro de 2022, e a hipótese ora em exame não atrair nenhuma das exceções dispostas no § 1º do art. 150 da Carta da República, é imperiosa a observância das garantias constitucionais do contribuinte de não ser exigido, pela pessoa jurídica de direito público competente, no exercício de instituição do novo tributo e nos primeiros noventa dias após a data de publicação da lei de instituição da exação, conforme os princípios/regras da anterioridade anual e da anterioridade nonagesimal, contidos, respectivamente, nas alíneas “b” e “c” do inciso III do indigitado dispositivo constitucional, e duas das pedras angulares para o estabelecimento da relação entre fisco e contribuinte.



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

16. Esse entendimento encontra-se em consonância com a doutrina de Paulo de Barros Carvalho³, *in verbis*:

O art. 150, I, veda a possibilidade de exigir-se ou aumentar-se tributo sem que a lei o estabeleça (princípio da legalidade estrita), enquanto o inc. III consagra os cânones da irretroatividade (letra a) e da anterioridade (letra a) e da anterioridade (letra b). Fixemos nossa atenção nesse último. A diretriz da anterioridade, com toda a força de sua presença na sistemática impositiva brasileira, é um “limite objetivo”. Sua comprovação em linguagem competente (a linguagem das provas admitidas em direito) é de uma simplicidade franciscana: basta exhibir o documento oficial relativo ao veículo que introduziu normas jurídicas no sistema do direito positivo, com a comprovação do momento em que se tornou de conhecimento público, e poderemos saber, imediatamente, se houve ou não respeito ao princípio da anterioridade. Dessa linha de raciocínio não discrepa a legalidade. Se o tributo foi introduzido por ato infralegal, o que se prova com facilidade, ficaremos seguros de que o princípio foi violado. Seu sentido experimenta inevitável acomodação no primado da segurança jurídica, vetor axiológico do princípio da anterioridade, de modo que o contribuinte não seja surpreendido com exigência tributária inesperada.

Em função de sua plasticidade, o princípio da anterioridade para muitos parece amoldar-se ora como recorte da eficácia ora como recorte da vigência. Nesse ponto, é preciso dizer enfaticamente que a vigência das normas tributárias no tempo carrega uma particularidade que deve ser posta em relevo. Aquelas que instituem ou majoram tributos não de respeitar não somente o princípio da legalidade, inerente à tipicidade cerrada das figuras tributárias, como também outro limite, qual seja, aquele sobranceiramente enunciado no corpo do art. 150, III, b, e que consiste na necessidade de terem sido publicadas antes do início do exercício financeiro em que se pretenda cobrar a exação. É o princípio da anterioridade, que comporta apenas as exceções enunciadas no § 1º do mesmo preceptivo constitucional. Ora, se bem sopesarmos a conjugação desses dois condicionantes, legalidade e anterioridade, teremos que inferir que as normas jurídicas que decretam tributo novo, ou nova faixa de incidência para tributo já existente, ou ainda venham a aumentá-lo, como expressão econômica, devem sujeitar-se à resultante da combinação dos dois limites.

17. Salutares ainda são as considerações de Humberto Ávila⁴:

Na perspectiva da espécie normativa que a exterioriza, a anterioridade é bidimensional. Sua dimensão normativa preponderante é de regra, na medida em que descreve o comportamento a ser adotado pelo

³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 305-306.

⁴ ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 212-213; 216-217.



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

Poder Legislativo, proibindo a instituição ou majoração de tributos no mesmo exercício em que a lei que os instituiu ou aumentou foi publicada. Novamente é preciso realçar que a anterioridade possui sentido normativo indireto de princípio, na medida em que estabelece o dever de buscar um ideal de previsibilidade, de controlabilidade, de inteligibilidade e de mensurabilidade relativamente aos tributos que os entes federativos competentes irão instituir o aumentar.

(...)

A anterioridade, da mesma forma que a proibição de retroatividade, deve ser interpretada de acordo com a o sobreprincípio da segurança jurídica, que lhe é axiologicamente sobrejacente. A interpretação da regra da anterioridade deve ser feita tendo em vista a conexão substancial que deve ser coerentemente intensificada entre o comportamento a ser adotado pelo Poder Público (editar e publicar a lei no exercício anterior da cobrança do tributo) e os fins de previsibilidade e de mensurabilidade inerentes ao sobreprincípio da segurança jurídica numa concepção constitucionalmente adequada de Estado de Direito.

(...)

Da mesma forma que as contribuições sociais, **os impostos só poderão ser exigidos decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. Não se trata de regra substitutiva da regra da anterioridade, mas de regra cumulativa: além de o imposto só poder ser cobrado a partir do primeiro dia útil do exercício seguinte àquele em que a lei que o instituiu ou aumentou foi editada, a exigência só poderá ser feita, de qualquer modo, noventa dias após a publicação da lei.** Esse mecanismo fortalece a segurança jurídica dos cidadãos.

(grifou-se)

18. Veja-se que este Pretório Excelso já acolheu esse entendimento, conforme se percebe dos seguintes precedentes:

Ementa: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. LEI 4.454/2017 DO ESTADO DO AMAZONAS. INSTITUIÇÃO DE ADICIONAL NAS ALÍQUOTAS DO ICMS, DESTINADO À CRIAÇÃO DE FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA (ART. 82 DO ADCT). PERDA PARCIAL DO OBJETO. COBRANÇA DO TRIBUTO DENTRO DO MESMO EXERCÍCIO FINANCEIRO NO QUAL FOI PUBLICADA A LEI QUE O INSTITUIU. CARACTERIZAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA (ART. 150, III, “B”, DA CF).

1. A revogação expressa de alguns dos dispositivos da norma impugnada enseja a perda parcial do objeto da ação.

2. O Princípio da Anterioridade (art. 150, III, “b”, da CF), por configurar uma das maiores garantias tributárias do cidadão em face do Estado/Fisco, é consagrado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL como cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da CF (ADI 939, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJ de 18/03/1994).



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

Além de constituir garantia individual, assegura a possibilidade de o contribuinte programar-se contra a ingerência estatal em sua propriedade, preservando-se, pois, a segurança jurídica.

3. A instituição do adicional de alíquota de ICMS, facultada pelo art. 82, § 1º, do ADCT, não configura hipótese de relativização do referido princípio.

4. Ação Direta julgada procedente, na parte em que conhecida, para declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do artigo 5º da Lei 4.454/2017 do Estado do Amazonas, restringindo-se a censura aos fatos geradores ocorridos entre a data de vigência da norma (1º de julho de 2017) e 31 de dezembro de 2017.

(ADI 5733, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 02-10-2019 PUBLIC 03-10-2019) – grifou-se

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – BENEFÍCIO FISCAL – REDUÇÃO – ANTERIORIDADE – OBSERVÂNCIA – PRECEDENTES. Alcançado aumento indireto de tributo mediante redução de benefício fiscal, cumpre observar o princípio da anterioridade, **geral e nonagesimal, versado nas alíneas “b” e “c” do inciso III do artigo 150 da Constituição Federal.** Precedente: medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.325/DF, Pleno, da minha relatoria, acórdão publicado no Diário da Justiça de 6 de outubro de 2006.

(ARE 1116443 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 28/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-131 DIVULG 01-07-2021 PUBLIC 02-07-2021) – grifou-se

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA – MERCADORIAS EM ESTOQUE – INOVAÇÃO ONEROSA – PRINCÍPIOS DA ANTERIORIDADE E IRRETROATIVIDADE – OBSERVÂNCIA – PRECEDENTES. Promovido aumento indireto do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS por meio da inovação quanto a mercadorias no regime de substituição tributária, alcançadas aquelas em estoque, surge o dever de observância aos princípios da irretroatividade e da anterioridade, **geral e nonagesimal**, constantes das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso III do artigo 150 da Carta. Precedente – Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.325/DF, de minha relatoria, julgada em 23 de setembro de 2004.

(RE 457792 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 09-12-2015 PUBLIC 10-12-2015) – grifou-se

19. Destarte, como as limitações ao poder de tributar do Estado são indefectíveis, revela-se inafastável a obediência tanto ao princípio da anterioridade anual quanto à regra da noventena.



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

IV INEXISTÊNCIA DAS VIOLAÇÕES INDICADAS NA AÇÃO DIRETA DIANTE DA PROTEÇÃO DIRETA À GARANTIA IRRENUNCIÁVEL DOS CONTRIBUINTES DE NÃO SEREM SURPREENDIDOS POR COBRANÇA NOVA

20. Uma vez constatado que o respeito à anterioridade nonagesimal expressamente prevista nos dispositivos atacados, bem como à anterioridade de exercício de que trata o art. 150, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, são cogentes em virtude do reconhecimento por esta Corte Suprema de nova relação jurídico-tributária inaugurada, igualmente se verifica que **é impossível se cogitar quaisquer das inconstitucionalidades apontadas na petição inicial da ação direta.**

21. A reconhecida necessidade de edição de lei complementar para tratar da matéria revela que a União, no exercício da competência para legislar prevista nos arts. 146, incisos I e III, alíneas “a” e “b”, e 155, § 2º, inciso XII, alíneas “a”, “b”, “c”, “d” e “i”, ambos da Carta da República, apenas fez positivar no sistema normativo brasileiro o conjunto de dispositivos que viabilizam a cobrança do Difal de ICMS.

22. Não obstante, por imperiosa obediência às próprias limitações ao poder de tributar contidas na Lei Maior e considerada a nova relação jurídico-tributária criada, o legislador **fez constar expressa indicação da regra da noventena**, a fim de evitar qualquer dúvida quanto à aplicação dessa garantia dos contribuintes.

23. A positivação das normas atinentes ao Difal de ICMS, exação que possui nítida feição nacional, apenas delimitou, tendo em conta o princípio da uniformidade de que trata o art. 151, inciso I, da Lei Fundamental, o momento em que a cobrança por parte dos Estados e do Distrito Federal poderia se iniciar, de forma que: a) **não se restringiu** o exercício da competência ou da capacidade tributária dessas Unidades Federativas; b) **não se concedeu** qualquer tipo de benefício de ordem tributária; e c) **não se conferiu** a pessoas jurídicas de direito público ou privado tratamento desigual ou diferenciado.

24. Nesse particular, cumpre ainda asseverar que não é defensável que a entrada em vigor da lei complementar autoriza a imediata produção de efeitos das leis estaduais e da lei distrital que previamente instituíram o Difal nas respectivas Unidades da



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

Federação, tendo-se por base o decidido por este Pretório Excelso no julgamento do RE 1.221.330⁵ (Tema 1094 da repercussão geral).

25. Isto porque a observância a uma tese firmada em sede de repercussão geral deve ser realizada levando-se em consideração o próprio Texto Maior e todos os pronunciamentos jurisdicionais, enunciados sumulares e demais teses consagradas por este Colendo Supremo Tribunal Federal, ao qual o constituinte originário confiou a missão de guardião da Carta Política de 1988.

26. Na presente hipótese, muito embora a observância à tese firmada no Tema 1094/STF tenha sido prestigiada inclusive durante o julgamento da ADI 5.469 e do RE 1.287.019 (Tema 1093 da repercussão geral), a discussão não teve como enfoque a necessidade de respeito aos princípios da anterioridade geral e nonagesimal, de modo que a sua aplicação merece ser feita com parcimônia.

27. Se considerada isoladamente a tese do Tema 1094/STF sem qualquer baliza ou controle, a resolução apenas com base na mera inibição de efeitos das legislações de Estados e do Distrito Federal, cuja eficácia seria apenas iniciada com a edição da lei

⁵ Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 1094 DA REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS INCIDENTE NA IMPORTAÇÃO DE BENS E MERCADORIAS, POR PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA, COM BASE EM LEI ESTADUAL EDITADA POSTERIORMENTE À PROMULGAÇÃO DA EC Nº 33/2001, PORÉM ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 114/2002. POSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta CORTE, no julgamento do RE 439.796-RG (Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tema 171), fixou a orientação de que, “após a Emenda Constitucional 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços”. 2. Tal imposição tributária depende da edição de lei complementar federal; publicada em 17/12/2002, a Lei Complementar 114 supriu esta exigência. 3. As leis ordinárias estaduais que previram o tributo após a Emenda 33/2001 e antes da entrada em vigor da LC 114/2002 são válidas, mas produzem efeitos apenas a contar da vigência da referida lei complementar. 4. No caso concreto, o tributo é constitucional e legalmente devido com base na Lei Estadual 11.001/2001, cuja eficácia teve início após a edição da LC 114/2002. 5. Recurso Extraordinário a que se dá provimento, de modo a denegar a segurança, restabelecendo a sentença de primeiro grau. Atribuída repercussão geral a esta matéria constitucional e fixada a seguinte tese de julgamento: “I - Após a Emenda Constitucional 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços, devendo tal tributação estar prevista em lei complementar federal. II - As leis estaduais editadas após a EC 33/2001 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar 114/2002, com o propósito de impor o ICMS sobre a referida operação, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da LC 114/2002” (RE 1221330, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 14-08-2020 PUBLIC 17-08-2020)



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

complementar, poderá negar vigência às garantias individuais dos contribuintes, que são cláusulas pétreas como já assentado pelo STF⁶.

28. Verifica-se, ainda, do RE 439.796 (Tema 171 da repercussão geral), citado nos julgamentos dos Temas 1093 e 1094, a necessidade de obediência aos postulados constitucionais da anterioridade de exercício tributário e da anterioridade nonagesimal, bem destacada pelo Relator, Ministro Joaquim Barbosa, como se infere da própria ementa do aresto:

Ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. ICMS. IMPORTAÇÃO. PESSOA QUE NÃO SE DEDICA AO COMÉRCIO OU À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO OU DE TRANSPORTE INTERESTADUAL OU INTERMUNICIPAL. “NÃO CONTRIBUINTE”. VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2002. POSSIBILIDADE. REQUISITO DE VALIDADE. FLUXO DE POSITIVAÇÃO. EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO.

1. Há competência constitucional para estender a incidência do ICMS à operação de importação de bem destinado a pessoa que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços, após a vigência da EC 33/2001.

2. A incidência do ICMS sobre operação de importação de bem não viola, em princípio, a regra da vedação à cumulatividade (art. 155, § 2º, I da Constituição), pois se não houver acumulação da carga tributária, nada haveria a ser compensado.

3. Divergência entre as expressões “bem” e “mercadoria” (arts. 155, II e 155, §2, IX, a da Constituição). É constitucional a tributação das operações de circulação jurídica de bens amparadas pela importação. A operação de importação não descaracteriza, tão-somente por si, a classificação do bem importado como mercadoria. Em sentido semelhante, a circunstância de o destinatário do bem não ser contribuinte habitual do tributo também não afeta a caracterização da operação de circulação de mercadoria. Ademais, a exoneração das operações de importação pode desequilibrar as relações pertinentes às operações internas com o mesmo tipo de bem, de modo a afetar os princípios da isonomia e da livre concorrência. **CONDIÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA TRIBUTAÇÃO**

4. Existência e suficiência de legislação infraconstitucional para instituição do tributo (violação dos arts. 146, II e 155, XII, § 2º, i da Constituição). A validade da constituição do crédito tributário depende da existência de lei complementar de normas gerais (LC 114/2002) e

⁶ Nesse sentido: ADI 3685, Relator(a): ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2006, DJ 10-08-2006 PP-00019 EMENT VOL-02241-02 PP-00193 RTJ VOL-00199-03 PP-00957; ADI 939, Relator(a): SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/1993, DJ 18-03-1994 PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755.



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

de legislação local resultantes do exercício da competência tributária, contemporâneas à ocorrência do fato jurídico que se pretenda tributar.

5. Modificações da legislação federal ou local anteriores à EC 33/2001 não foram convalidadas, na medida em que inexistente o fenômeno da “constitucionalização superveniente” no sistema jurídico brasileiro. A ampliação da hipótese de incidência, da base de cálculo e da sujeição passiva da regra-matriz de incidência tributária realizada por lei anterior à EC 33/2001 e à LC 114/2002 não serve de fundamento de validade à tributação das operações de importação realizadas por empresas que não sejam comerciais ou prestadoras de serviços de comunicação ou de transporte intermunicipal ou interestadual.

6. A tributação somente será admissível se também respeitadas as regras da anterioridade e da anterioridade, cuja observância se afere com base em cada legislação local que tenha modificado adequadamente a regra-matriz e que seja posterior à LC 114/2002.

Recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul conhecido e ao qual se nega provimento. Recurso extraordinário interposto por FF. Claudino ao qual se dá provimento.

(RE 439796, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-051 DIVULG 14-03-2014 PUBLIC 17-03-2014) – grifou-se

29. Uma leitura conjunta das teses consagradas pelo STF **não pode tornar inoperante as limitações ao poder de tributar**, ainda mais quando se reconhece que se trata de **nova** relação jurídico-tributária entre o ente tributante (Estado de destino) e o contribuinte (consumidor final não contribuinte situado em estado diverso daquele do remetente).

30. Logo, não há que se falar em concessão de isenção heterônoma por parte da União ou em violação ao Federalismo Fiscal, porquanto o Difal de ICMS foi considerado, tanto por este egrégio Supremo Tribunal Federal quanto pelo Congresso Nacional, como parcela nova do imposto estadual, a atrair os princípios da anterioridade nonagesimal, contido nas normas vergastadas na ação direta, e da anterioridade anual.

31. Um raciocínio semelhante oblitera a alegação de ofensa aos arts. 99 e 113 do ADCT, pois embora, no julgamento da ADI 5.469 e do RE 1.287.019, este Pretório Excelso tenha reconhecido se tratar de tributação já em curso e os possíveis efeitos financeiros e orçamentários da ausência de cobrança do diferencial de alíquota, inclusive justificando a modulação de efeitos do acórdão tendo em vista esse contexto fático, igualmente assinalou que a Emenda Constitucional nº 87/2015 inaugurou nova relação jurídica, o que atrairia



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

tudo o quanto já exposto para afastar a suposta violação aos dispositivos constitucionais transitórios.

32. Ademais, a despeito do impacto arrecadatário apontado pelos Estados e pelo Distrito Federal, que seria aproximadamente da ordem de R\$ 10 bilhões, não há que se confundir o condicionamento do início de vigência ou da produção de efeitos com regra de renúncia de receitas, a impossibilitar a invocação do art. 113 do ADCT.

33. Destarte, as alegações de afronta às ordens federativa, financeiro-orçamentária ou concorrencial não procedem, uma vez que não há que se falar em pecha de inconstitucionalidade por proteção direta à garantia irrenunciável dos contribuintes de não serem surpreendidos pela cobrança nova.

V DA IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA

34. Como se depreende do relatado, o Requerente entende pela desnecessidade de obediência aos princípios da anterioridade nonagesimal, disposta nos artigos impugnados na ação direta, e da anterioridade anual, o que justificaria o exercício das atividades de arrecadação, fiscalização e cobrança em relação às operações que resultem na exigência do Difal de ICMS desde 01/01/2022.

35. Por este motivo, pleiteia-se, na petição exordial, a concessão de medida cautelar para que sejam suspensos os efeitos dos arts. 24-A, § 4º, da Lei Kandir, e 3º da Lei Complementar nº 190/2022.

36. Em virtude da possibilidade de as empresas contribuintes, já economicamente afetadas pelo período de dois anos de pandemia e sofrendo agora os impactos de conflito armado internacional em suas atividades⁷, serem submetidas à cobrança de parcela do imposto estadual sem qualquer observância aos princípios da noventena e da anterioridade de exercício, é salutar que seja indeferido o pedido cautelar, a fim de evitar consequências mais sérias, como a instantânea impontualidade do

⁷ Disponível em: <<https://noticias.portaldaindustria.com.br/posicionamentos/pressao-inflacionaria-e-primeiro-efeito-da-guerra-na-ucrania-avalia-cni/>>. Acesso em 15/03/2022, às 09h12.



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

recolhimento de tributos referentes às competências de janeiro, fevereiro e março de 2022, os impactos negativos nas contas das empresas, os percalços do *solve et repete* e até o encerramento da própria atividade empresarial.

37. Deve-se destacar que a Administração Tributária do Estado de Alagoas já havia indicado expressamente que a cobrança do Difal de ICMS respeitaria a anterioridade nonagesimal⁸, bem como que igual conduta foi tomada pelos Estados do Ceará⁹, Rio Grande do Norte¹⁰ e São Paulo (Comunicado CAT nº 02/2022)¹¹, de modo que o acolhimento do pleito cautelar terá o condão de frustrar a legítima expectativa dos contribuintes dessas localidades.

38. Destarte, é premente o indeferimento da liminar requerida na exordial da presente ação direta.

V DOS PEDIDOS

39. Ante todo o exposto, requer-se:

- a) a **admissão da CNI como *amicus curiae***, diante da demonstração da relevância temática e da sua representatividade, garantido o direito de, oportunamente, apresentar memoriais e realizar sustentação oral de suas razões, para que possa contribuir plenamente para o julgamento da presente ação direta;
- b) o indeferimento da medida cautelar pleiteada na petição inicial desta ação direta, com o objetivo de não permitir a cobrança do Difal de ICMS antes do

⁸ Disponível em: <<http://www.sefaz.al.gov.br/noticia/item/3070-cobranca-do-diferencial-de-aliquota-de-nao-contribuinte-do-icms-e-inconstitucional>>. Acesso em 25/01/2022, às 15h43.

⁹ Disponível em: <<https://www.sefaz.ce.gov.br/2022/01/04/inconstitucionalidade-da-cobranca-do-difal/>>. Acesso em 25/01/2022, às 15h49.

¹⁰ Disponível em: <http://www.set.rn.gov.br/contentProducao/aplicacao/set_v2/noticias/enviados/aviso.asp?sTipoNoticia=&nCodigoNoticia=5073>. Acesso em 25/01/2022, às 15h53.

¹¹ Disponível em: <http://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=%2f2022%2fexecutivo+secao+i%2fjaneiro%2f28%2fpag_0023_b35819d3e5c3fa7e43fd2ad17071a8c3.pdf&pagina=23&data=28/01/2022&caderno=Executivo%20I&paginaordenacao=100023>. Acesso em 28/01/2022, às 15h44.



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

transcurso do período da noventena, sendo vedado ao Requerente ou a qualquer outra Unidade Federativa praticar atos tendentes a fiscalização, arrecadação ou cobrança dessa parcela do imposto estadual, até que haja o julgamento definitivo de mérito;

- c) o julgamento conjunto desta ação de controle concentrado com as ADIs 7.066, 7.075 e 7.078, nas quais se discute a temática do Difal de ICMS;
- d) no mérito, a **IMPROCEDÊNCIA da ação direta**, declarando-se a constitucionalidade do art. 24-A, § 4º, da Lei Complementar 87/96, e da integralidade do art. 3º da Lei Complementar nº 190/2022, a fim de que seja cogente a observância tanto ao princípio da anterioridade nonagesimal quanto ao princípio da anterioridade anual de que trata o art. 150, inciso III, alínea “b”, da Lei Maior, de modo que a cobrança do Difal de ICMS somente se inicie a partir de 1º de janeiro de 2023; e
- e) que as futuras publicações e intimações referentes ao presente feito ocorram pelo e-mail “cborges@sesicni.com.br”, se realizadas por endereço eletrônico, ou em nome do advogado **CASSIO AUGUSTO BORGES**, inscrito na **OAB/RJ 91.152 e OAB/DF 20.016-A**, se realizadas por painel eletrônico ou via diário de justiça, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 272, §§ 2º e 5º, do CPC.

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília (DF), 17 de maio de 2022.

CASSIO AUGUSTO BORGES
OAB/RJ 91.152 e OAB/DF 20.016-A

FABIOLA PASINI
OAB/DF 29.740

PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA
OAB/DF 37.996