



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS – ABIMAQ, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/ME sob o nº 46.390.209/0001-00, com sede na Avenida Jabaquara nº 2925, CEP 04045-902, São Paulo – SP, que tem por objetivo social, dentre outras finalidades adotar outras medidas judiciais pertinentes, agindo sempre na defesa dos interesses das suas associadas com sede no estado de São Paulo, conforme disposto no art. 2º, III do seu Estatuto Social por seu Presidente, e pelos advogados que esta subscrevem (docs.01 a 04), vem, à presença de Vossa Excelência, com fulcro nos arts. 102, I, a, e 103, IX, da Constituição e no art. 2º, IX, da Lei nº 9.868/99, propor

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COM PEDIDO DE LIMINAR *INAUDITA ALTERA PARS*

visando suspender a eficácia e conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 3º da Lei Complementar nº 190, de 04 de janeiro de 2022, que altera a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir), para regulamentar a cobrança do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre

Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto, consubstanciado nos fatos e fundamentos que passa a expor:

I – NECESSÁRIAS CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

A questão vem se arrastando desde 2015 com a Emenda Constitucional nº 87, que regulamentou a divisão federativa do ICMS entre o estado de origem e o de destino.

Como sabido os Estados regularam a matéria por meio do Convênio Confaz 93/15 e passaram a dividir o ICMS. Ocorre que, diante do erro dessa regulamentação do DIFAL para não contribuinte do ICMS, essa Corte Constitucional, instada a decidir o fez por meio da ADI 5.469 e do RE 1.287.019 (Tema 1.093 da repercussão geral), e reconheceu em fevereiro de 2021 a necessidade de lei complementar para que houvesse tal cobrança, declarando inconstitucional o Convênio Confaz 93/15, porém modulando os efeitos dessa inconstitucionalidade do DIFAL para 01º de janeiro de 2022.

Nesse cenário esse STF entendeu pela necessidade de edição de Lei Complementar para a cobrança do DIFAL em operações interestaduais para consumidor final não contribuinte do imposto.

Por sua vez, diante da urgência do tema e da cobrança do referido imposto, o Congresso Nacional, aprovou em dezembro de 2021 o PLP 32/21, encaminhando para a obrigatória sanção presidencial.

Todavia, a sanção do referido texto normativo somente ocorreu em janeiro de 2022, com a Lei Complementar nº 190, de 04 de janeiro de 2022, publicada no DOU em 05.01.22.

II - DA LEGITIMIDADE, REPRESENTATIVIDADE E PERTINÊNCIA TEMÁTICA DA REQUERENTE PARA PROPOR A PRESENTE ADI

Nos termos do artigo 103 da CF, tem-se o **rol de legitimados ativos** para proposição da ação direta de inconstitucionalidade, que assim dispõe:

“Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.” (grifo nosso)

Com efeito, o dispositivo supra atribui claramente legitimidade ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade para, nos termos do inciso IX do artigo 103 da CF/88, “entidade de classe de âmbito nacional”, ou seja, a ora Requerente.

A requerente é associação de **âmbito nacional**, legalmente constituída desde **1975**, com o objetivo de atuar em favor do fortalecimento da Indústria Nacional, mobilizando o setor, realizando ações junto às instâncias políticas e econômicas, estimulando o comércio e a cooperação nacional e internacional e contribuindo para aprimorar seu desempenho em termos de tecnologia, capacitação de recursos humanos e modernização gerencial na forma do seu Estatuto.

São os objetivos da Requerente, conforme estipulado em seu Estatuto Social (doc. 02), art. 2º:

Art. 2º A ABIMAQ tem como objetivos:

- I – defender, de forma permanente e intransigente, os interesses legítimos das empresas associadas à Entidade;
- II – realizar e patrocinar, em qualquer ponto do território nacional ou no exterior, seminários, conferências, congressos, cursos, palestras, encontros, simpósios, feiras e exposições, relacionados aos seus objetivos e voltados aos interesses das suas associadas;
- III – propor ações, impetrar mandados de segurança coletivos e adotar outras medidas judiciais pertinentes, agindo sempre na defesa dos interesses das suas associadas;
- IV – funcionar como órgão consultivo do Poder Público, apresentando aos órgãos competentes, estudos e soluções para os problemas relacionados à categoria econômica representada;
- V – prestar assistência às empresas associadas visando à solução de seus problemas comuns;
- VI – estimular e facilitar o aperfeiçoamento e desenvolvimento das empresas do setor com vistas à competitividade internacional das mesmas;
- VII – coletar, selecionar, catalogar, armazenar e difundir dados, informações e conhecimentos, visando o desenvolvimento industrial e tecnológico das empresas do setor;
- VIII – entender-se com os Poderes Públicos, órgãos da administração pública direta e indireta e entidades de classe, em assuntos de interesse do setor, defendendo o desenvolvimento econômico e tecnológico nacional;
- IX – defender a livre iniciativa;
- X – coordenar as ações das empresas associadas nas metas comuns, de modo a que a experiência, o estágio tecnológico e a capacitação adquirida pelas de maior desenvolvimento sirvam de apoio para as de menor nível de desenvolvimento;
- XI – colaborar com os órgãos dos Poderes Públicos tendo em vista o objetivo comum do desenvolvimento econômico e social do País.

Parágrafo único – Como meio para atingir seus objetivos, poderá participar em associações sem fins lucrativos, exceto política, mediante proposta aprovada pelo Conselho de Administração, pela maioria absoluta de seus membros, em reunião ordinária, com pauta para discussão da matéria.

É pacífico o entendimento de que não basta a simples afirmativa de ser a entidade/associação de âmbito nacional, nem mesmo em seu Estatuto Social. É necessário que a associação/entidade comprove de fato **possuir representatividade nacional**.

Conforme entendimento dessa Corte é assente que, para os efeitos do referido art. 103, inciso IX, somente se considera entidade de classe aquela que reúne membros que se dedicam a uma só e mesma atividade profissional ou econômica. E mais, a legitimidade ativa *ad causam* de uma entidade de classe de âmbito nacional depende da comprovação de seu caráter nacional.

É necessário que se comprove a atuação transregional da instituição com a existência de associados ou membros em pelo menos nove Estados da Federação.

Nesse sentido a entidade requerente congrega, atualmente, em âmbito nacional, mais de 1600 empresas associadas, estando elas sediadas em mais

de 12 Estados da Federação, vale dizer, **Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Santa Catarina e São Paulo.**

Conforme os documentos anexados, a requerente comprova a relação de associados por Estado de modo a demonstrar a representatividade nacional da entidade em mais de 9 Estados da Federação, nos moldes da jurisprudência desse STF.

Diante da quantidade de associados, a Requerente anexa (doc. 05 a 46), por amostragem, a comprovação de inscrição no quadro associativo de algumas empresas por Estado com a indicação, inclusive do número de inscrição.

Como sabido, o Supremo Tribunal Federal, entende que existem duas espécies de legitimados ativos para o controle concentrado de constitucionalidade, os chamados legitimados ativos universais e os legitimados ativos restritos.

Os legitimados ativos universais são o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional.

Já, os legitimados ativos restritos seriam a Mesa da Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, as Confederações Sindicais e as **entidades de classe de âmbito nacional.**

E são denominados restritos pois, ainda, segundo a jurisprudência do STF, devem **comprovar a denominada “pertinência temática”** para que sua legitimidade seja efetivamente aferida.

Com efeito, seria essa tal “pertinência temática” o nexo causal entre a defesa do interesse dito específico do legitimado restrito e o seu pedido.

A Requerente é uma associação privada que luta pela defesa dos interesses de seus associados. O campo de atuação dos seus associados é a indústria de máquinas e equipamentos, ou seja, operação de industrialização e venda de máquinas e equipamentos, portanto, com a circulação de mercadorias. Sendo assim são diretamente atingidos por quaisquer matérias e operações que tenha fato gerador do ICMS (Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação).

Portanto, nos termos do STF, tem-se demonstrada a pertinência temática, na relação resultante entre os objetivos estatutários da Requerente e o conteúdo material do ato normativo em exame.

É este o entendimento dessa Corte Suprema:

“(...) o âmbito temático da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, que impugna – além da ‘interpretação judicial dada pelo TSE ao texto do § 9º do art. 14 da CF, com a redação dada pela EC de Revisão 4/1994’ (...) – também a LC 64/1990, especificamente no ponto em que esta exige, para efeito de reconhecimento de inelegibilidade, trânsito em julgado para determinadas decisões (art. 1º, I, d, e e h, e art. 15), ou, então, que acolhe ressalva alegadamente descaracterizadora da situação de inelegibilidade a que se refere o art. 1º, I, g, dessa mesma LC 64/1990 (...). Reconheço, preliminarmente, legitimidade ativa ad causam da entidade de classe ora arguente, considerado o que estabelece o art. 2º, I, da Lei 9.882/1999, c/c o art. 103, IX, da CF. Com efeito, esta Suprema Corte já reconheceu que a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) dispõe de qualidade para agir em sede jurisdicional concentrada (RTJ 161/3 – RTJ 199/427-429). Cabe registrar, ainda, que a AMB satisfaz, plenamente, **a exigência jurisprudencial concernente à pertinência temática, consideradas, de um lado, as finalidades institucionais dessa entidade de classe de âmbito nacional e, de outro, o próprio conteúdo material da postulação por ela deduzida.**” (ADPF 144, voto do rel. min. Celso de Mello, julgamento em 6-8-2008, Plenário, DJE de 26-2-2010.) (destaques nossos).

No caso específico da **legitimidade ativa *ad causam* da Requerente (ABIMAQ)**, esse Excelso Supremo Tribunal Federal, assim decidiu:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Decreto nº 1.542-R, de 15 de setembro de 2005, do Estado do Espírito Santo. Inclusão de hipótese de diferimento de ICMS. Descaracterização do instituto. Benefício fiscal. Ausência de convênio entre os estados-membros. Inconstitucionalidade. 1. **Caracterização da ABIMAQ como entidade de classe de âmbito nacional.** O novo estatuto social prevê que a associação é composta apenas por entidades singulares de natureza empresarial, com classe econômica bem definida, não mais restando caracterizada a heterogeneidade de sua composição, que impedira o conhecimento da ADI nº 1.804/RS. Prova, nos autos, da composição associativa ampla, estando presente a associação em mais de nove estados da federação. **Cumprimento da exigência da pertinência temática**, ante a existência de correlação entre o objeto do pedido de declaração de inconstitucionalidade e os objetivos institucionais da associação.” (ADI 3702/ES, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe 30/8/11). (destaques nossos)

III – DO ATO IMPUGNADO

Feitas essas necessárias considerações prévias, bem assim **comprovada a legitimidade, representatividade e pertinência temática da requerente**, voltemos ao ato impugnado.

A referida Lei Complementar nº 190, de 04 de janeiro de 2022 que regulamenta a cobrança do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto, em seu artigo 3º assim dispõe:

“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.”

Sendo Lei Complementar em matéria de ICMS, a referida norma: criou uma nova relação jurídica, definiu os contribuintes, estabeleceu a forma escritural e operacional das regras de imposto; fixou estabelecimento responsável pelo

recolhimento do tributo tendo por base o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços; fixa a base de cálculo de modo que o montante do imposto a integre, entre outras.

Na referida norma, em seu artigo 3º, acima transcrito, o legislador, **entendendo que se tratava de norma complementar de criação de nova relação jurídica tributária**, determinou a observância do artigo 150, III, “c” da Constituição Federal, que assim dispõe:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III - cobrar tributos:

(...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;”

(destaques nossos)

Ocorre que a inserção do referido dispositivo na Lei Complementar 190/2022, tem gerado grandes controvérsias relativamente ao início de produção dos efeitos da norma, ou seja, sobre o início de cobrança pelos Estados do DIFAL em operações interestaduais para consumidor final não contribuinte do ICMS, sendo que em pronunciamentos oficiais a maioria dos Estados já estão comunicando os contribuintes que a operações serão oneradas após transcorrido o prazo da “noventena”, diante da menção ao dispositivo constitucional constante do artigo 3º da LC 190/2022.

Alguns exemplos de Comunicados de Secretarias de Fazenda Estaduais nesse sentido (docs. 47, 48 e 49):



Em atenção à decisão exarada no Tema 1093 do STF, que suspendeu a cobrança do DIFAL em operação interestadual com mercadorias destinadas a não contribuintes do ICMS até o advento de Lei Complementar Federal que veiculasse normas gerais para a cobrança dessa modalidade do tributo, o Fisco do Amazonas vem externar as seguintes considerações acerca da matéria:

- 1) A referida modalidade de DIFAL foi instituída pela Emenda Constitucional nº 87, de 16 de abril de 2015, e surgiu em razão do exponencial crescimento do comércio eletrônico no país. Veio estabelecer sistemática de repartição de receitas do ICMS entre origem e destino quando da remessa interestadual de mercadoria para consumidor final não contribuinte do imposto que, na redação original da CF/88, ficava integralmente com o estado de origem;
- 2) Já como reflexo direto da decisão do Tema 1093 do STF, em 4 de janeiro de 2022, foi publicada a Lei Complementar nº 190/22, que altera a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir), para regulamentar a cobrança do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto;
- 3) O teor da decisão do STF ratifica a validade das leis estaduais editadas no interm das publicações da EC 87/15 e da Lei Complementar nº 190/22. Dessa forma, é constitucional o art. 2º da Lei Complementar Estadual nº 156, de 4 de setembro de 2015;
- 4) Os efeitos práticos da decisão foram modulados e se iniciaram apenas em 1/1/22. Em consequência, normas estaduais que dispunham sobre a matéria terão suas eficácias suspensas dessa data até a produção de efeitos da LC 190/22;
- 5) Reitere-se que a LC nº 190/22 disciplina tão-somente repartição de ICMS quando o adquirente é não contribuinte;
- 6) Por previsão expressa no art. 3º da LC nº 190/22, que remete ao instituto insculpido na alínea "c" do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal, durante o prazo da anterioridade nonagesimal, o Amazonas não considerará em mora o adquirente cujo valor relativo o DIFAL não tenha sido repassado ao fisco;
- 7) Utilizando-se da técnica de contagem de prazo prevista no art. 210 do CTN (Lei 5.172/66), o DIFAL nas remessas de mercadorias destinadas a não contribuinte do ICMS localizado no estado do Amazonas voltará a ser exigido em 5 de abril de 2022;
- 8) Nesse interstício, as notas fiscais que acobertem o trânsito de mercadorias destinadas a não contribuinte do ICMS localizado no Estado do Amazonas serão desembaraçadas independentemente do pagamento do DIFAL;
- 9) No entanto, os sistemas informatizados da SEFAZ continuarão a emitir normalmente os documentos de arrecadação (DAR ou GNRE) para os contribuintes que decidirem recolher voluntariamente o imposto;
- 10) Por fim, o Portal do DIFAL, site dedicado à disponibilização de informações sobre o instituto do DIFAL e cuja obrigatoriedade foi criada pela adição do art. 24-A à LC 87/96, foi ao ar em 30/12/21 e pode ser acessado no [link https://difal.svrs.rs.gov.br/inicial](https://difal.svrs.rs.gov.br/inicial).

07/01/2022

Governo do Estado do RN Sexta-feira, 7 de Janeiro de 2022 Acesso rápido

Acesso à Informação OUVRIDORIA

Secretaria de Tributação

A Secretaria ▾ Programas ▾ ICMS IPVA ITCD PAT Documentos Eletrônicos Legislação MEI Denúncias Fale Conosco Ambiente Restrito ▾

Comunicados e Avisos

Cobrança da DIFAL nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS *

05/01/2022

A Secretaria de Estado da Tributação (SET), comunica que, considerando o advento da publicação da Lei Complementar nº 190, de 04 de janeiro de 2022, que altera a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir), para regulamentar a cobrança do ICMS nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto, deverão ser observadas as seguintes orientações:

- 1 – Em consonância com a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do RE nº 1287019/DF, encontra-se suspensa a cobrança do DIFAL desde o dia 1º/01/2022.
- 2 – Conforme previsto no § 4º do art. 24-A da referida LC 190/22, seus efeitos se darão a partir do primeiro dia do terceiro mês subsequente à disponibilização, pelos Estados e o Distrito Federal, em portal próprio, das informações necessárias ao cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, nas operações e prestações interestaduais.
- 3 – Com o advento do Convênio ICMS nº 235, de 27 de dezembro de 2021, foi instituído o Portal Nacional da diferença entre as alíquotas interna da unidade federada de destino e interestadual, nas operações e prestações destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada, o qual se encontra disponibilizado desde o dia 30 de dezembro de 2021, através do site do CONFAZ (<https://difal.svrs.rs.gov.br/inicial>).
- 4 – Com base na legislação mencionada, a cobrança do DIFAL será reiniciada a partir de 1º de março de 2022.

Álvaro Luiz Bezerra
Secretário da Tributação em Substituição Legal

* Versão atualizada em 05/01/2022 às 17:30

[voltar](#) [topo](#)

COMUNICADOS

Inconstitucionalidade da cobrança do Difal

4 DE JANEIRO DE 2022 - 16:26

A Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará (Sefaz-CE) comunica que, em virtude do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 1287019/DF, foi declarada a inconstitucionalidade da cobrança do Difal devido ao Estado do Ceará, nas operações destinadas a consumidor final, não contribuinte do ICMS, desde a concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF, para as empresas optantes pelo Simples Nacional, e, nos demais casos, a partir de 1º de janeiro de 2022.

Em assim sendo, quando da sanção do PLP nº 32/2021, e sua conversão em Lei Complementar, o § 4º do art. 24-A desta legislação prevê que os efeitos da cobrança do Difal só podem se dar a partir do “primeiro dia útil do terceiro mês subsequente ao da disponibilização do portal”, no sítio do Confaz.

Logo, após a disponibilização da lei complementar no portal, estabelecendo norma geral em matéria de Difal do ICMS, não poderá ser efetuada a cobrança a partir de 1º de janeiro de 2022 até o primeiro dia útil do terceiro mês subsequente ao da disponibilização no portal, conforme previsto.

[Voltar ao topo](#) ^

COMPARTILHAR



Veja-se que até mesmo os estados divergem acerca do início da cobrança da exação, gerando grande insegurança jurídica para o contribuinte.

Essa divergência de início de produção dos efeitos criada pelo artigo 3º da LC 190/22, bem como, em razão das normas estaduais que já foram publicadas (cuja LC 190 lhe dariam fundamento de validade para a produção de efeitos), tem gerado insegurança aos nossos associados que se veem à mercê dos fiscos estaduais de cada ente federativo, diante dessa multiplicidade de datas.

Isso, por si só, já denota a situação de risco que estão as empresas e poderá levar à uma literal enxurrada de processos em cada unidade da federação, veja-se, por exemplo, o caso de uma empresa que opere em no mínimo 9 estados, essa empresa terá que ajuizar ação em cada um desses 9 estados buscando a aplicação do princípio da anterioridade anual e afastando a cobrança da exação nas suas operações interestaduais para consumidor final não contribuinte em cada estado de destino!

A presente ADI teria o condão, não somente de buscar a correta interpretação conforme, mas também de abreviar esse *iter* processual absurdo que as empresas teriam que trilhar na busca da aplicação do princípio constitucional da anterioridade geral (anual) para o caso em tela.

Além disso, não é correta a interpretação constitucional do referido dispositivo que os Estados estão fazendo, pois a LC 190/22, ao determinar em seu próprio texto legal a observância ao artigo 150, III, “c”, o faz no sentido de dar segurança jurídica tributária ao contribuinte, porém o artigo 150, III, “c” deve ser lido com “olhos de ver”, ou seja, no referido dispositivo constitucional encontra-se também, além da necessidade de observância da anterioridade nonagesimal, há a necessidade de se obedecer, também, o disposto na alínea “b” do mesmo diploma constitucional, vale dizer, a chamada anterioridade geral ou “anual”, quando se é vedado cobrar imposto no mesmo exercício financeiro que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, como é o caso da Lei Complementar nº 190/22.

Diante desse cenário nebuloso que a publicação da LC 190/22 causou, tendo em vista que somente foi sancionada e publicada no ano de 2022 e, diante das comunicações que os Estados estão publicando via Secretarias de Fazenda, serve a presente para que esta **C. Corte Constitucional confira interpretação conforme a Constituição Federal sem redução de texto, ao artigo 3º a Lei Complementar nº 190, de 4 de janeiro de 2022 para que se aplique o princípio da anterioridade anual, estampado no artigo 150, III, “b” da *Lex Principalis*.**

IV – DO PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL

IV.1 DA MANIFESTAÇÃO DO STF SOBRE O DIFAL NÃO CONTRIBUINTE E A NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR

Buscaremos com essa peça exordial de ADI alcançar o princípio da economia processual e celeridade nas decisões judiciais, eis que estamos diante de iminente cobrança indevida de imposto pelos Estados, de modo que abreviaremos ao máximo nossas argumentações para chegarmos às conclusões e ao pedido desta ADI.

Como Vossas Excelências sabem, não repisaremos acerca da necessidade de Lei Complementar para a observância e exigência do imposto trazido pela EC 87/15, eis que isso foi palco de recentíssimo julgado desta Suprema Corte que em sede de ADI nº 5469 e RE 1.287.019 (Tema 1.093 da repercussão geral), reconheceu em fevereiro de 2021, que os contribuintes estavam corretos, declarando a necessidade de lei complementar para que houvesse tal cobrança, e validando as inconstitucionalidades identificadas até 31 de dezembro de 2021, através de modulação, cuja ementa da ADI, por ser autoexplicativa, transcrevemos na íntegra:

*“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. 1. A associação autora é formada por pessoas jurídicas ligadas ao varejo que atuam no comércio eletrônico e têm interesse comum identificável. Dispõe, por isso, de legitimidade ativa ad causam para ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade (CF/88, art. 103, IX). 2. **Cabe a lei complementar dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária e estabelecer normas gerais sobre os fatos geradores, as bases de cálculo, os contribuintes dos impostos discriminados na Constituição e a obrigação tributária (art. 146, I, e III, a e b).** Também cabe a ela estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária sobre definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e as empresas de pequeno porte, podendo instituir regime único de arrecadação de impostos e contribuições. 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 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.** 5. Convênio interestadual não pode suprir a ausência de lei complementar dispondo sobre obrigação tributária, contribuintes, bases de cálculo/alíquotas e créditos de ICMS nas operações ou prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto, como fizeram as cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS nº 93/2015. 6. A Constituição também dispõe caber a lei complementar – e não a convênio interestadual – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e as empresas de pequeno porte, o que inclui regimes especiais ou simplificados de certos tributos, como o ICMS (art. 146, III, d, da CF/88, incluído pela EC nº 42/03). 7. A LC nº 123/06, que instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e pelas Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional –, trata de maneira distinta as empresas optantes desse regime em relação ao tratamento constitucional geral atinente ao denominado diferencial de alíquotas de ICMS referente às operações de saída interestadual de bens ou de serviços a consumidor final não contribuinte. Esse imposto, nessa situação, integra o próprio regime especial e unificado de arrecadação instituído pelo citado diploma. 8. A cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, ao determinar a extensão da sistemática da Emenda Constitucional nº 87/15 aos optantes do Simples Nacional, adentra no campo material de incidência da LC nº 123/06, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento tributário diferenciado e favorecido a ser dispensado a microempresas e empresas de pequeno porte. 9. Existência de medida cautelar deferida na ADI nº 5.464/DF, ad referendum do Plenário, para suspender a eficácia da cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, editado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), até o julgamento final daquela ação. 10. Ação direta julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade formal das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS nº 93, de 17 de setembro de 2015, do

Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), por invasão de campo próprio de lei complementar federal. 11. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio questionado, para que a decisão produza efeitos, quanto à cláusula nona, desde a data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF e, quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste presente julgamento (2022), aplicando-se a mesma solução em relação às respectivas leis dos estados e do Distrito Federal, para as quais a decisão deverá produzir efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), exceto no que diz respeito às normas legais que versarem sobre a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, cujos efeitos deverão retroagir à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF. Ficam ressalvadas da modulação as ações judiciais em curso.”

O que é importante, no referido julgado, para fins da presente ADI é que esta Colenda Corte Constitucional entendeu acerca da necessidade de lei complementar para fundamentar a cobrança do DIFAL nas operações e prestações interestaduais para consumidor final não contribuinte, pois, conforme trecho do acórdão **"houve, portanto, substancial alteração na sujeição ativa da obrigação tributária"**, ou seja, esse STF entendeu que sim, **há nova relação jurídica tributária a ser regulada por Lei Complementar**, para fins de amparar a cobrança pelos Estados do referido tributo.

Portanto, sob tal aspecto, já está pacificado o entendimento do STF sobre a obrigatoriedade de publicação de Lei Complementar para fundamentar a exigência pelos Estados de destino do DIFAL do ICMS em operações ou prestações interestaduais para consumidor final não contribuinte do referido imposto.

Uma vez declarado inconstitucional o Convênio 93/15 foi retirado do mundo jurídico (não há reprivatização, nem expressa, nem tácita) sendo que essa Corte Constitucional apenas modulou os efeitos da sua decisão para que começasse a valer a partir de 1º de janeiro de 2022, diante da necessidade de edição de Lei Complementar para tal.

IV.2 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 190/2022

Diante da decisão desta Suprema Corte Constitucional, retirando do mundo jurídico o Convênio ICMS nº 93/15 e deixando os Estados sem fundamento legal para exigir o ICMS DIFAL nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS, **não houve outra alternativa senão ao Congresso elaborar projeto de Lei complementar para tal exigência, de modo que aquele parlamento o fez, aprovando em dezembro de 2021, o PLP 32/21 e, posteriormente, o encaminhou para sanção presidencial.**

Todavia, a referida sanção presidencial e a publicação da respectiva Lei Complementar somente ocorreram na terça-feira (4/1/22) e quinta-feira (5/1/2022) respectivamente, ou seja, somente no exercício financeiro de 2022, transformando-se na Lei Complementar nº 190.

O Congresso fez a sua parte, tendo aprovado em dezembro o PL 32/21 e o encaminhou para sanção presidencial. Nesse meio tempo, os estados aprovaram em 27 de dezembro o Convênio Confaz 236/21 regulando a matéria (embora sua publicação só tenha ocorrido no último dia 6). Ocorre que a sanção presidencial ao PL 32/21 só ocorreu na terça-feira (4/1/22), transformando-se na Lei Complementar 190.

Em resumo, do até aqui exposto, tem-se:

- 1) Em 2015, foi aprovada a Emenda Constitucional 87.
- 2) EC 87 cria uma divisão federativa do ICMS entre o estado de origem e o de destino.
- 3) Criou o chamado diferencial de alíquota nas operações mencionadas.
- 4) EC 87 não era autoaplicável aos Estados.
- 5) Confaz por meio do Convênio 93/15 pretendeu regulamentar a EC 87
- 6) STF declarou em 2021 inconstitucional o Convênio 93/15 e a cobrança de Difal, sob o fundamento de que a EC 87/15 trouxe **substancial alteração na sujeição**

ativa da obrigação tributária, e o “DIFAL” estava sendo cobrado sem que tivesse havido uma lei complementar que a regulasse.

- 7) O STF, ao declarar inconstitucional essa exigência modula os efeitos da sua decisão para que tenha aplicação apenas a partir de 01º de janeiro de 2022.
- 8) Congresso aprova o PLP 32/21 em dezembro de 2021 e encaminha para sanção presidencial no mesmo mês.
- 9) Sanção e publicação da LC 190/22, somente se dá nos dias 04.01.2022 e 05.01.2022, portando, no exercício financeiro seguinte à sua aprovação.

V – CONSEQUÊNCIAS DA PUBLICAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 190 SOMENTE EM JANEIRO DE 2022

Como verificado, nos termos da decisão do STF na ADI 5469 e no RE 1.287.019 (Tema 1.093 da repercussão geral), e diante da EC 87/15, tem-se a criação de uma nova relação jurídica tributária, ou seja, que demanda Lei Complementar.

Importante ressaltar, devido a pertinência temática, os seguintes pontos em destaque da referida Lei Complementar 190/22, pois ela: a) define os contribuintes; b) dispõe sobre o fato gerador do imposto; c) fixa a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre; entre outras.

Referida atribuições, foram delimitadas pela Constituição Federal ao campo de atuação da lei complementar, pelos seguintes motivos: 1) dar tratamento uniforme em todo território nacional, por se tratar de um imposto instituído em frações pelos Estados; 2) impossibilitar possíveis conflitos de competência entre os entes tributantes ou cumulação dos impostos incidentes sobre o consumo, principalmente nas atividades mistas; 3) definir seus contribuintes (ou o destinatário legal tributário) e o local das operações relativas à circulação de mercadorias e da prestação dos serviços tributáveis.

Desse modo, a LC 190/22, além de não ser tão somente uma norma geral em matéria tributária (como é a LC 87/96, a LC 116/03, entre outras) também não vem apenas regulamentar uma exação que já existia, pois a EC 87/15 não era autoaplicável aos Estados, **além disso, quando esta Suprema Corte Constitucional, também entendeu que a EC 87/15 inaugura uma nova relação jurídica tributária, e retirou do mundo jurídico o Convênio ICMS 93/15, o fez sabendo da necessidade do legislador regulamentar tal nova exação por meio de Lei Complementar, vale dizer, a de número 190, ora em exame.**

Nesse cenário, **uma vez que se trata de nova relação jurídica tributária** (e não continuidade de norma infralegal expurgada do mundo jurídico), a Constituição Federal, no comando do artigo 150, III, “b”, determina que a lei instituidora deve ser publicada no exercício financeiro anterior à exigência da exação, ou seja, *in verbis*:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

...

III - cobrar tributos:

...

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”. (destacou-se)

Esta é a regra constitucional, que também é conhecida como sendo uma segurança jurídica do contribuinte, transformado em princípio da anterioridade geral.

Por sua vez, o artigo 150, III, “c” da Constituição Federal, dispõe que é vedado cobrar tributo antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, esta é a chamada popularmente como a regra da “noventena”, ou a denominada anterioridade nonagesimal.

Todavia, esse mesmo dispositivo (art. 150, III, “c” da CF), também faz menção à observância da regra disposta na alínea “b” (princípio da anterioridade

geral/anual), ou seja, além da observância da anterioridade nonagesimal “noventena” tem-se, a norma, que observar também a regra a anterioridade do exercício quando se está criando uma nova relação jurídica tributária, como no caso em tela da LC 190/22.

Esse também é o entendimento dessa Corte Constitucional, inclusive em casos de menor impacto que seria mera revogação de benefício fiscal:

“Promovido aumento indireto do ICMS por meio da revogação de benefício fiscal, **surge o dever de observância ao princípio da anterioridade, geral e nonagesimal, constante das alíneas b e c do inciso III do art. 150 da Carta.** Precedente – ADI 2.325 MC/DF, de minha relatoria, julgada em 23 de setembro de 2004.

[**RE 564.225 AgR**, rel. min. Marco Aurélio, j. 2-9-2014, 1ª T, *DJE* de 18-11-2014.] **RE 1.099.076 AgR-AgR-segundo**, rel. min. Dias Toffoli, j. 9-4-2018, 2ª T, *DJE* de 27-4-2018 **RE 617.389 AgR**, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 8-5-2012, 2ª T, *DJE* de 22-5-2012

Em outras palavras, o que o constituinte disse foi, é possível cobrar tributo após 90 dias da norma que o instituiu ou aumento, mas desde que seja observada, também, a anterioridade geral (do exercício financeiro anterior), ou seja, **a norma (LC) tem que ser publicada no exercício financeiro anterior, situação essa que não ocorreu com a LC nº 190/22, eis que foi publicada em 05.01.22 de modo que somente poderá produzir efeitos a partir de 01º de janeiro de 2023.**

Tal entendimento não poder ser outro, pois não se trata apenas de uma norma geral a LC 190/22, eis que não está apenas regulando uma situação que já estava colocada anteriormente, pois até mesmo o legislador ao elaborar o PLP 32/21, que originou a LC 190/22, entendeu que se tratava de uma nova relação jurídica tributária, eis que previu no artigo 3º da LC 190/22 a observância do dispositivo Constitucional (art. 150, III, “c”).

Veja-se que o foi essa a *mens legis*, também do legislador, pois desde o PARECER DE PLENÁRIO PELAS COMISSÕES DE FINANÇAS E TRIBUTAÇÃO E DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA AO PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 32, DE 2021, já havia menção à necessidade de observância da anterioridade anual, conforme parecer do Deputado EDUARDO BISMARCK ([doc. 50](#)).

Fato é que o próprio legislador complementar entendeu que estavam diante de uma norma que regulamentaria uma nova relação jurídica tributária, por isso a previsão EXPRESSA da observância do artigo 150, III, “c” da CF, no artigo 3º da LC 190/22, o qual é indissociável da alínea “b”.

Nobres Ministros, como se não bastasse estarmos diante de uma LC que trata de uma nova relação jurídica tributária, como bem afirmado por Vossas Excelências ao julgar a ADI 5469 e RE 1.287.019 (Tema 1.093 da repercussão geral), tem-se que a própria LC 190/22 determina a observância da anterioridade de modo que tem que ser observado também a alínea “b” do artigo 150, III da CF, que prevê a anterioridade anual para a produção de efeitos da norma.

A regra é que, ambas as espécies de anterioridade, geral e nonagesimal, se aplicam à instituição ou à majoração de tributos. O texto constitucional é claro.

Portanto, a consequência lógica da publicação da LC 190 somente em 05.01.2022 e, diante da previsão do artigo 150, III, “b” e “c” da Constituição Federal, é que a referida norma somente produzirá efeitos a partir de 01º de janeiro de 2023, esta é a única interpretação do próprio artigo 3º da LC 190/22.

VI. DA NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO CONFORME - UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO E SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A interpretação é um processo de conhecimento da realidade. Tudo na vida pode e deve ser interpretado, seja o mais simples gesto físico, seja uma propaganda de determinado produto, seja um comentário, seja uma partitura, enfim todos os atos físicos e intelectuais comportam as mais variadas interpretações.

No sentido da interpretação da lei, mesmo as leis claras comportam interpretação, pois na medida em que dizemos que a lei é clara já fazemos uma interpretação. Nesse sentido, tem-se que o brocardo “interpretatio cessat in claris” é equívoco.

Já dizia Fernando Coelho¹ que a palavra intérprete “tem origem latina – *interpres* – que designava aquela que descobria o futuro nas entranhas das vítimas”.

Interpretar, então, na órbita jurídica, tem relação com desentranhar aquilo que está escondido na norma, a busca do seu sentido, essência e alcance. O festejado e ímpar Hans Kelsen, nos longes de sua Teoria Pura do Direito, já afirmava que a “interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito”.

Neste cenário, tem-se os chamados princípios que estão, em verdade, acima da própria norma positivada, são a própria razão de ser das relações jurídicas. São, na acepção clássica, as vigas mestras do ordenamento jurídico, determinam, traçam e delimitam o alcance das regras que devem ser utilizadas pelo intérprete servindo de verdadeiros guias para a trilha a ser seguida pelo intérprete de qualquer texto, seja infraconstitucional, seja a própria constituição.

¹ Lógica Jurídica e Interpretação das Leis, RJ, Forense, 1981: p. 182, ob. ct. por Alexandre de Moraes em seu livro Direito Constitucional).

A função essencial é nortear o aplicador da lei para que este possa extrair o máximo da essência e finalidade da norma a ser aplicada ao caso submetido à apreciação.

Servem, enfim, de balizas, são vetores de interpretação e integração (conjuntamente com a analogia, os costumes e equidade) do texto constitucional, na medida em que se fundem formando uma liga e harmonizando todo o sistema jurídico.

Tem-se como exemplos desses princípios e como forma de integração da Constituição o princípio do Poder Constituinte, da Recepção Constitucional, da Iniciativa Popular para Emenda Constitucional, da Supremacia da Constituição, a Segurança Jurídica, a Anterioridade tributária etc.

Por meio dos princípios é que se visualiza a unidade da constituição, o efeito integrador do texto, a conformidade funcional, a força normativa da *Lex Principalis* sendo manifestamente vedada qualquer interpretação que diminua a força de seu texto, pois parte-se da premissa de que todas as normas constitucionais desempenham função útil no ordenamento jurídico.

Daí que os princípios constitucionais são a síntese dos valores mais importantes da Constituição, servindo de ponto de partida para o intérprete/aplicador do Direito.

Para o eminente ROQUE CARRAZZA², princípio jurídico pode ser enunciado da seguinte forma:

"princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do

² CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito Constitucional tributário*. 11 Ed.rev.atua.amp. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p.31

direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam."

Delimitando também de forma clara o conceito de princípio, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO³ expôs:

"3. Princípio – como já averbamos alhures- é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (...)"

Seguindo este entendimento, podemos compreender os princípios jurídicos como verdadeiros comandos ordenadores do sistema, entendendo-se como princípios constitucionais aqueles consagrados expressa ou implicitamente no sistema, que tem por função inspirar a compreensão das regras jurídicas, informando o seu sentido e servindo de mandamento nuclear destas.

Citando as lições de CARLOS AYRES BRITO, ROQUE CARRAZZA⁴ enuncia que os princípios jurídico-constitucionais:

"são ideias-matrizes dessas regras singulares, vetores de todo o conjunto mandamental, fontes de inspiração de cada modelo deôntico, de sorte a operar como verdadeiro critério do mais íntimo significado do sistema como um todo e de cada qual de suas partes"

Para JORGE MIRANDA⁵ a interpretação conforme à Constituição não consiste tanto em escolher, dentre os vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito, o que seja mais conforme com a Constituição, e sim, em

³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8ªEd.São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p.545

⁴ BRITTO, Carlos Ayres.*Inidoneidade do decreto lei para instituir ou majorar tributos*.In RDP 66/45 apud CARRAZZA, ob.cit.,p.34

⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 2ª. Edição, Coimbra, Ed. Coimbra, 1983, p..233

discernir no limite – na fronteira da inconstitucionalidade – um sentido que, conquanto não aparente ou decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido necessário e o que se torna possível por virtude da forma conformadora da Lei Fundamental.

A interpretação conforme a Constituição se aproxima dos métodos clássicos de solução de antinomias em que se busca a realização do princípio da **UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO**, e da **SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO** (esse tido como método hierárquico de solução).

Sempre lembrando as lições do Ministro GILMAR FERREIRA MENDES⁶:

“A definição da constitucionalidade da lei, com uma determinada interpretação, ou a declaração de que certas aplicações se mostram compatíveis com a ordem constitucional equivaleria, em outros termos, à declaração de inconstitucionalidade de outras possibilidades de interpretação (Auslegungsmöglichkeiten) ou de outras possíveis aplicações (Anwendungsfälle).”

Esse mesmo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL⁷, também já se pronunciou:

“o mesmo ocorre quando a Corte dessa natureza, aplicando a interpretação conforme a Constituição, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, uma modalidade de inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto – Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung), o que implica dizer que o tribunal constitucional elimina – e atua, portanto, como legislador negativo – as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição.”

Com efeito, a interpretação conforme não é apenas um mero método de presunção de constitucionalidade das leis, mas vai além, pois busca afirmar e

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade – Aspectos jurídicos e Políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

⁷ RP1.417-7/DF.

concretizar os princípios da UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO e da SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO.

Nesse sentido KONRAD HESSE⁸, para quem a interpretação conforme a Constituição:

“(...) hunde sus raíces más bien en el principio de la unidad del ordenamiento jurídico: en función de esta unidad las leyes emanadas bajo la vigencia de la Ley Fundamental deben ser interpretadas en consonancia con la Constitución, así como el derecho aún vigente procedente de tiempo anterior debe ser adaptado a la nueva situación constitucional. Al pronunciarse el juez sobre esto controla él la concretización de la Constitución llevada a cabo por el legislador a través de una propia concretización de la Constitución y de la ley.”

A supremacia da constituição por sua vez, segundo MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO⁹: “... decorre de sua origem. Provém ela de um poder que institui a todos os outros e não é instituído por qualquer outro, de um poder que constitui os demais e é por isso denominado Poder Constituinte.”

Por fim, e não menos importante, sempre é conveniente lembrar dos *Founding Fathers*, como ALEXANDER HAMILTON¹⁰, que em memorável afirmação disse:

“Não há posição fundada em princípios mais claros que aquela de que todo o ato de um poder delegado que contrarie o mandato sob o qual é exercido é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto seria afirmar que o delegado é maior que o outorgante; que o servidor está acima do senhor; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que homens que atuam em virtude de poderes a eles confiados podem fazer não só o que estes autorizam, mas o que proíbem.”

⁸ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. P. 51-52.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 18.

¹⁰ *Os Artigos Federalistas 1787 – 1788*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. A mencionada passagem foi destacada no artigo número LXXVIII, p. 480.

VI.1 - DO ARTIGO 3º DA LC 190/22 E O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE GERAL – A ÚNICA INTERPRETAÇÃO POSSÍVEL

Desse modo, o artigo 3º da LC 190/22 apresentará vício de inconstitucionalidade, se for interpretado no sentido de que deve obedecer somente a anterioridade “nonagesimal”, conforme quer parecer os Estados, diante dos inúmeros comunicados já publicados pelas respectivas Secretarias de Fazenda deles (os Estados), conforme no início comprovado.

Em face dos precedentes da CORTE, na presente hipótese é necessária a aplicação de interpretação conforme à Constituição, pois a norma apresenta vários significados, nem todos compatíveis com as normas constitucionais, existindo, portanto, o denominado “espaço de decisão (= espaço de interpretação)”¹¹.

Por isso que a utilização de regra interpretativa da “interpretação conforme” possibilita a manutenção no ordenamento jurídico da espécie normativa publicada, desde que guarde valor interpretativo compatível com o texto constitucional¹².

Na presente hipótese desta ADI, a única interpretação do artigo 3º da Lei Complementar nº 190, de 04 de janeiro de 2022, que se mostra compatível com o texto constitucional é aquela que determine seja observada, quanto à produção de efeitos, o disposto na alínea “b” e “c” do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal, ou seja, produção de efeitos tão somente a partir de 01º de janeiro de 2023.

Diante desse cenário no sentido de ser vedada a cobrança de tributos “no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”, a única possibilidade de interpretar o artigo 3º da LC 190/22, conforme a Constituição Federal sem redução de texto, será para o fim de que a norma somente

¹¹ CANOTILHO, JJ Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1993. p. 230

¹² ADI 1.344/ES, Pleno, Rel. Min. MOREIRA ALVES; ADI 3046/SP, Pleno, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; ADI 3.368-9/DF, Pleno, Rel. Min. EROS GRAU; ADI 2.883/DF, Pleno, Rel. Min. GILMAR MENDES; ADI 2760/DF, Pleno, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA

produzirá efeitos a partir de 01º de janeiro de 2023, ou seja, somente será possível a cobrança do Difal — aquela parcela devida ao estado de destino da mercadoria adquirida – em 2023, por força da regra constitucional da anterioridade geral.

VI.2 DOS JULGADOS DO STF APLICANDO A INTERPRETAÇÃO CONFORME EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Inúmeros são os julgados dessa Corte Constitucional concedendo, inclusive, medidas cautelares em ADI's, onde se fez o uso da interpretação conforme a Constituição, “sem redução de texto”, com fulcro de obstar o alcance normativo de leis sobre determinadas situações ou pessoas, veja-se:

- a) RE 169.740-7/PR “**Contribuição social** prevista na Medida Provisória 63/89, convertida na Lei 7.787/89. Vigência do art. 3º, I. **Interpretação conforme a Constituição** do art. 21. – O inciso I do art. 3º da Lei 7.787/89 não é fruto da conversão do disposto no art. 5º, I, da Medida Provisória 63/89. E, assim sendo, o período de noventa dias a que se refere o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal se conta, quanto a ele, a partir da data da publicação da Lei 7.787/89, e não de 1º de setembro de 1989. – Isso implica dizer que o art. 21 dessa Lei 7.787/89 (“Art. 21. Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação, produzindo efeitos, quanto a majoração de alíquota, a partir de 1º de setembro de 1989”) só é constitucional se entendido – interpretação conforme a Constituição – como aplicável apenas aquelas majorações de alíquota fruto de conversão das contidas na Medida Provisória 63/89. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (STF – RE 169740 PR – Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves – DJ 17-11-1995 PP-39217 EMENT VOL-01809-08 PP-01806) (destacou-se)
- b) RE 196.646-7/RS “A norma insculpida no artigo 35 da Lei nº 7713/88 mostra-se em harmonia com a Constituição Federal. Caso do imposto de renda devido pelos sócios no momento da apuração do lucro líquido da sociedade. Interpretação da norma conforme o Texto Maior.”
- c) Caso da Isenção IOF/Câmbio. RE 191.526-9/SP.

Entre tantos outros.

VII – DO PEDIDO E REQUERIMENTOS

Diante do exposto, a Requerente PEDE e REQUER:

- A) O recebimento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, com a concessão, nos termos do artigo 10, § 3º, da Lei nº 9.868/1999, da medida acautelatória liminar, *inaudita altera pars*, **para suspender de imediato a produção de efeitos da Lei Complementar nº 190/22 para todo o presente ano de 2022, tendo em linha a excepcional urgência do caso e diante das informações e comunicações que os Estados já estão publicando (via secretarias de fazenda), no sentido de iniciar a cobrança do referido DIFAL a partir de transcorridos apenas noventa dias da publicação da Lei Complementar 190/22** (em muitos casos essa data de início da exigência varia de estado para estado, ao sabor da interpretação que as respectivas secretarias de fazenda estando fazendo acerca da norma impugnada);
- B) A notificação da PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, para que se manifeste, querendo, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre o pedido de concessão de medida cautelar (art. 10 da Lei nº 9.868/99), bem como sua notificação para, querendo, manifeste-se sobre o mérito da presente ação, no prazo de 30 (trinta) dias (art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99);
- C) Que seja dado regular processamento à presente ADI para, nos termos do artigo 6º da Lei nº 9.868/1999, requisitar informações às autoridades das quais emanou a lei impugnada;
- D) Dar ciência da presente demanda ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, para devida manifestação no prazo de 15 (quinze) dias (art. 8º da Lei nº 9.868/99 e da exigência constitucional do Art. 103, § 3º e § 1º);
- E) Que seja assegurado e garantido à Requerente o direito de apresentar razões complementares, memoriais, informações, documentos ou qualquer outro elemento importante para o bom e fiel julgamento do presente caso;

- F) Que seja assegurado e garantido ao Requerente o direito de sustentar oralmente na sessão do julgamento, o que requer com fundamento do artigo 131 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, requerendo a intimação dos subscritores para tal.
- G) Requer-se, ainda, que as intimações referentes a presente ação sejam publicadas **exclusivamente** em nome dos advogados LUIZ OLIVEIRA DA SILVEIRA FILHO (OAB/SP nº 101.120-A e endereço eletrônico *luiz@silveiralaw.com.br*) e GONTRAN ANTÃO DA SILVEIRA NETO (OAB/SP nº 136.157-A e endereço eletrônico *gontran@silveiralaw.com.br*).

Requer, por fim, que seja julgado **TOTALMENTE PROCEDENTE o pedido, para conferir INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO ao art. 3º, da Lei Complementar nº 190/22, no sentido de que determine seja observada, quanto à produção de efeitos, o disposto na alínea “b” e “c” do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal, ou seja, produção de efeitos tão somente a partir de 01º de janeiro de 2023**, por tratar-se de medida de direito.

Deixa-se de atribuir valor à causa, em face da impossibilidade de aferi-

lo.

Nestes termos, pede deferimento.
Brasília/DF, 13 de janeiro de 2022.

LUIZ OLIVEIRA DA SILVEIRA FILHO
OAB/SP 101.120-A

CAIO CESAR BRAGA RUOTOLO
OAB/SP 140.212