

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
5.464 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
REQTE.(S) : **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB**
ADV.(A/S) : **MARCUS VINÍCIUS FURTADO COÊLHO E
OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA
FAZENDÁRIA - CONFAZ**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

DECISÃO:

Vistos.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Cláusula 9ª do Convênio ICMS nº 93/2015, editado pelo CONFAZ, por ofensa aos artigos 5º, II; 145, § 1º; 146, III, “d”; 150, I, II e IV; 152; 155, § 2º, I; 170, IX, e 179 da Constituição Federal.

Eis o teor do dispositivo questionado:

“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”.

O autor alega que o CONFAZ não poderia, por ausência de Lei Complementar e de norma constitucional, dispor que as diretrizes celebradas no referido convênio devem ser aplicadas às empresas optantes do Simples Nacional. Expõe que, no regime tributário da LC nº 123/06, os tributos são calculados “mediante aplicação de uma alíquota única incidente sobre a receita bruta mensal e, posteriormente, o produto da arrecadação é partilhado entre os entes tributantes” e que não há a

ADI 5464 MC / DF

incidência de ICMS “em cada operação de venda realizada, mas sim um fato gerador único verificado no final de cada mês-calendário”. Salaria que tal regime tributário foi criado para dar tratamento diferenciado e favorecido aos “empreendedores com menor capacidade contributiva e menor poder econômico”. Sustenta que a citada lei complementar limita o poder de tributar e evita surpresas ao contribuinte. Defende que o dispositivo impugnado desprestigia as microempresas e as empresas de pequeno porte “ante às demais ditas normas sob o enfoque do referido ato”. Relata que o ato questionado provoca insegurança jurídica, onera os impostos a pagar, traz custos burocráticos e financeiros, encarece os produtos, dificulta o cumprimento de obrigações acessórias, aumenta os “custos de conformidade em um momento econômico de crise” e embaraça a viabilidade de empresas de pequenos negócios que comercializam produtos para outros Estados. Assevera que não se observou as disposições constitucionais que estabelecem às micro e pequenas empresas o direito à cobrança tributária unificada. Reputa que “eventual alteração da tributação do ICMS das optantes do SIMPLES, nas operações próprias, depende de prévia mudança da Lei Complementar nº 123, de 2006. Logo, não poderia ter sido veiculada por convênio do CONFAZ”. Alude que novas obrigações acessórias para as empresas optantes do SIMPLES “somente poderiam ter sido instituídas na forma do artigo 1º, § 3º da LC nº 123/2006, cujo desrespeito leva a sua inexigibilidade (§ 6º do mesmo artigo)”.

No tocante à concessão de medida liminar, menciona haver risco de “perecimento do próprio direito, no caso, de que os contribuintes do SIMPLES NACIONAL percam competitividade e cessem suas atividades”. Ressalta que o ato em questão está em vigor desde 1º/01/16. Refere que a norma questionada traz variados impactos como: acúmulo de créditos de ICMS, pois o convênio permite ao remetente compensar “os créditos ICMS apenas com o imposto devido ao Estado de origem”; aumento do valor da operação, já que o ICMS não recuperado e o ICMS devido ao Estado de destino serão incorporados ao custo da operação; violação da não cumulatividade, pois o convênio determina a partilha

ADI 5464 MC / DF

gradual do correspondente ao diferencial de alíquotas entre o Estado de origem e de destino para, em 2019, ser integralmente recolhido para o Estado de destino; violação do princípio da legalidade, em razão da existência de reserva de lei complementar para dispor sobre tratamento tributário diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte; dificuldade em relação à precificação e oferta das mercadorias, pois, “na metodologia de cálculo do imposto devido para o Estado de destino, o remetente deverá levar em consideração a alíquota interna aplicada naquela UF, assim como a alíquota interestadual cabível na operação”; relevante incremento de oneração relativa ao cumprimento de obrigações acessórias, em razão da “inevitável necessidade de parametrização dos sistemas eletrônicos das empresas e incremento da burocracia referente ao imposto”.

Decido.

Diante da alegada ofensa ao tratamento tributário diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte optantes do Simples Nacional e dos riscos aduzidos pelo autor, há, no caso, necessidade de exame da medida cautelar requerida.

Assim, em razão da urgência que o caso requer, solicitem-se informações ao órgão requerido, intimando-se o Senhor **Ministro de Estado da Fazenda** e os Senhores **Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação dos Estados e do Distrito Federal**, para que, no **prazo comum de cinco dias** (art. 10, **caput**, da Lei nº 9.868/99), prestem as necessárias informações a respeito do que contido na inicial.

Após, abra-se vista, sucessivamente, no prazo de **três dias** (art. 10, § 1º, Lei nº 9.868/99), ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República.

Publique-se.

Brasília, 2 de fevereiro de 2016.

Ministro **DIAS TOFFOLI**

Relator

Documento assinado digitalmente