

**Constituição:
a libertadora**

CONHEÇA A PROPOSTA
APRESENTADA PELO
DEPUTADO LUIZ PHILIPPE
DE ORLEANS E BRAGANÇA

Direito Contemporâneo
#5

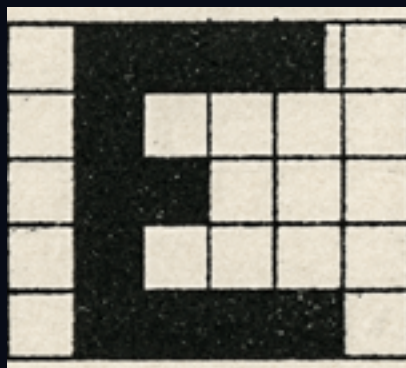
abril . junho

2022



ANÁLISE SOBRE UMA NOVA CONSTITUIÇÃO

Ives Gandra Martins é presidente do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP



ESTE BOLETIM TEM COMO MATÉRIA PRINCIPAL a discussão das reformas constitucionais necessárias, à luz do texto elaborado pelo deputado Luiz Philippe de Orleans e Bragança (PSL/SP), que está sendo estudado por juristas conselheiros do Conselho Superior de Direito (CSD) da FecomercioSP. Há necessidade de algumas reformas estruturais no texto supremo da Nação, motivo pelo qual um grupo de conselheiros da Entidade discute o anteprojeto do eminente deputado.

É tema também central do boletim o estudo do conselheiro Everardo Maciel sobre a desigualdade da tributação.

Temas recorrentes no CSD voltam à baila, ou seja, o Difal e a apropriação indébita previdenciária.

Em 1970, defendi na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) a dissertação “A apropriação indébita no Direito Tributário”, à época em curso de especialização, pois ainda não havia sido criado o mestrado nas universidades. O livro foi publicado em 1975, com prefácio de Canuto Mendes de Almeida, e pode ser baixado pelo meu site, gandramartins.adv.br, [54ce02fa_apropriacao_indebita_no_direito_tributario_brasileiro.pdf](#), graciosamente. Continua atual.

Esperamos, com mais este boletim, contribuir com o debate dos grandes temas jurídicos da atualidade no Brasil. —

Capa

Constituição: a libertadora

O deputado Luiz Philippe de Orleans e Bragança esteve presente na primeira reunião do CDS da FecomercioSP, realizada em fevereiro deste ano. O convidado apresentou o que seria uma proposta de constituição ideal para o País, definida como “libertadora”. O conteúdo foi desenvolvido com o objetivo de dar respostas ao estudo que originou a obra de sua autoria *Por que o Brasil é um país atrasado? – O que fazer para entrarmos de vez no século XXI*.

SEGUNDO O ANTEPROJETO, “o que se percebe desse modelo [atual Constituição] quando comparado aos da América do Norte e Europa é a alta interferência do Estado em todos os aspectos sociais, políticos e econômicos”. Ainda de acordo com a proposta, “a possibilidade dessa interferência é o que leva o Brasil e a América Latina a sempre estar flertando com totalitarismo, ditaduras, instabilidade política e sequestro do Estado por parte de oligarquias políticas e econômicas”.

A abertura de sua apresentação se deu com o seguinte questionamento: “Por que a Constituição de 1988 é mais vilã do que cidadã?”.

Para o deputado, a Constituição em vigor “não valoriza o cidadão brasileiro, cria privilégios para determinados grupos, fortalece corporações vinculadas ao Poder Público, cria direitos sem obrigações”, entre inúmeros outros argumentos, além do fato de ser uma das mais longas do Ocidente e a terceira mais longa do mundo.

Ainda sob os aspectos negativos, afirma ser uma Constituição “fiscalmente insustentável”, na qual são criadas despesas em várias áreas e, em caso de ajustes, somente por meio de reformas que demoram muito para serem aprovadas.

Ele ressalta o fato de que a atual Constituição, da forma que está atualmente, não corresponde mais àquela criada em 1988, uma vez que já sofreu mais de cem emendas.

QUAL O DESAFIO, ENTÃO, DE ACORDO COM SUA PROPOSTA, PARA QUE HAJA UMA NOVA CONSTITUIÇÃO QUE ATENDA À REALIDADE DO PAÍS?

O primeiro deles, segundo o deputado, é “redefinir o que é constitucional”.

Além disso, “refinar freios e contrapesos para impedir a tirania do Estado; reforçar o Estado e libertar o indivíduo ao mesmo tempo; migrar para fora do modelo de Estado social do século 21”.

A partir desta reestruturação, espera-se que o Brasil, ainda segundo esta ótica, tenha condições para atingir alguns objetivos, tais como: “estabilidade política, representatividade, governabilidade, antidespotismo e tirania do Estado, segurança nacional e proteção à cidadania, compromisso com a liberdade e prosperidade”.

Além dos três Poderes já existentes (Executivo, Legislativo e Judiciário), o deputado inclui a figura do chefe de Estado; o Conselho de Estado; a soberania popular; e o Federalismo.

“Ela [a proposta] efetivamente legitima os sete Poderes que existem, só que, no Brasil, estamos em um modelo muito arcaico de somente três Poderes, não estando em sintonia com os países desenvolvidos, que já possuem todas essas instâncias de Poder, seja em lei, seja na Constituição.”

A proposição trazida ao debate do CSD inclui algumas reformas estruturais implícitas que, conforme o deputado, trariam vários benefícios ao País no que se refere aos sistemas eleitoral e jurídico, aos Poderes Executivo e Legislativo, aos cargos eletivos, à segurança nacional, ao sistema tributário, à política monetária, à descentralização e à liberdade.

“A segurança nacional tem de ser uma prioridade orçamentária, como é na maioria dos países. Na França, por exemplo, ela trança a pauta. Enquanto não forem discutidas questões de segurança, não há discussão de outros itens orçamentários. E aqui, no Brasil, é exatamente ao contrário. No Brasil, se discute todas as entregas do Estado social e, por último, infraestrutura e segurança nacional. O Brasil fica, praticamente, tendo que assumir dívidas para financiar o que seria basilar de qualquer país”.

A seguir, reprodução do início da proposta.

“Ela [a proposta] efetivamente legitima os sete Poderes que existem, só que, no Brasil, estamos em um modelo muito arcaico de somente três Poderes, não estando em sintonia com os países desenvolvidos, que já possuem todas essas instâncias de Poder, (...), seja em lei, seja na constituição”



“TÍTULO I – O BRASIL

Capítulo I. A Nação

Justificativa Art. 1º:

O País é formado por pessoas e não por entes abstratos (como Estados e municípios). Essa ideia existia na Constituição de 1824 e foi abandonada pelas Cartas republicanas, que criaram um Estado em detrimento da Nação.

A ideia de Federação permanece no primeiro artigo como estrutura política que engloba os entes federados relacionados. Como não poderia deixar de ser, a independência e a soberania são prontamente anunciadas neste artigo como Estado brasileiro.

O artigo que abre esta proposta de Constituição apresenta sua forma de Estado – uma federação – composta por entes autônomos já reconhecidos no Estado brasileiro: a União, os Estados-membros, os municípios e o Distrito Federal no §1º.

Desse modo, não se propõe com essa Constituição um rearranjo da organização do Estado brasileiro, mas sim uma profunda modificação dos princípios que orientam esses entes subnacionais e, conseqüentemente, suas relações políticas, constitucionais, legais, econômicas e fiscais.

Outra relação que sofre profunda mudança nessa proposta de texto constitucional é a vedação a qualquer privilégio étnico ou racial para uso e acesso a áreas públicas, afetando a compreensão do que é genuinamente território nacional e quais as relações de domínio e jurisdição aplicadas a este como um todo.

Essa disposição encontra-se no §2º. Para definir território, juridicamente precisamos considerar solo, subsolo, águas interiores, mar territorial e espaço aéreo sobrejacente, além das naves e aeronaves registradas no País. Não há necessidade de se especificarem os limites do território na Constituição, afinal, tais definições constam de tratados e costumes internacionais, celebrados pelo Brasil, ou até mesmo por Portugal antes do processo de Independência.

O Direito Internacional (Direito do Mar) também já determina o regime jurídico sobre as embarcações em mar territorial e em águas internacionais. Se esses pontos estiverem expressos na Constituição, eventuais alterações no regime jurídico exclusivamente ao povo brasileiro, vedadas distinções identitárias de causas ou interesses internacionais sobre espaço aéreo e marítimo trarão o desafio de alterar nossa Constituição.

Exemplo disso foi a definição de mar territorial com a aprovação da Convenção de Montego Bay, em 1982. O Brasil, que havia definido seu mar territorial em 200 milhas marítimas de distância da sua costa, ao aderir ao regime da Convenção do Direito do Mar, de 1982, passou a admitir o limite de 12 milhas marítimas de distância da linha de baixa-mar, incorporando ainda conceitos trazidos pela convenção, como zona econômica exclusiva. Nenhuma dessas modificações precisou alterar a Constituição vigente, pois todas foram tratadas em normas infraconstitucionais.

Art. 1º. O Brasil é a associação política de todos os cidadãos brasileiros, que formam uma nação livre e independente, regulada pelo Estado de Direito, a qual não se submete a nenhuma outra união, federação ou entidade que se oponha à sua soberania e independência nacional.

§ 1º A Federação Brasileira é constituída pela união indissolúvel dos municípios, dos Estados-membros e do Distrito Federal.

§ 2º Todo o território nacional está sob a égide desta Constituição, e as áreas públicas pertencem exclusivamente ao povo brasileiro, vedadas distinções identitárias de causas ou interesses.

Justificativa Art. 2º

O artigo traz princípios magnos para o Estado brasileiro. Obviamente, impõe ao sistema jurídico condições sine qua non para manutenção de um ambiente social ordeiro e estável, e para o livre exercício das atividades econômicas que leve à oferta abundante de oportunidades de trabalho e fontes de riqueza. Tais abundantes devem pautar todos os atos executivos, todas as leis e regulamentos e todas as decisões judiciais ou administrativas, sob pena de inconstitucionalidade. É o que prevê o parágrafo único do artigo.

O Estado brasileiro orienta-se, portanto, a partir dos seguintes princípios:

1. Autoridade nacional: relação direta e insubstituível entre o povo brasileiro e o Estado brasileiro; 2. Soberania: o País é livre e independente de qualquer domínio ou influência e deve representar de forma suprema a cidadania brasileira e os interesses temporais e permanentes do eleitor brasileiro. Nenhum indivíduo ou grupo pode exercer autoridade que não emane expressamente da nação.

3. Cidadania: os cidadãos, assim como as forças de segurança nacional, têm a obrigação de se protegerem contra a tirania interna e externa que ameace seus direitos, a ordem pública e o território nacional.

Acordos internos ou externos podem ser revogados via referendo pelo cidadão brasileiro.

4. Subsidiariedade: o único Poder Público válido é o constituído com a permissão do cidadão brasileiro, em que o governante terá legitimidade para intervir apenas quando o indivíduo, a família ou a comunidade local não forem capazes de fazê-lo, sempre no limite do justo, do bem comum e fora a primazia decisória descentralizada e que priorize os poderes mais próximos do cidadão, na ordem a seguir: cidadão, família, comunidade local, entes federados; ou seja, poder municipal, estadual ou federal, conforme a competência. Certamente reconhecemos que há temas cuja predominância do interesse não é de esfera local, mas federal ou nacional, como veremos adiante.

5. Autonomia dos entes federados: toda comunidade, município ou Estado-membro possui o direito e o dever de definir sua organização de governo, com a obrigação de não incorrer em ônus ou gerar dependência para qualquer outra comunidade ou entidade federada, de maneira coercitiva.

6. Separação de poderes: freios e contrapesos para qualquer poder ou mecanismo opositor que propicie a tirania ou despotismo causado pela centralização ou concentração de poder, garantindo transparência e boa conduta da administração pública, a fim de impedir ou coibir eficientemente os excessos tirânicos da estrutura do poder, que deverá ser limitada por outro poder tripartido e diretamente emanado do povo. O artigo fomenta a consciência das três principais modalidades de tirania, assim classificadas: individual, coletiva e institucional. Individual: privilégios pessoais, denominada a tirania do “eu”. Ex.: tribunais de exceção, nomeação do próprio julgador (como o sistema de nomeação do STF). Coletiva: privilégios de grupos, denominada como tirania do “nós”, ditadura do proletariado. Ex.: cotas raciais, corporativismos, setarismos ou tribalismos legais, entre outros. Institucional: privilégios de instituições do Estado ou do governo. Ex.: colônia de férias pagas pelo erário, subsídios, prêmios etc.

7. Livre-iniciativa: preliminarmente, devemos observar a livre-iniciativa como uma lei natural e direito perpétuo e irrenunciável da liberdade, no seu sentido macro. A liberdade de ação para obtenção de renda, patrimônio e riqueza é geradora de oportunidades, bem-estar e mudanças para a sociedade. O Estado deve garantir estabilidade jurídica e liberdade empreendedora da sociedade, agindo em sentido contrário a monopólios e oligopólios.

8. Não taxação da relação de trabalho: este princípio consiste na coroação do fomento ao empreendedorismo, que passa a estar constitucionalmente alforriado das amarras históricas. A todo cidadão brasileiro está garantido o direito de empreender, vedado a entes federados e seus inibidores internos e externos executar ações ou promulgar normas e proferir decisões que ultrapassem os estritos limites burocráticos e tributários constitucionalmente permitidos, vedadas práticas como oligopólio, monopólio, controle de preços e concentração dos meios de produção. Fonte: Minuta de PEC dos deveres cívicos (autoria dep. LP). Comentários: Ton Martins.

Art. 2º O Estado brasileiro fundamenta-se nos seguintes princípios invioláveis e irrevogáveis:

I – Autoridade nacional, sendo o povo brasileiro soberano, não podendo qualquer indivíduo ou grupo exercer autoridade que não emane expressamente da nação.

II – Soberania, sendo o Brasil um Estado livre e independente de qualquer domínio ou influência, e cabendo somente a ele defender a cidadania brasileira e assegurar e representar seus interesses temporais e permanentes.

III – Cidadania, tendo o cidadão brasileiro o dever inalienável de se proteger contra a tirania, interna e externa, que ameace seus direitos e liberdades, a ordem pública e o território nacional.

IV – Subsidiariedade, tendo o cidadão, a família, a comunidade local e os governos dos entes federados a prevalência de vontade e a precedência, nessa ordem, perante quaisquer intervenções do Estado em suas liberdades.

V – Autonomia dos entes federados, que possuem o direito e o dever de definir a organização de seu governo e seus tributos, sendo-lhes vedado impor ônus ou gerar dependência para qualquer outra comunidade ou entidade federada, salvo com a expressa aquiescência destas.

VI – Separação de poderes, de modo que sua organização promova o fortalecimento de freios e contrapesos como meio para criar limites, mitigar a tirania de Estado e coibir a centralização e concentração de poder em pessoas, grupos ou instituições, garantindo a transparência e responsabilidade em tudo o que é público.

VII – Livre-iniciativa, considerando a liberdade de ação para geração de renda, patrimônio e riqueza como geradora de oportunidades, bem-estar, prosperidade e mudanças para a sociedade.

VIII – Não taxação das relações de trabalho, sejam autônomas, sejam empregatícias. § 1º O único Poder Público legítimo é o constituído com a permissão do povo brasileiro, só podendo o governante intervir nas relações sociais, econômicas e jurídicas quando o indivíduo, a família ou a comunidade local e os entes federados não sejam capazes de fazê-lo, nos limites da Constituição.

§ 2º Ato administrativo ou decisão no âmbito judicial ou administrativo que viole qualquer desses princípios será considerado contrário à esta Constituição.

§ 3º Acordos internos ou externos podem ser revogados via referendo pelo cidadão brasileiro.

§ 4º O Estado é garantidor da estabilidade jurídica e da liberdade empreendedora da sociedade, contra a formação de cartel e controle de preços, de oferta e de demanda.

A carta constitucional conta com a participação dos seguintes coautores: Moisés Gonçalves, consultor legislativo do Senado Federal; João Jorge de Direito e professor universitário especialista em Direito Público; Wellington Martins, advogado, escritor e empresário; e Renata Tavares, mestre em Relações Internacionais, professora universitária e assessora legislativa.”

Para ter acesso ao site do anteprojeto na íntegra, clique: **Constituição: a Libertadora**. —

Pensata

A advogada Dra. Fernanda Camano foi uma das convidadas da última reunião do CSD, realizada em 16/3/2022. A especialista em Direito Tributário abordou os efeitos da coisa julgada e precedentes no Supremo Tribunal Federal (RE nº 955227 e 949297).

Confira, abaixo, material apresentado durante a reunião:

DRA. FERNANDA CAMANO,
especialista, mestre
e doutora em Direito
Tributário pela PUC-SP,
autora do livro *Os limites
objetivos e 'temporais'
da coisa julgada em ação
declaratória no direito
tributário.*

Coisa julgada tributária e precedentes – Previsão de julgamento pelo STF em 11 de maio de 2022

Há 30 anos, teve início a controvérsia acerca da cessação (ou não) dos efeitos da coisa julgada obtida em favor dos contribuintes nas relações jurídicas tributárias de trato continuado, quando, anos mais tarde, o Supremo Tribunal Federal (STF) decide a questão de modo contrário ao estatuído nas sentenças.

Em 1992, foram proferidas decisões favoráveis a diversos contribuintes, eximindo-os do recolhimento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), instituída pela Lei 7.689/88. No mesmo ano, o STF julgou o Recurso Extraordinário 138.284/CE, afirmando, em seus fundamentos, a legitimidade da exigência daquela Contribuição.

Mais tarde, em 2007, a Corte decidiu a ADI 15-2, julgando-a improcedente no que concerne aos artigos 1º ao 3º da Lei 7.689/88, todavia, nos respectivos fundamentos, referiu-se ao Recurso Extraordinário 146.733/SP, ocasião em que se entendeu legítima a respectiva exigência.

Tais julgados (1992 e 2007) constituem o fundamento dos recursos extraordinários interpostos pela Fazenda Nacional nos *leading cases* 949.297/CE (tema 881) e 955.227/BA (tema 885), pautados para o dia 11 de maio de 2022, oportunidade em que o STF definirá se e como as decisões proferidas em controle abstrato e principal (ADI 15-2) ou concreto e incidental (RE 138.284/CE) cessam a eficácia da coisa julgada das decisões em prol dos contribuintes, no tema da CSLL.

Mais do que definir os casos concretos, a Corte fixará as teses jurídicas sobre a cessação (ou não) dos efeitos da coisa julgada nas ações individuais em face de ulterior precedente do STF em sentido contrário.

A coisa julgada tem matriz constitucional, e sua função é assegurar a pacificação do conflito resolvido pelo Poder Judiciário. Em suma, é um instrumento garantidor da confiabilidade (e previsibilidade) na ordem estatal, ou seja, da segurança jurídica.

Nesta medida, sustentam os contribuintes que as decisões individuais decorrem do legítimo exercício do controle difuso de constitucionalidade pelos juízes e tribunais do País. Assim, ao se impor a autoridade do precedente do STF sobre a coisa julgada pretérita obtida pelos contribuintes, estes ficariam sob o domínio de uma “coisa julgada condicional”, aniquilando o sistema do controle difuso de constitucionalidade. Aliás, nem sequer ação rescisória fundada no regime geral (art. 966, V do CPC) seria cabível, porque superveniente decisão do STF em sentido contrário à decisão transitada em julgado não se enquadra no conceito de violação da norma jurídica.

É certo que a Fazenda Nacional pretende que o STF afirme que precedente da própria Corte em sentido contrário às decisões transitadas em julgado tenha efeitos imediatos e automáticos sobre os fatos geradores futuros. Quanto ao passado, a Fazenda entende possível o cabimento de ação rescisória, muito embora não haja previsão legal: como dito, o art. 966, V do CPC, é incompatível com a pretensão fazendária.

Tendo em vista tal panorama, os contribuintes sustentam que seria obrigatória a intervenção judicial – se incabível a ação rescisória, ao menos, deveria a Fazenda ajuizar ação revisional (art. 505, I do CPC) – para cessar, ainda que prospectivamente, a coisa julgada contrária ao precedente. No entanto, caso acolhida a tese fazendária (paralisação automática dos efeitos da coisa julgada prospectivamente), que, ao menos, sejam resguardadas as situações consolidadas até a data do julgamento, previsto para maio deste ano. —

Ponto de vista

DESIGUALDADE E TRIBUTAÇÃO

O EX-SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, EVERARDO MACIEL, levou ao debate dos membros do CSD a “desigualdade e tributação”, tema de artigo de sua autoria.

Ao analisar o assunto durante reunião, ele cita alguns equívocos recorrentes, sendo o primeiro deles “imaginar que a tributação pode resolver ‘qualquer coisa’, especialmente algo de tamanha magnitude e complexidade que é a questão da desigualdade”.

Confira, na íntegra, o texto do especialista.

EVERARDO MACIEL,
ex-secretário da Receita
Federal, consultor
jurídico e professor do
Instituto Brasiliense de
Direito Público.

Os ricos, os tributos e a hipocrisia

Em janeiro passado, na reunião anual do Fórum Econômico Mundial, um grupo de mais de 100 milionários, autodesignado Milionários Patriotas, divulgou carta reconhecendo que suas fortunas cresceram com a pandemia e que os sistemas tributários eram injustos. Piedosamente, pediam para ser mais tributados.

Logo me veio à lembrança a frase atribuída ao pensador francês La Rochefoucauld (1613-1680): “A hipocrisia é a homenagem que o vício presta à virtude”.

É certo que os ricos, especialmente os milionários, pagam desproporcionalmente menos impostos que os demais contribuintes. Porém, é igualmente certo que as leis tributárias, que lhes permitem pagar menos impostos, não decorrem, por óbvio, de pressão política dos pobres. Ao contrário, como se constata na forte oposição, no Congresso norte-americano, às propostas tributárias do presidente Biden.

Para evitar o pagamento de impostos, grandes multinacionais e milionários não praticam a vulgar sonegação. Recorrem a talentosos e bem remunerados especialistas que produzem requintados planejamentos tributários, invulneráveis a alíquotas nominais elevadas ou a pretensões de tributação das fortunas. Essa arma, não tão secreta, ainda que desconhecida para os leigos, é um agente formidável na geração de desigualdades entre pessoas e países.

Compungidamente, os que se valem do planejamento abusivo alegam que tão somente lançam mão de brechas na legislação tributária, como se elas nascessem por geração espontânea.

Dia após dia, são divulgadas informações que atestam o que vem a ser, no meu entender, o maior escândalo da história da tributação.

Em 2021, Chuck Collins, professor do Institute for Policy Studies, em Washington, publicou um livro (*The Wealth Hoarders*) em que mostra como os bilionários pagam milhões para esconder trilhões e, assim, acumular riquezas, por meio de astuciosos planejamentos.

Assinala o autor, entre muitos exemplos, que quase a metade das empresas norte-americanas tem inscrição fiscal em Delaware, conhecido paraíso fiscal. Acrescenta que um único endereço em Wilmington, mais populosa cidade daquele Estado, é o domicílio fiscal de 285 mil empresas.

Em maio do ano passado, com base em dados oficiais, os jornalistas investigativos do site ProPublica demonstraram que os 25 maiores bilionários norte-americanos, entre 2014 e 2018, pagaram imposto de renda à alíquota efetiva média de 3,4%, bem inferior à média dos demais contribuintes. Os Milionários Patriotas, timidamente, não reagiram. —

Assuntos em debate

Judicialização de Crimes Previdenciários

Necessidade de esgotamento da via administrativa para o início da persecução penal em casos de apropriação indébita e sonegação fiscal de contribuições previdenciárias

HALLEY HENARES NETO,
presidente da
Associação Brasileira
de Advocacia Tributária
(Abat) e sócio titular da
Henares Advogados.

NO ÚLTIMO DIA 10, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.980, proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR) e de relatoria do ministro Nunes Marques.

Na referenciada ADI, requereu-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 83 da Lei 9.430/1996, com a alteração promovida pela Lei 12.350/2010, a qual estabeleceu a necessidade de constituição definitiva do crédito tributário na via administrativa como condição *sine qua non* ao envio da representação fiscal para fins penais ao Ministério Público, nos casos de suposta configuração de crimes de apropriação indébita e de sonegação fiscal de contribuições previdenciárias.

O STF, por 8 votos a 1, ausente o ministro Dias Toffoli, proibiu, a bem do contribuinte, a representação fiscal e a respectiva instauração de processo penal antes de definido, no âmbito do processo administrativo, a certeza do crédito tributário pelos tribunais administrativos.

No caso, o STF considerou que deve ser dado às espécies “contribuições previdenciárias”, disciplinadas pela Lei 12.350/2010, o mesmo tratamento conferido aos tributos em geral, reconhecido pela anterior redação do art. 83 da Lei 9.430/96. Isso significa que a persecução penal, em tema de contribuições previdenciárias que tratam de crime de apropriação indébita e de sonegação fiscal, também necessita, assim como no caso das demais espécies tributárias, de decisões definitivas nos tribunais administrativos.

A matéria preocupava os contribuintes, que poderiam sofrer os efeitos da propositura de eventual ação penal antes do término da discussão de mérito no Conselho de Administração de Recursos Fiscais (Carf), ou seja, sem ter a certeza de o tributo discutido no âmbito do processo administrativo ser efetivamente devido.

Com a decisão, o contribuinte passou a ter o direito ao contraditório pleno na via administrativa, sem, antes, sofrer os efeitos de eventual representação fiscal pela autoridade administrativa ao Ministério Público.

De plano, o ministro relator, Nunes Marques, contra os interesses dos contribuintes, afastou a preliminar de não conhecimento da ação, considerando que não havia plena identidade entre a controvérsia analisada na **ADI 4.980** e o conteúdo decidido anteriormente pelo STF, na **ADI 1.571**, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, também promovida pela PGR, na qual se objetivava a declaração de inconstitucionalidade da redação original do artigo 83 da Lei 9.430/1996. Segundo o STF, não houve uma mera reprodução da demanda anterior pela Lei 12.350/10, pois, apesar da semelhança de fundamentos entre ambas as ações, houve mudanças significativas de redação do texto normativo e dos cenários fático e jurídico entre a Lei 9.430/96 e a referenciada Lei 12.350/2010, de modo a justificar a apreciação de novo pedido formulado pela PGR no âmbito da ADI 4.980, recém-decida.

Contudo, no exame de mérito, o STF decidiu, a favor dos interesses dos contribuintes, que não havia o alegado vício de constitucionalidade formal da Lei 12.350/2010, reconhecendo que não se configurou ausência (i) de pertinência temática acerca do tema desde a publicação da medida provisória convertida na mencionada Lei 12.350/2010, (ii) dos requisitos de relevância e urgência necessários à edição de medidas provisórias, bem como que (iii) tal dispositivo legal não legislou sobre matéria penal ou processual penal, mas apenas determinou aos agentes administrativos o momento em que deveriam encaminhar a representação fiscal para fins penais ao Ministério Público.

De igual forma, o STF também não considerou a alegação da PGR sobre vício de inconstitucionalidade material. Segundo a decisão, é imperioso que haja decisão administrativa final para o reconhecimento da existência do crédito tributário, em atendimento aos princípios da ampla defesa e do contraditório, resguardados na Constituição. Foram afastadas as alegações, da PGR, de ofensa à isonomia (art. 150, II, CF/88) e à segurança financeira do Sistema de Seguridade Social (arts. 194 e 195, CF/88), ressaltando-se que, em ambos os casos, se deve levar em conta que referenciados princípios necessitam, antes de mais nada, serem concretizados “dentro das balizas dos direitos e das garantias dos contribuintes”, representados pelo prévio e conclusivo procedimento administrativo tributário, a conferir certeza final ao dever de pagamento do tributo.

Julgada improcedente a ADI 4.980, afastadas as alegações de vícios formal e material da Lei 12.350/2010, permanece o impedimento de o Fisco enviar representação fiscal com fins penais ao Ministério Público antes do encerramento da discussão tributária na esfera administrativa, prestigiando-se, em última análise, a garantia do contribuinte à ampla defesa, ao contraditório e à segurança jurídica



Notas

Difal do ICMS – Fecomercio SP ingressa com pedido de *amicus curiae* perante o Supremo Tribunal Federal na ADI 7.066 e impetra mandado de segurança coletivo para assegurar aos seus associados a cobrança do Difal apenas em 2023

NO INÍCIO DO MÊS DE ABRIL, A FECOMERCIO-SP requereu o seu ingresso como *amicus curiae* na ADI nº 7.066, proposta pela Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos (ABIMAQ), para que o Supremo Tribunal Federal confira interpretação conforme à Constituição Federal e ao art. 3º da Lei Complementar nº 190/2022 e determine que sejam observadas as regras constitucionais da anterioridade, previstas no art. 150, inciso III, alíneas “b” e “c”, da Carta Política de 1988, a fim de que o diferencial de alíquota (Difal) do ICMS, referente a vendas interestaduais a consumidores finais não contribuintes do imposto, seja cobrado somente a partir de 1º de janeiro de 2023.

Paralelamente, impetrou mandado de segurança coletivo perante a 10ª Vara de Fazenda Pública de São Paulo, no qual se busca a garantia do mesmo direito de índole constitucional, inclusive com pedido de medida liminar, ainda não apreciado.

A controvérsia surgiu após a Lei Complementar nº 190, veiculadora de normas gerais sobre o Difal em âmbito nacional, haver sido publicada apenas em 5 de janeiro de 2022. Ela foi editada em razão do julgamento da ADI nº 5.469 e do RE nº 1.287.019 (Tema 1.093 da Repercussão Geral), no qual o Supremo Tribunal Federal reputou inconstitucionais diversas cláusulas do Convênio ICMS nº 93/2015, ao entender que a regulamentação do diferencial de alíquota nas operações interestaduais a consumidor final não contribuinte trata-se de matéria reservada à lei complementar, e fixou a seguinte tese: “A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais.”

Como é de conhecimento, a EC nº 87/2015 criou uma nova competência tributária para as empresas que realizam vendas para consumidores finais não contribuintes do ICMS, concernente ao recolhimento do Difal para o Estado de destino da mercadoria ou do serviço, nos termos do art. 155, §2º, VIII, “b”, da Carta Magna de 1988.

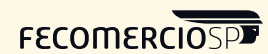
Com a criação dessa nova competência constitucional, o Difal passou a ser cobrado indevidamente após a celebração do Convênio nº 93/2015, o que foi reconhecido pela Suprema Corte naqueles julgados, apreciados conjuntamente pelo seu Plenário, o qual consignou que a nova incidência deveria ter sido regulamentada por lei complementar previamente à sua instituição, tendo em vista o disposto no art. 146, I e III, “a”, da Constituição Federal de 1988.

Como forma de proteger a arrecadação dos Estados, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do Convênio nº 93/2015 foram modulados, concedendo-se ao Congresso Nacional prazo para que editasse a lei complementar exigida até 2022, sendo que no período antecedente a esse exercício, a cobrança poderia ser mantida.

Em que pese o Congresso Nacional ter encaminhado à Presidência da República o então PLP 32/2021 aprovado, para o fim do art. 66 da CF/88, em dezembro de 2021, a Lei Complementar que recebeu o nº 190 foi sancionada apenas em 4 de janeiro 2022 e publicada na edição do DOU no dia seguinte.

Sabendo que não existe qualquer exceção à regra da anterioridade tributária anual prevista no art. 150, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal de 1988 que seja aplicável, a Fecomercio SP, alinhada com outras entidades sindicais de grau superior, entende que qualquer cobrança do Difal deve respeitá-la rigorosamente.

Nesse sentido, no exercício da sua prerrogativa institucional prevista no art. 2º, inciso I, do seu Estatuto Social, está adotando todas as medidas jurídicas cabíveis para que a regra da anterioridade anual não seja desrespeitada e que não sejam tolhidos os direitos à não surpresa e à segurança jurídica dos contribuintes que representa, de modo a ser assegurado o recolhimento do Difal do ICMS devido nas operações interestaduais com consumidores finais não contribuintes do imposto apenas a partir de 1º de janeiro de 2023. —



RUA DOUTOR PLÍNIO BARRETO, 285
BELA VISTA • SÃO PAULO – SP

www.fecomercio.com.br

PRESIDENTE

Abram Szajman

SUPERINTENDENTE

Antonio Carlos Borges

ASSESSORIA TÉCNICA

Fabio Cortezzi, Leandro Alves de Almeida
e Luis Antonio Flora



SUPERIOR DE DIREITO

Conselho FecomercioSP

Esta publicação é uma produção do Conselho Superior de Direito
da FecomercioSP, presidido por Ives Gandra Martins.

COORDENAÇÃO EDITORIAL E PRODUÇÃO ● TUTU

