



Confederação Nacional da Indústria

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI - RELATOR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.464 - DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ref.: ADI 5.464

A **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 em Brasília/DF, no SBN, Quadra 1, Bloco C, Edifício Roberto Simonsen, pelos advogados no fim assinados, respeitosamente, com fulcro no artigo 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, pede ingresso como

AMICUS CURIAE

na ação direta de inconstitucionalidade em referência, em que se discute a constitucionalidade da Cláusula 9ª do Convênio ICMS nº 93/2015, de 17 de setembro de 2015, editado pelo CONFAZ, em razão dos fundamentos que passa a expor.

1. SÍNTESE

A presente ação tem por pedido a declaração de inconstitucionalidade da Cláusula 9ª, do Convênio ICMS nº 93/2015, editado para regulamentar os incisos VII e VIII, do §2º, do artigo 155, CF, inseridos no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 87/2015.

O aludido convênio ato dispõe sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada. A sua Cláusula 9ª, especificamente, estabelece a abrangência do Convênio às micro empresas e empresas de pequeno porte optantes pelo SIMPLES.

Em suma, a autora alega que a Cláusula 9ª ultrapassa o poder regulamentar ofendendo os artigos 5º, II, e 146, III, alínea 'd' (princípio da legalidade); o artigo 145, §1º (princípio da capacidade contributiva); o artigo 150, incisos I e II (princípio da isonomia tributária) e IV (princípio do não confisco); o artigo 155, §2º, inciso I (princípio



Confederação Nacional da Indústria

da não-cumulatividade); o artigo 152 (princípio da uniformidade geográfica da tributação); e artigos 170, IX, e 179 (princípio do tratamento favorecido às micro empresas e as empresas de pequeno porte).

O pedido de liminar foi deferido, em síntese, sob o fundamento de que Cláusula 9ª invadiria a competência de lei complementar, necessária para a regulamentação da matéria.

2. AMICUS CURIAE - INTERVENÇÃO - PERTINÊNCIA TEMÁTICA - INTERESSE - REQUISITOS CUMPRIDOS

Consideradas a relevância da matéria e a representatividade da entidade que o requer, o Art. 7º, §2º, da Lei 9.868/99 admite o ingresso no feito do *amicus curiae*.

Além da importância da posição política quanto à necessidade de observância dos dispositivos constitucionais, a relevância da matéria está justificada pelos potenciais riscos e pela necessidade de proteção das micro empresas e das empresas de pequeno porte, as quais serão, de forma inconstitucional, oneradas em demasia pelas regras estabelecidas no Convênio.

No tocante à representatividade, a CNI detém absoluta pertinência para o ingresso no feito, pois, além de uma das legitimadas pela Constituição Federal para iniciar o processo de controle abstrato de constitucionalidade das normas, representa setores industriais potencialmente atingidos pelo Convênio sob questionamento (vide o quadro de enquadramento sindical a que se refere o art. 577 da CLT). Por isso, possui legitimidade para colaborar com a Corte na condição de *amicus curiae*.

A pertinência temática da CNI advém da inequívoca subordinação das micro empresas e empresas de pequeno porte do setor industrial às disposições do Convênio atacado e da defesa dos interesses dessas empresas estatutariamente por ela promovida.

Ademais, diante da eficácia vinculante dos julgamentos proferidos no controle concentrado, a participação da representação máxima do setor industrial é de grande relevância, inclusive, a fim de defender a posição do setor em relação ao tratamento diferenciado constitucionalmente dispensado às micro empresas e empresas de pequeno porte, na forma da clara disposição dos artigos 170, IX, e 179, da CF.

Quanto ao momento processual para postular o ingresso, a jurisprudência do STF admite que o *amicus curiae* pode pleitear a sua intervenção até a data de liberação do processo para pauta. Dentre outros julgados, vide o proferido na ADI 4.071-AgR, rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 22-4-2009, Plenário, DJE de 16-10-2009.



Confederação Nacional da Indústria

Portanto, a CNI preenche os requisitos para pleitear o ingresso como *amicus curiae* nesta ADI, na qual se discute a constitucionalidade da Cláusula 9ª do Convênio ICMS nº 93/2015.

3. MÉRITO - VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS

3.1. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – necessidade de lei complementar para regulamentar os dispositivos inseridos pela Emenda Constitucional 87/2015

Na linha da decisão liminar proferida por V. Exa, ministro relator, o Convênio, claramente, invadiu competência da lei complementar necessária para disposição das alterações constitucionais promovidas pela EC 87/2015, na medida em que estas são normas de caráter contido e necessitam de leis para sua operacionalização.

A EC nº 87/2015 mudou a sistemática de arrecadação do ICMS nas operações interestaduais destinadas a contribuintes ou não contribuintes do imposto. O Convênio ICMS 93/2015, disciplinando o cumprimento do disposto na emenda, pretende ser aplicável a todas as operações e prestações que destinem bens e serviços a **consumidor final não contribuinte** do ICMS, localizado em outra unidade federada, abrangendo, assim, toda operação em que o remetente da mercadoria deva fazer o recolhimento do imposto ao estado de destino.

Num primeiro ponto, parece que o CONFAZ, ao editar o Convênio, extrapola sua competência, e a abrangência pretendida padece de inconstitucionalidade, em razão do disposto no artigo 146, I, da CF. Para que o Estado possa operacionalizar as alterações introduzidas pela EC 87/2015, *mister* a disciplina da matéria por lei complementar.

Tal necessidade já foi examinada e reconhecida pelo Plenário desse Supremo Tribunal Federal em algumas oportunidades:

“ADICIONAL ESTADUAL DO IMPOSTO SOBRE A RENDA (ART. 155, II, DA C.F.). IMPOSSIBILIDADE DE SUA COBRANÇA, SEM PREVIA LEI COMPLEMENTAR (ART. 146 DA C.F.). Sendo ela materialmente indispensável à dirimência de conflitos de competência entre os Estados da Federação, não bastam, para dispensar sua edição, os permissivos inscritos no art. 24, par. 3., da Constituição e no art. 34, e seus parágrafos, do ADCT. Recurso extraordinário provido para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 1.394, de 2-12-88, do Estado do Rio de Janeiro, concedendo-se a segurança.”(RE 136215, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 18/02/1993, DJ 16-04-1993 PP-06438 EMENT VOL-01699-05 PP-00941)

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. ICMS. IMPORTAÇÃO. PESSOA QUE NÃO SE DEDICA AO COMÉRCIO OU À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE



Confederação Nacional da Indústria

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.

(...) 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 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): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 14-03-2014 PUBLIC 17-03-2014)

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL (ICMS). PRELIMINAR. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. PRESENÇA DE RELAÇÃO LÓGICA ENTRE OS FINS INSTITUCIONAIS DAS REQUERENTES E A QUESTÃO DE FUNDO VERSADA NOS AUTOS. PROTOCOLO ICMS Nº 21/2011. ATO NORMATIVO DOTADO DE GENERALIDADE, ABSTRAÇÃO E AUTONOMIA. MÉRITO. COBRANÇA NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS PELO ESTADO DE DESTINO NAS HIPÓTESES EM QUE OS CONSUMIDORES FINAIS NÃO SE AFIGUREM COMO CONTRIBUINTE DO TRIBUTO. INCONSTITUCIONALIDADE. HIPÓTESE DE BITRIBUTAÇÃO (CRFB/88, ART. 155, § 2º, VII, B). OFENSA AO PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO (CRFB/88, ART. 150, IV). ULTRAJE À LIBERDADE DE TRÁFEGO DE BENS E PESSOAS (CRFB/88, ART. 150, V). VEDAÇÃO À COGNOMINADA GUERRA FISCAL (CRFB/88, ART. 155, § 2º, VI). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS



Confederação Nacional da Indústria

EFEITOS A PARTIR DO DEFERIMENTO DA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR, RESSALVADAS AS AÇÕES JÁ AJUIZADAS. (...)4. **Os Protocolos são adotados para regulamentar a prestação de assistência mútua no campo da fiscalização de tributos e permuta de informações, na forma do artigo 199 do Código Tributário Nacional, e explicitado pelo artigo 38 do Regimento Interno do CONFAZ (Convênio nº 138/1997). Aos Convênios atribuiu-se competência para delimitar hipóteses de concessões de isenções, benefícios e incentivos fiscais, nos moldes do artigo 155, § 2º, XII, g, da CRFB/1988 e da Lei Complementar nº 21/1975, hipóteses inaplicáveis in casu.** 5. **O ICMS incidente na aquisição decorrente de operação interestadual e por meio não presencial (internet, telemarketing, showroom) por consumidor final não contribuinte do tributo não pode ter regime jurídico fixado por Estados-membros não favorecidos, sob pena de contrariar o arquétipo constitucional delineado pelos arts. 155, § 2º, inciso VII, b, e 150, IV e V, da CRFB/88.** (...)15. Ação direta de inconstitucionalidade julgada PROCEDENTE. Modulação dos efeitos a partir do deferimento da concessão da medida liminar, ressalvadas as ações já ajuizadas. (ADI 4628, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014)

No presente caso, tal como reconhecido nos julgados acima, a operacionalização da alteração introduzida pela EC 87/2015 só pode ser disciplinada em lei complementar, imprescindível para dirimir o conflito entre os Estados, signatários e não signatários do Convênio.

No segundo ponto, ignorando o comando constitucional já tratado, o Convênio vai além e estabelece, na sua Cláusula 9ª, a obrigatoriedade de sua observância pelas sociedades optantes pelo SIMPLES:

Cláusula nona. Aplicam-se as disposições deste convênio aos contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - [Simples Nacional](#), instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em relação ao imposto devido à unidade federada de destino.

A norma contida na acima transcrita cláusula nona ofende o disposto no artigo 146, III, "d", da CF, que também determina a utilização de lei complementar para tratar, sob a ótica tributária, do tratamento diferenciado e favorecido dispensado às micro empresas e às empresas de pequeno porte, inclusive em relação ao ICMS. Veja-se:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições



Confederação Nacional da Indústria

previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003\).](#)

Como bem delineado na liminar já concedida, a alteração procedida pela EC 87/2015 em nada altera tal sistemática. Ao contrário, as normas coexistem no ambiente constitucional e devem ter sua aplicação harmonizada, especialmente pelo fato de as micro empresas e as empresas de pequeno porte terem direito ao tratamento diferenciado.

A regulamentação deste tratamento, por sua vez, por força do citado artigo 146, III, d, deve ser realizada mediante edição da lei complementar.

Assim, e para garantir a coexistência dos dispositivos inseridos no texto constitucional pela EC 87/2015 com o tratamento diferenciado a que alude a letra "d" do inciso III do art. 146 da CF, é que a aplicação da nova sistemática da arrecadação para as micro empresas e empresas de pequeno porte só pode ser efetivada via edição de lei complementar e não simplesmente de cláusula de convênio.

Consequência lógica é o reconhecimento da inconstitucionalidade Da Cláusula 9ª do Convênio ICMS 93/2015, ao pretender regulamentar matéria, que, como visto, desafia lei complementar.

3.2. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL – CF, artigos 170, IX, e 179 (princípio do tratamento favorecido às micro empresas e as empresas de pequeno porte).

A ordem econômica tem *status* constitucional. A partir da sua evolução, o fim da informalidade, o incremento da produção e da comercialização e o incentivo ao consumo, tornaram-se essenciais, justificando, inclusive, a edição de novo aparato normativo.

Nesse contexto, surge a Emenda Constitucional nº 42/2003, que acrescentou a alínea “d” ao inciso III, do art. 146 da Constituição, constitucionalizando o tratamento diferenciado e favorecido à micro e pequena empresa. A inovação na ordem constitucional viabilizou a edição da LC nº 123/06 e de suas alterações.

Em pelo menos duas oportunidades, esse Supremo Tribunal já se manifestou sobre a constitucionalidade da LC 123/06:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL PATRONAL. ISENÇÃO CONCEDIDA ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. SIMPLES NACIONAL (“SUPERSIMPLES”). LEI COMPLEMENTAR 123/2006, ART. 13, § 3º. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 3º, III, 5º, CAPUT, 8º, IV, 146, III, D, E 150, § 6º DA CONSTITUIÇÃO. 1. (...) 3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de



Confederação Nacional da Indústria

modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte. (...)” (ADI 4033, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2010, DJe-024 DIVULG 04-02-2011 PUBLIC 07-02-2011 EMENT VOL-02458-01 PP-00001 RTJ VOL-00219- PP-00195 RSJADV mar., 2011, p. 28-37)

“Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Microempresa e empresa de pequeno porte. Tratamento diferenciado. Simples Nacional. Adesão. Débitos fiscais pendentes. Lei Complementar nº 123/06. Constitucionalidade. Recurso não provido. 1. **O Simples Nacional surgiu da premente necessidade de se fazer com que o sistema tributário nacional concretizasse as diretrizes constitucionais do favorecimento às microempresas e às empresas de pequeno porte. A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em consonância com as diretrizes traçadas pelos arts. 146, III, d, e parágrafo único; 170, IX; e 179 da Constituição Federal, visa à simplificação e à redução das obrigações dessas empresas, conferindo a elas um tratamento jurídico diferenciado, o qual guarda, ainda, perfeita consonância com os princípios da capacidade contributiva e da isonomia. (...)** 5. Recurso extraordinário não provido.” (RE 627543, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-212 DIVULG 28-10-2014 PUBLIC 29-10-2014)

Elevado ao *status* constitucional, o tratamento (tributário) diferenciado e favorecido é direito das micro empresas e das empresas de pequeno porte e deve ser necessariamente uma referência na aplicação da Constituição, das leis e dos atos regulamentadores a este setor empresarial, inclusive e principalmente quando houver a introdução ou alteração das obrigações.

A edição de atos normativos, em sesacordo com tal premissa, ofende frontalmente o disposto no art. 170, IX e 179, da CF. Confira-se:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995\)](#)

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de



Confederação Nacional da Indústria

suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

A Cláusula 9ª ora questionada pretende aplicar as alterações da sistemática de arrecadação do ICMS para micro empresas e empresas de pequeno porte, olvidando o objetivo constitucional preconizado pelos arts. 170, IX e 179, da CF, bem como as consequências nefastas a esse setor empresarial, praticamente inviabilizando-o.

E isso porque a mencionada cláusula 9ª impõe enorme aumento de custos e eleva ainda mais a complexidade para o cumprimento de obrigações acessórias, prejudicando a sobrevivência do setor empresarial e, por consequência, afetando a ordem econômica delineada no país. Isso tudo na contramão do tratamento diferenciado e favorecido exigido pela Constituição.

3.3 ECONOMIA PROCESSUAL – Reiteração de todos os fundamentos suscitados na inicial – encampação da r. liminar deferida

No aspecto prático, conforme salientado na inicial e nas contribuições dos demais *amici curiae*, o cumprimento do disposto no convênio impõe ônus excessivo e substancial aumento de custo para as empresas optantes pelos SIMPLES como por exemplo: (i) as empresas passarão a observar a legislação do ICMS de cada localidade em que realizar operações; (ii) as empresas deverão fazer o recolhimento antecipado do ICMS em favor do estado destino prejudicando nitidamente seu fluxo de caixa; (iii) as empresas deverão emitir várias guias para pagamento do ICMS, na origem, no destino e o adicional do FCPB, quando aplicável; (iv) as empresas deverão abrir inscrição estadual em todos os estados em que efetuarem vendas.

Tal operacionalização importará, ainda, numa tributação maior da micro empresa e da empresa de pequeno porte que realizem operação interestadual em face daquelas que realizam apenas operações internas, consideradas as diferenças de alíquotas e a impossibilidade de aproveitamento de créditos.

Em nome da economia, racionalidade e instrumentalidade processuais, reitera-se, aqui, todos os demais argumentos já expostos na inicial e na liminar deferida, os quais ficam expressamente incorporados a esta manifestação da CNI.

4. PEDIDO

Ante o exposto, respeitosamente, requer a CNI:

- (i) a sua **admissão como *amicus curiae*** com a possibilidade de, oportunamente, apresentar memoriais e realizar sustentação oral;
- (ii) o acolhimento do pedido de declaração de inconstitucionalidade da Cláusula 9ª, do Convênio ICMS nº 93/2015;



Confederação Nacional da Indústria

(iii) com fulcro no Art. 39 do CPC, sob pena de nulidade, **que as publicações sejam efetuadas em nome dos signatários** e que as intimações realizadas no SBN, quadra 1, bloco C, Ed. Roberto Simonsen, 13º andar, Brasília/DF.

E. Deferimento

Brasília, 11 de março de 2016

ARIENE D'ARC DINIZ E AMARAL
OAB/DF 20.928

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