



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES

**DIGNÍSSIMO RELATOR DA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE N. 3910**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB, serviço público independente dotado de personalidade jurídica e forma Federativa, conforme Lei nº 8.906/94, inscrito no CNPJ sob o nº 33.205.451/0001-14, representado neste ato por seu **Presidente, Marcus Vinicius Furtado Coêlho**, por intermédio de seus advogados infra-assinados, com instrumento procuratório incluso e endereço para comunicações na SAUS, Quadra 5, Lote 1, Bloco M, Brasília/DF, CEP 70070-939, **vem**, à presença de Vossa Excelência, **requerer sua admissão no feito na condição de AMICUS CURIAE**, nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/1999, apresentando, neste momento, breves razões:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

I – INGRESSO DO CFOAB NO FEITO:

Cuida-se, em síntese, de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Federação Brasileira de Associações de Fiscais de Tributos Estaduais - Febrafite - questionando diversos dispositivos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Os referidos dispositivos tratam, basicamente, das regras referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL.

A matéria ora discutida revela-se por demais relevante, de modo a justificar a admissão deste Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no feito, especialmente em virtude de sua representatividade e finalidade institucional, conforme prevê a Lei n. 8.906/94, a saber:

Art. 44 – A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, serviço público dotado de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I – Defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.

A Ordem dos Advogados do Brasil possui tradição na defesa da Constituição, dos direitos humanos e da justiça social, e sua legitimação para atuar em defesa da Constituição decorre dela mesma (Art. 103, inciso VII), já tendo esse Supremo Tribunal Federal, por reiteradas vezes, reconhecido o caráter universal dessa legitimação, ou seja, não se lhe exigindo qualquer demonstração de pertinência temática.

Desse modo, o CFOAB entende que pode agregar valor à discussão que será aqui travada, da maior importância para o Estado Brasileiro, razão pela qual requer seu ingresso, na condição de *AMICUS CURIAE*, por atender aos



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

requisitos autorizadores, quais sejam: representatividade e interesse no resultado do julgamento que repercute diretamente em toda a sociedade.

II – PRELIMINARES DE MÉRITO:

II – “a” – DA ILEGITIMIDADE ATIVA DA REQUERENTE POR AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA

Conforme já decidiu esse Supremo Tribunal Federal¹, o requisito da pertinência temática, que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade Requerente e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato, foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa *ad causam* para efeito de instauração de processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.

Em sua peça exordial, afirma a Requerente que haveria pertinência temática “*uma vez que os dispositivos da lei complementar em foco suprimem, transferem ou alteram parcela fundamental das funções e atribuições inerentes aos fiscais e auditores tributários estaduais*”.

E prossegue alegando que alguns dos seus direitos ficam ameaçados ou onerados diretamente, tais como (i) produtividade pelo cumprimento de metas de trabalho ou de arrecadação; e (ii) cumprimento de encargos especiais; desempenho de funções de auditoria, análise, processamento e julgamento.

Contudo, ao se analisar o presente requisito, constata-se a evidente ausência de pertinência temática da Requerente para promover a presente ação. Afinal, a competência tributária, assim como a autonomia administrativa e financeira, são temas relacionados à forma federativa de Estado, não representando direito dos servidores fazendários.

A eventual repercussão, das normas em discussão na presente ação, sobre direitos dos associados da Requerente, extravasa o conteúdo dos dispositivos impugnados, **especialmente quando se trata de afetação da remuneração pessoal dos servidores.**

¹ Supremo Tribunal Federal, ADI 1.157-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 17.11.2006



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Noutras palavras, não se poderia admitir a pertinência temática com base no absurdo argumento de que os auditores fiscais perderão a parcela remuneratória vinculada à produtividade (aliás, a produtividade dos fiscais não deve ser medida, é claro, pelo valor das autuações fiscais, sob pena de incentiva-las a qualquer custo, inclusive com menoscabo dos limites constitucionais ao poder de tributar. O Estado não deve ser mero coletor de impostos a qualquer custo, muito menos seus agentes instados a assim agir, inclusive com gratificações por cobranças perpetradas contra os contribuintes. Com efeito, este estímulo é de moralidade mesmo duvidosa).

Sobre o tema já se pronunciou essa Corte Constitucional, quando decidiu que a simples existência de gratificações não seria hábil a configurar a pertinência temática, pois representa mero interesse econômico-financeiro. Confira-se:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONFEDERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO BRASIL (CSPB) - AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" POR FALTA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA - INSUFICIÊNCIA, PARA TAL EFEITO, DA MERA EXISTÊNCIA DE INTERESSE DE CARÁTER ECONÔMICO-FINANCEIRO - HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. –

(grifou-se)

Evidente, portanto, a ausência de pertinência temática, sendo ilegítima a Requerente para figurar no polo ativo da ação.

II – “b” – DA ILEGITIMIDADE ATIVA POR A FEBRAFITE ABARCAR MERA FRAÇÃO DE CATEGORIA FUNCIONAL

Esse Supremo Tribunal Federal firmou orientação de que as associações que congregam mera fração de categoria funcional não correspondem a uma classe e, por tal motivo, são ilegítimas para propositura de ADI².

² STF, Pleno, ADI 353-QO/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 16.04.1993.

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" - CF/88, ART. 103 - ROL TAXATIVO - ENTIDADE DE CLASSE - CONCEITO - ASSOCIAÇÃO DE ASSOCIAÇÕES - HIBRIDISMO DE SUA COMPOSIÇÃO - REPRESENTAÇÃO INSTITUCIONAL DE MERA FRAÇÃO DE DETERMINADA CATEGORIA



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

No presente caso, tem-se que a Requerente não representa todos os auditores fiscais, mas apenas os auditores fiscais de tributos estaduais, ficando claro, também por este motivo, a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda.

III – DAS RAZÕES DE MÉRITO: A CONSTITUCIONALIDADE DO SIMPLES NACIONAL (LC Nº 123/06)

Trata-se, como visto, de ADI ajuizada pela FEBRAFITE para questionar dispositivos da Lei Complementar nº 123/06.

Ocorre, contudo, que tais argumentos não merecem prosperar, como será doravante demonstrado.

É de se notar que este E. Supremo Tribunal Federal já apreciou diversos temas que teriam a eventual inconstitucionalidade do regime de tributação simplificado como matéria prejudicial.

A título de exemplo, vale mencionar que já foi reconhecida a repercussão geral de 03 (três) temas relacionados ao SIMPLES NACIONAL, quais sejam: (a) a discussão sobre a cobrança do ICMS de empresa optante pelo SIMPLES NACIONAL, na modalidade de cálculo conhecida como diferencial de Alíquota; (b) a controvérsia relativa à constitucionalidade das normas contidas no inciso V do artigo 17 da LC nº 123/06, as quais impedem o recolhimento de impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte que possua débitos, cuja exigibilidade não esteja suspensa; e (c) a controvérsia sobre a possibilidade de se reconhecer a contribuinte optante pelo SIMPLES as imunidades previstas nos artigos 149, § 2º, inciso I, e 153, § 3º, inciso III, da Constituição Federal.

Além disso, diversos outros casos sobre a matéria já foram julgados, especialmente a ADI nº 4033³, quando ficou claro o reconhecimento da validade do regime, ao dispor o Supremo Tribunal Federal que “**O fomento da micro e da**

FUNCIONAL - DESCARACTERIZAÇÃO DA AUTORA COMO ENTIDADE DE CLASSE - NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA..

³ STF, ADI 4033, Pleno, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 15/09/2010



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte.

Se não bastasse o referido argumento, importante destacar as razões pelas quais não há que se cogitar a sua inconstitucionalidade.

A Emenda Constitucional nº 42/03 incluiu na Constituição da República o parágrafo único ao art. 146, bem como seus incisos, conferindo à lei complementar competência para definir o tratamento diferenciado e **favorecido** para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, por meio de regime conjunto de arrecadação de tributos de todos os entes da Federação, podendo a arrecadação, cobrança e fiscalização ser compartilhadas pelos entes federados.

Por tal razão, os fundamentos trazidos pela Requerente não merecem subsistir, e podem ser rebatidos da seguinte forma:

(i) Não há qualquer violação à **competência tributária** de Estados e Municípios, pois estes continuam competentes para legislar e administrar, ordinariamente, seus respectivos tributos – em especial ISS e ICMS. O que o SIMPLES prevê é apenas a transferência da **capacidade tributária ativa** para cobrança dos tributos de competência estadual e municipal, o que não se confunde – e nem poderia - com delegação da competência tributária⁴;

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

⁴ CTN: Art. 7º A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do [§ 3º do artigo 18 da Constituição](#).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

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

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

Por fim, vale destacar que o fato de a Lei Complementar nº 147/14 ter alterado o diploma legal questionado com o fim de ampliar a abrangência do SIMPLES NACIONAL gera ainda mais importância para a discussão, eis que esta representa para o sistema tributário pátrio indiscutível ganho em eficiência, justiça, racionalidade, incentivo ao crescimento, e, sobretudo, em justiça social, valorizando a capacidade de trabalho e de iniciativa do brasileiro.

III - MEDIDA LIMINAR – RAZÕES PELO INDEFERIMENTO – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES:

In casu, o indeferimento da liminar é medida que se impõe, uma vez que inexistentes seus pressupostos autorizadores.

Com efeito, o ato normativo ora questionado decorre de amplo e profundo debate legislativo, configurando-se temerária sua suspensão liminar embasada exclusivamente nos frágeis fundamentos oferecidos pela Requerente, *data venia*.

Esse Excelso Pretório, deveras, já se manifestou anteriormente pela constitucionalidade do SUPERSIMPLES, nos termos abaixo ementados, *verbis*:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL PATRONAL. ISENÇÃO CONCEDIDA ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. SIMPLES NACIONAL (“SUPERSIMPLES”). LEI COMPLEMENTAR 123/2006, ART. 13, § 3º. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 3º, III, 5º, CAPUT, 8º, IV, 146, III, D, E 150, § 6º DA CONSTITUIÇÃO. 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra o art. 13, § 3º da LC



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

123/2006, que isentou as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – *Simples Nacional* (“Supersimples”). 2. Rejeitada a alegação de violação da reserva de lei específica para dispor sobre isenção (art. 150, § 6º da Constituição), uma vez que há pertinência temática entre o benefício fiscal e a instituição de regime diferenciado de tributação. Ademais, ficou comprovado que o Congresso Nacional não ignorou a existência da norma de isenção durante o processo legislativo. 3. **A isenção concedida não viola o art. 146, III, d, da Constituição, pois a lista de tributos prevista no texto legal que define o campo de reserva da lei complementar é exemplificativa e não taxativa. Leitura do art. 146, III, d, juntamente com o art. 170, IX da Constituição. 3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte.** 4. Risco à autonomia sindical afastado, na medida em que o benefício em exame poderá tanto elevar o número de empresas a patamar superior ao da faixa de isenção quanto fomentar a atividade econômica e o consumo para as empresas de médio ou de grande porte, ao incentivar a regularização de empreendimentos. 5. Não há violação da isonomia ou da igualdade, uma vez que não ficou demonstrada a inexistência de diferenciação relevante entre os sindicatos patronais e os sindicatos de representação de trabalhadores, no que se refere ao potencial das fontes de custeio. 6. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente.⁵

(grifou-se)

⁵ STF, ADI 4033, Pleno, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 15/09/2010



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Ademais, milhões de microempreendedores foram beneficiados pela lei atacada, sendo que muitos destes já aderiram ao referido regime tributário ao longo dos últimos anos.

Assim, o indeferimento da liminar consubstancia-se como forma de trazer **segurança jurídica** a esses milhões de microempresários, que não podem gerir suas empresas e exercer suas respectivas atividades econômicas sob a égide da incerteza e da precariedade.

Os novos argumentos trazidos pela Requerente, em petição datada de 17.12.2014, por conta das alterações levadas a efeito pela Lei Complementar nº 147/14, não têm o condão de alterar a conclusão acerca da constitucionalidade do regime de tributação do SIMPLES NACIONAL.

Evidenciada, pois, a ausência do *fumus boni iuris*.

O requisito do **periculum in mora**, da mesma forma, também não se mostra configurado, visto que o diploma legal permanece em vigor há quase 10 (dez) anos, beneficiando milhares de contribuintes do nosso país.

Impõe-se, assim, denegação da liminar requerida.

IV – DOS PEDIDOS:

Ante o exposto, dada a relevância da matéria e a representatividade do Conselho Federal da OAB (§ 2º do Art. 7º da Lei nº 9.868/99), requer a Vossa Excelência sua admissão na presente ADI, na condição de *amicus curiae*, bem como a garantia de manifestação oportuna ao longo do transcurso do feito, **por intermédio do posterior oferecimento de pormenorizado arrazoado**, incluído, igualmente, a realização de sustentação oral⁶, como já assegurado no Regimento Interno da Corte (Art. 131, § 3º), pugnando, outrossim, pelo indeferimento da

⁶ ADPF 187, Rel. Min. CELSO DE MELLO: ‘(...) Daí, segundo entendo, a necessidade de assegurar, ao ‘amicus curiae’, mais do que o simples ingresso formal no processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, a possibilidade de exercer o direito de fazer sustentações orais perante esta Suprema Corte, além de dispor da faculdade de submeter, ao Relator da causa, propostas de requisição de informações adicionais, de designação de perito ou comissão de peritos, para que emita parecer sobre questões decorrentes do litígio, de convocação de audiências públicas e, até mesmo, a prerrogativa de recorrer da decisão que tenha denegado o seu pedido de admissão no processo de controle normativo abstrato, como esta Corte tem reiteradamente reconhecido. (...)’



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

liminar requerida e, ao final, que a Ação Direta não seja conhecida, e, caso assim não se entenda, que seja reconhecida a sua improcedência.

Termos em que, aguarda deferimento.

Brasília, 13 de janeiro de 2015.

Marcus Vinicius Furtado Coêlho

Presidente do Conselho Federal da OAB

Luiz Gustavo A. S. Bichara

Procurador Especial Tributário do Conselho Federal da OAB

Rafael Barbosa de Castilho

OAB/DF 19.979

Bruno Matias Lopes

OAB/DF 31.490