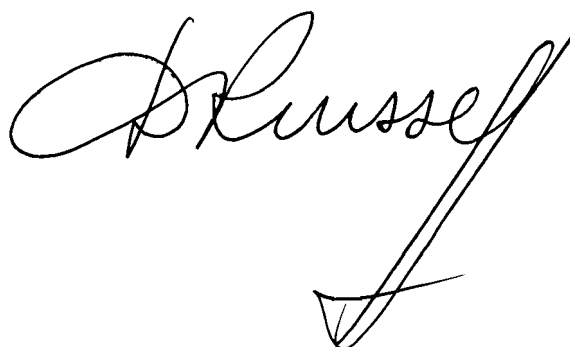


Mensagem nº 73

Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal:

Para instruir o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5216, tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência as informações em anexo, elaboradas pela Advocacia-Geral da União.

Brasília, 27 de março de 2015.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'R. Lewandowski', with a long, sweeping flourish extending downwards and to the right.

**A Sua Excelência o Senhor
Ministro RICARDO LEWANDOWSKI
Presidente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

PROCESSO Nº 00688.000134/2015-33

ORIGEM: STF – Ofício nº 7545/2015, de 16 de março de 2015

ASSUNTO: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5216.

Despacho do Advogado-Geral da União

Adoto, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União, para os fins e efeitos do art. 4º, inciso V, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, as anexas INFORMAÇÕES Nº **03** /2015/SF/AGU, elaboradas pelo Consultor da União Dr. OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO.

Brasília, **27** de março de 2015.

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS
Advogado-Geral da União





**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO Nº 154/2015

PROCESSOS: 00688.000134/2015-33

ORIGEM: STF – Ofício nº 7545/2015, de 16 de março de 2015.

ASSUNTO: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5216

Senhor Advogado-Geral da União,

1. Estou de acordo com as INFORMAÇÕES Nº 03/2015/SF/AGU.
2. À consideração superior.

Brasília, 27 de março de 2015.

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke extending to the right.

ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY
Consultor-Geral da União

INFORMAÇÕES Nº 03/2015/SF/AGU

PROCESSOS: 00688.000134/2015-33; 8620218-47.2015-100.0000

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.216

RELATOR: Ministro GILMAR MENDES

REQUERENTE: Federação Brasileira de Associações de Fiscais de Tributos Estaduais – FEBRAFITE;

AMICUS CURIAE: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB; e Federação das Indústrias no Estado de Mato Grosso - FIEMT

REQUERIDOS: Presidente da República e Congresso Nacional

Excelentíssimo Senhor Consultor-Geral da União,

I HISTÓRICO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de cautelar, requerida pela Federação Brasileira de Associações de Fiscais de Tributos Estaduais – FEBRAFITE; figurando, em posição oposta como *amicus curiai*, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB; e a Federação das Indústrias no Estado de Mato Grosso – FIEMT, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Complementar nº 147/2014, que alterou a letra “a”, do inc. XIII, do § 1º, do artigo 13 e introduziu o artigo 21-B, ambos da Lei Complementar nº 123/2006, que estabelecem a incidência do simples nacional, em vez da legislação do ICMS, nas vendas de microempresas e empresas de pequeno porte.

Alega o requerente, na peça exordial, que os preceptivos trazidos a lume, pelo artigo 2º, da Lei Complementar nº 147/2014,



que alteraram a letra “a”, do inciso XIII, do § 2º, da Lei Complementar nº 123/2006, seriam inconstitucionais, pelo fato de os supracitados dispositivos legais terem suprido a autonomia normativa e administrativa-tributária dos Estados e do Distrito Federal para tributar, disciplinar e fiscalizar a substituição tributária do ICMS pelo vendedor (substituto tributário) pelas vendas futuras ao consumidor final, já que, com a inovação legal, aquele deverá pagar, com a inovação legislativa nacional, apenas o valor relativo ao Simples Nacional calculado sobre o faturamento bruto mensal.

II SOLICITAÇÃO DE INFORMAÇÕES

Através do Ofício nº 7545, de 16 de março de 2015, recebido no dia 17 de março de 2015, o Relator do feito o Excelentíssimo Senhor Ministro do Supremo Tribunal Federal GILMAR MENDES, solicita as informações da Excelentíssima senhora Presidente da República, no prazo de 10 (dez) dias, sobre o alegado na petição inicial, nos termos da Lei nº 9.868, de 10 de outubro de 1999.

III O DIREITO

Preliminarmente, cumpre arguir a ilegitimidade ativa “ad causam” da Federação Brasileira de Associações de Fiscais de Tributos Estaduais – FEBRAFITE, para ajuizar a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, por notória ausência de pertinência



2


temática e pelo fato da requerente abarcar mera fração de categoria funcional (precedentes do STF: ADIMC nº 1.157, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *DJ* de 17/11/2006; ADI nº 353-QO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *DJe* 16/4/1993).

Ressalte-se que não se harmoniza com a necessária pertinência temática, capaz de assegurar a legitimidade ativa, a mera existência de interesse de caráter econômico-financeiro dos agentes fiscais estaduais, sendo, ademais, óbvio que os créditos do ICMS são dos Estados e do Distrito Federal.

Quanto ao mérito, não há, no caso, inconstitucionalidade alguma do artigo 2º, da Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014, que alterara a letra “a”, do inciso XIII, do § 2º, da Lei Complementar nº 123, de 14, de dezembro de 2006, pois não há, na espécie, descumprimento às normas constitucionais que dispõem sobre a autonomia política, administrativa ou financeira estadual ou distrital (CF, art. 1º).

Propedeuticamente, impende ponderar que nenhum dispositivo constitucional deve ser interpretado isoladamente ou autonomamente, mas merece que seja utilizada, no exame da norma, também a interpretação sistemática.

De fato, a Constituição da República atribui competência aos Estados e ao Distrito Federal para instituir o ICMS, e para tratar de substituição tributária (art. 155, “caput”, inciso II; art. 150, § 7º).

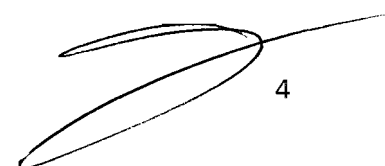


3

Contudo é a própria Constituição Federal que confere poder à lei complementar nacional, da competência legislativa da União, para estabelecer normas gerais de Direito Tributário, inclusive, para definir fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos impostos; para definir os contribuintes do ICMS, para dispor sobre substituição tributária, para disciplinar o regime de compensação do ICMS; fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços sujeitos ao ICMS; regular a forma como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos ou revogados e etc. (CF, art. 146, III, "a"; 155, § 2º, XII).

Portanto, com a Constituição Brasileira, de 1988, a competência legislativa dos Estados e do ICMS nunca foi absoluta, muito pelo contrário, a lei ordinária estadual ou distrital disciplinadora do ICMS sempre foi restrita e teve que obedecer, em quase tudo, as determinações de normas gerais, editadas pela União por meio de lei complementar nacional.

O tratamento, dado pelo artigo 2º, da Lei Complementar nº 147/2014, que alterou normas da letra "a", do inciso XIII, do § 2º, da Lei Complementar nº 123, que trata sobre o Regime Tributário Especial do Simples Nacional, segue esse mesmo diapasão, e encontra-se em perfeita harmonia, ainda, com outras autorizações constitucionais.



4

Transcrevam-se, por exemplo, as normas constitucionais do artigo 146, caput, III, “d”; e parágrafo único (incluídas pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003):

Art. 146. Cabe à lei complementar:

...

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 (ICMS)

Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que:

I - será opcional para o contribuinte; (Portanto, pode ser obrigatório para os Estados, Distrito Federal e Municípios).

II - poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado;

III - o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento;

IV - a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes.

No dispositivo constitucional seguinte, o artigo 146-A corrobora que **“Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.”**

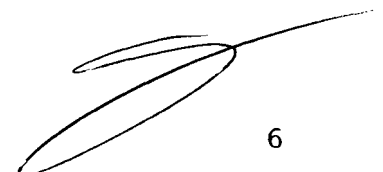
Já o inciso IX, do artigo 170, da Lei Suprema, que trata da ordem econômica e financeira, assegura tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

Se isso tudo já não bastasse para demonstrar a cabal constitucionalidade do artigo 2º da Lei Complementar nº 147/2014, impende transcrever a norma constitucional do artigo 179, que corrobora a constitucionalidade das atacadas normas contidas no Simples Nacional:

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

Assim, a Lei Complementar nº 123/2006, com as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 147/2014, simplesmente, traz o cumprimento dos mandamentos constitucionais de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte e a instituição para essas empresas de regimes especiais ou simplificados.

Ademais, o regime do Simples Nacional obedece aos direitos fundamentais que são detentores os contribuintes de que o Estado tribute, observando o princípio da isonomia tributária e o princípio da capacidade contributiva, além da vedação de utilização de tributo com fins de confisco (CF, art. 150, II; e art. 145, § 1º).



Portanto, por ter menor capacidade contributiva do que as grandes empresas, as empresas de pequeno porte e as microempresas têm direito, reconhecido mesmo pela Constituição de 5 de outubro de 1988, de sofrer uma tributação mais simplificada e mais amena.

Outros ingentes objetivos e valores constitucionais estão envolvidos com esse tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, promovido pelo regime tributário especial do Simples Nacional, como a retira de empresas da informalidade, o combate ao subemprego e ao desemprego, o crescimento econômico e a consequente geração de novos postos de trabalho, a obtenção o equilíbrio socioeconômico entre as diferentes regiões do País, a viabilização de livre concorrência e de maior competitividade no mercado.

Tudo isso demonstra que todo o regime tributário especial do Simples Nacional observa todos esses princípios, mormente, o princípio da igualdade tributária e o princípio da capacidade contributiva.

Insta mencionar que, por ocasião do julgamento, pelo Pleno, da ADI nº 4.033/DF, Relator o senhor Ministro JOAQUIM BARBOSA (*RTJ* 219, p. 195), a nossa Corte Constitucional deixou evidente o reconhecimento da validade constitucional do regime do Simples, ao expressar:

O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a



7

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.

Assim, corretas estão as seguintes conclusões do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, apresentadas nesta ADI, *in verbis*:

(i) Não há qualquer violação à **competência tributária** de Estados e Municípios, pois estes continuam competentes para legislar e administrar, ordinariamente, seus respectivos tributos – em especial ISS e ICMS. O que o SIMPLES prevê é apenas a transferência da **capacidade tributária ativa** para cobrança dos tributos de competência estadual e municipal, o que não se confunde – e nem poderia - com delegação da competência tributária¹;

(ii) A lei complementar não estabelece renúncia fiscal, nem isenção heterônoma, mas sim atende ao mandamento do art. 146 da Carta Magna, que determina a instituição de um **regime tributário favorecido** para as microempresas e empresa de pequeno porte, em que se busca a simplificação para o contribuinte;

(iii) A intromissão na autonomia dos Estados foi autorizada pelo texto constitucional, conforme se infere dos art. 146, III, “d”, e art. 179;

(iv) Não houve criação de novo imposto. O que ocorre é a criação de um novo regime, com amparo na Constituição Federal, transformando em um único recolhimento a cobrança de tributos de todos os entes da federação.

A alegação de que a inovação promovida pelo artigo 2º da Lei Complementar nº 147/2014, prevendo que novas empresas relacionadas com novas atividades possam optar em pagar seus

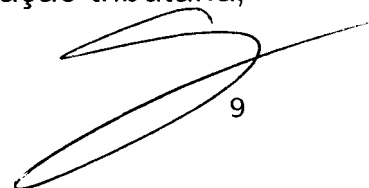
¹ CTN: Art. 7º A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra. ...

tributos pelo regime do Simples Nacional, e não pelo sistema de substituição tributária do ICMS, iria favorecer, necessariamente, a sonegação fiscal é preconceituosa e equivocada, mesmo porque as empresas que podem optar pelo simples serão fiscalizadas, mesmo para que o Fisco possa constatar se foi observado o teto do faturamento bruto delas num determinado período, e em caso negativo a exclusão da empresa no sistema do Simples.

Como corrobora o Conselho Federal da OAB, a guerreada “alteração legislativa em nada prejudica a forma de fiscalização do imposto estadual, posto que tais sociedades destinatárias das vendas, para que a regra seja aplicada, devem estar no SIMPLES NACIONAL, de modo que o recolhimento do ICMS será realizado junto com os demais tributos, e a fiscalização será realizada na forma do diploma legal”.

Assim, consoante pondera o CFOAB, esta forma de fiscalização do Simples Nacional, “não compete exclusivamente aos Estados, mas sim à Secretaria da Receita Federal do Brasil e às Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, e tratando-se de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município (art. 33 da LC n 123/06). Portanto, não haverá qualquer brecha para a sonegação fiscal, eis que a fiscalização será exercida de forma plena pelos entes federativos.”

Argumenta a Autora que o art. 21-B, incluída pelo art. 2º da Lei Complementar nº 147/14, violaria a competência administrativa dos Estados para fixação da data de vencimento de obrigação tributária,



9

descurando julgados do Excelso Supremo Tribunal Federal no sentido de que a definição de vencimento de obrigações tributárias não estaria compreendida no campo reservado à lei, mas sim ao Poder Executivo.

Tal argumento é gritantemente equivocados. O que a nossa Corte Constitucional assentou é que o prazo de pagamento do tributo não faz parte da obrigação tributária, não faz parte da reserva legal absoluta.

Assim, quando o Código Tributário Nacional reza no seu artigo 160, que “quando a **legislação tributária** não fixar o tempo de pagamento, o vencimento do crédito ocorre em 30 (trinta) dias depois da data em que se considera o sujeito passivo notificado do lançamento”, quer significar que estipulando a lei o prazo de pagamento do tributo, este deve ser observado; mas como essa matéria não está na reserva absoluta da lei (CTN, art. 97), já que o termo “legislação” tributária abrange não só a lei, mas inclusive atos normativos expedidos pela administração tributária (CTN, arts. 99 e 100), se a lei autorizar que ato normativo do Poder Executivo altere esse prazo por ela estabelecido, aí, sendo editado ato normativo administrativo, em atendimento da lei, fixando outro prazo este deve prevalecer, não havendo aqui indevida delegação legislativa. Quer dizer também, que, na hipótese de lei não estabelecer o prazo de pagamento do tributo, e sendo estabelecido este por ato normativo administrativo, este é que deve prevalecer.

Contudo, deve ficar bem entendido que, se lei estabelece um prazo, para o pagamento de tributo, e não autoriza expressamente

que ato normativo administrativo o altere, deverá prevalecer, no caso, o prazo legal, em face da hierarquia dos diplomas estabeledoras de normas jurídicas.

Portanto, a matéria concernente à definição do prazo de pagamento de tributo, absolutamente, não está inclusa na competência exclusiva do Poder Executivo, como quer fazer crer a Requerente, de modo que o Poder Legislativo pode, sim, dispor acerca do prazo para o pagamento das obrigações tributárias.

Já quanto à alegação de que os Estados sofreriam redução de arrecadação, com apenas o repasse de uma parcela da arrecadação do referido imposto, em percentuais muito inferiores às alíquotas atuais do ICMS, é de se ressaltar que, se isso suceder, estarão sendo atendidas, de qualquer modo, as normas dos artigos 146, “caput”, inciso III, “d”, e parágrafo único; 146-A; 179; 145, § 1º, e 150, II.

A esse respeito, o CFOAB aduz:

É de se ressaltar que sequer é possível realizar tal comparação. Isso porque trata-se de regime diferenciado em que se busca a redução da onerosidade e simplificação para o contribuinte, aplicando-se regras absolutamente distintas. Dessa forma, como se poderia argumentar que a arrecadação do Estado será reduzida se, conforme destacado pela própria Requerente, a base de cálculo para recolhimento do SIMPLES NACIONAL (faturamento) é diferente daquela estipulada para as operações sujeitas ao imposto estadual para os contribuintes que não se enquadram no regime (preço da mercadoria)? Nessa mesma linha, a própria Requerente afirma na inicial (fl. 16) que o faturamento bruto “*pode contemplar, na sua amplitude semântica e campo de incidência tributária, outros recebimentos que não proveem da venda de mercadorias e serviços*”. Ora, se as bases de cálculos são distintas, obviamente não se poderia analisar apenas a alíquota para se concluir que os Estados estariam perdendo receita. E ainda que se admitisse este fato, as razões para tal estão autorizadas pela Constituição da República, através dos

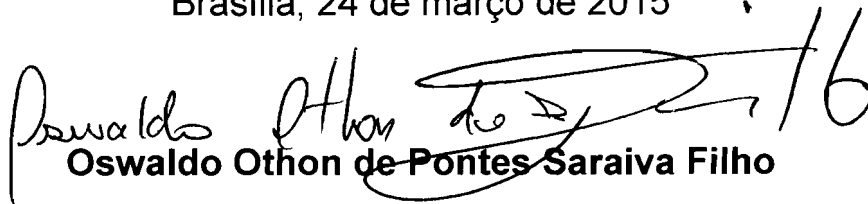
artigos que tratam do regime de tributação favorecido às micro e pequenas empresas, como já abordado nesta peça.

IV CONCLUSÃO

Isto posto, resta concluir pela ilegitimidade ativa “ad causam” da Autora; pelo descabimento de medida cautelar, pela notória inexistência de seus pressupostos, e pela total constitucionalidade do artigo 2º da Lei Complementar nº 147/2014, que alterou a letra “a”, do inc. XIII, do § 1º, do artigo 13 e introduziu o artigo 21-B, ambos da Lei Complementar nº 123/2006, esperando-se a decretação da improcedência desta Ação Direta de inconstitucionalidade, com a declaração de constitucionalidade da norma legal impugnada.

Estas as informações pertinentes e suficientes para instruir esta Ação Direta de Inconstitucionalidade, em resposta ao Ofício nº 7545, de 16 de março de 2015, recebido no dia 17 de março de 2015, o Relator do feito o Excelentíssimo senhor Ministro do Supremo Tribunal Federal GILMAR MENDES.

Brasília, 24 de março de 2015


Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Consultor da União