

12/05/2021

PLENÁRIO

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

**RELATOR** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**REQTE.(S)** : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS  
ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB  
**ADV.(A/S)** : MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO E  
OUTRO(A/S)  
**INTDO.(A/S)** : CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA  
FAZENDÁRIA - CONFAZ  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**AM. CURIAE.** : SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E  
PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE  
**ADV.(A/S)** : THIAGO LUIZ ISACKSSON D'ALBUQUERQUE  
(20792/DF) E OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE  
SÃO PAULO - FIESP  
**ADV.(A/S)** : ALEXANDRE RAMOS  
**AM. CURIAE.** : FEDERACAO DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E  
TURISMO DO ESTADO DE SAO PAULO  
**ADV.(A/S)** : ROMEU BUENO DE CARVALHO E OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : SINDICATO DAS EMPRESAS DE SERVIÇOS  
CONTÁBEIS E DAS EMPRESAS DE  
ASSESSORAMENTO, PERÍCIAS, INFORMAÇÕES E  
PESQUISAS NO ESTADO DE SÃO PAULO - SESCON-  
SP  
**ADV.(A/S)** : LUCAS MICHERIF DE MORAES E OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA  
**ADV.(A/S)** : ARIENE D'ARC DINIZ E AMARAL  
**ADV.(A/S)** : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES  
**AM. CURIAE.** : DISTRITO FEDERAL  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL  
**AM. CURIAE.** : ESTADO DE ALAGOAS  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS  
**AM. CURIAE.** : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO

**ADI 5464 MC-REF / DF**

	SANTO
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:ESTADO DE GOIÁS</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:ESTADO DO MARANHÃO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:ESTADO DE MATO GROSSO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:ESTADO DE MINAS GERAIS</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:ESTADO DO PARÁ</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:ESTADO DO PIAUÍ</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:ESTADO DO PARANÁ</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:ESTADO DA PARAÍBA</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:ESTADO DE RONDÔNIA</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:ESTADO DE SERGIPE</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:ESTADO DE SANTA CATARINA</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:ESTADO DE PERNAMBUCO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE</b>

**ADI 5464 MC-REF / DF**

PERNAMBUCO

**AM. CURIAE.** :ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**AM. CURIAE.** :CONFEDERACAO NACIONAL DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E TURISMO - CNC

**ADV.(A/S)** :FERNANDO CESAR THIAGO DE MELLO E OUTRO(A/S)

**AM. CURIAE.** :FEDERACAO DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E TURISMO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**ADV.(A/S)** :MARCELO FERNANDO NOVAES MOREIRA

**ADV.(A/S)** :MARY HELLEN NASCIMENTO DA SILVA

**ADV.(A/S)** :RENATA ALEXANDRINO REIS

**AM. CURIAE.** :FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS E SERVIÇOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - FECOMÉRCIO/RS

**ADV.(A/S)** :RAFAEL PANDOLFO

**EMENTA**

**Ação direta de inconstitucionalidade. Declaração de inconstitucionalidade da cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15 editado pelo CONFAZ nos autos da ADI nº 5.469/DF. Ação direta julgada prejudicada, com prejuízo dos embargos de declaração.**

1. O dispositivo questionado na presente ação direta, isso é, a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93, de 17 de setembro de 2015, do Conselho Nacional de Política Fazendária (COFNAZ), foi declarado inconstitucional pelo Tribunal Pleno no julgamento da ADI nº 5.469/DF, de relatoria do Ministro Dias Toffoli. Na ocasião, houve modulação dos efeitos da decisão.

2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada prejudicada, com prejuízo dos embargos de declaração opostos contra a decisão em que se deferiu a medida cautelar. Fica esclarecido que deve ser observado o que foi decidido nos autos da ADI nº 5.469/DF.

**ACÓRDÃO**

**ADI 5464 MC-REF / DF**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário de 30/4 a 11/5/21, na conformidade da ata do julgamento e nos termos do voto reajustado do Relator, Ministro Dias Toffoli, por maioria de votos, vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava procedente o pedido, em julgar prejudicados a ação direta e os embargos de declaração opostos contra a decisão em que foi deferida, **ad referendum** do Plenário, a medida cautelar pleiteada, esclarecendo-se que deve ser observado o que foi decidido nos autos da ADI nº 5.469/DF.

Brasília, 12 de maio de 2021.

Ministro Dias Toffoli  
Relator

07/11/2018

PLENÁRIO

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

**RELATOR** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**REQTE.(S)** : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS  
ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB  
**ADV.(A/S)** : MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO E  
OUTRO(A/S)  
**INTDO.(A/S)** : CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA  
FAZENDÁRIA - CONFAZ  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**AM. CURIAE.** : SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E  
PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE  
**ADV.(A/S)** : THIAGO LUIZ ISACKSSON D'ALBUQUERQUE  
(20792/DF) E OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE  
SÃO PAULO - FIESP  
**ADV.(A/S)** : ALEXANDRE RAMOS  
**AM. CURIAE.** : FEDERACAO DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E  
TURISMO DO ESTADO DE SAO PAULO  
**ADV.(A/S)** : ROMEU BUENO DE CARVALHO E OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : SINDICATO DAS EMPRESAS DE SERVIÇOS  
CONTÁBEIS E DAS EMPRESAS DE  
ASSESSORAMENTO, PERÍCIAS, INFORMAÇÕES E  
PESQUISAS NO ESTADO DE SÃO PAULO - SESCON-  
SP  
**ADV.(A/S)** : LUCAS MICHERIF DE MORAES E OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA  
**ADV.(A/S)** : ARIENE D'ARC DINIZ E AMARAL  
**ADV.(A/S)** : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES  
**AM. CURIAE.** : DISTRITO FEDERAL  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL  
**AM. CURIAE.** : ESTADO DE ALAGOAS  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS  
**AM. CURIAE.** : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO

**ADI 5464 MC-REF / DF**

	SANTO
<b>AM. CURIAE.</b>	:ESTADO DE GOIÁS
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS
<b>AM. CURIAE.</b>	:ESTADO DO MARANHÃO
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO
<b>AM. CURIAE.</b>	:ESTADO DE MATO GROSSO
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO
<b>AM. CURIAE.</b>	:ESTADO DE MINAS GERAIS
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	:ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
<b>AM. CURIAE.</b>	:ESTADO DO PARÁ
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
<b>AM. CURIAE.</b>	:ESTADO DO PIAUÍ
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
<b>AM. CURIAE.</b>	:ESTADO DO PARANÁ
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
<b>AM. CURIAE.</b>	:ESTADO DA PARAÍBA
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA
<b>AM. CURIAE.</b>	:ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
<b>AM. CURIAE.</b>	:ESTADO DE RONDÔNIA
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
<b>AM. CURIAE.</b>	:ESTADO DE SÃO PAULO
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
<b>AM. CURIAE.</b>	:ESTADO DE SERGIPE
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
<b>AM. CURIAE.</b>	:ESTADO DE SANTA CATARINA
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
<b>AM. CURIAE.</b>	:ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
<b>AM. CURIAE.</b>	:ESTADO DE PERNAMBUCO
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE

**ADI 5464 MC-REF / DF**

PERNAMBUCO

**AM. CURIAE.** :ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**AM. CURIAE.** :CONFEDERACAO NACIONAL DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E TURISMO - CNC

**ADV.(A/S)** :FERNANDO CESAR THIAGO DE MELLO E OUTRO(A/S)

**AM. CURIAE.** :FEDERACAO DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E TURISMO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**ADV.(A/S)** :MARCELO FERNANDO NOVAES MOREIRA

**ADV.(A/S)** :MARY HELLEN NASCIMENTO DA SILVA

**ADV.(A/S)** :RENATA ALEXANDRINO REIS

**AM. CURIAE.** :FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS E SERVIÇOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - FECOMÉRCIO/RS

**ADV.(A/S)** :RAFAEL PANDOLFO

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), tendo por objeto a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015 editado pelo CONFAZ, que dispõe “sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a **consumidor final não contribuinte do ICMS** localizado em outra unidade federada”, por ofensa aos arts. 5º, II; 145, § 1º; 146, III, d; 150, I, II e IV; 152; 155, § 2º, I; 170, IX; e 179 da Constituição Federal.

Eis o teor do dispositivo questionado:

“**Cláusula nona** Aplicam-se as disposições deste convênio aos contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas

**ADI 5464 MC-REF / DF**

Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, **em relação ao imposto devido à unidade federada de destino**” (grifos nossos).

Alega o autor haver ofensa ao art. 97 do Código Tributário Nacional e às disposições da Lei Complementar nº 123/06. Sustenta que o CONFAZ não poderia determinar a aplicação do convênio às microempresas e às empresas de pequeno porte optantes do Simples Nacional, em razão da ausência de lei complementar e de norma constitucional nesse sentido.

Relata que o convênio em questão estabeleceu as diretrizes gerais “do novo regime de recolhimento de ICMS em operações e prestações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes do imposto, decorrentes da Emenda Constitucional nº 87/2015”.

Expõe que, no regime tributário da LC nº 123/06, criado para dar tratamento diferenciado e favorecido àquelas empresas, os tributos são calculados “mediante aplicação de uma alíquota única incidente sobre a receita bruta mensal e, posteriormente, o produto da arrecadação é partilhado entre os entes tributantes”. Além disso, alega que não haveria a incidência de ICMS “em cada operação de venda realizada, mas sim um fato gerador único verificado no final de cada mês-calendário”. Defende, ainda, que esse diploma limita o poder de tributar e evita surpresas em desfavor do contribuinte.

Assevera o autor que “o CONFAZ alterou de forma profunda a sistemática de recolhimento do ICMS, inclusive para os pequenos negócios do SIMPLES NACIONAL”. Em sua concepção, a norma questionada desprestigia as empresas optantes do Simples Nacional e afeta desfavoravelmente essas empresas, além de ensejar, em face delas, a cobrança do denominado diferencial de alíquotas. Segundo sua óptica, não houve o atendimento das disposições constitucionais que garantem às microempresas e às empresas pequenas o direito à cobrança tributária unificada.

Sustenta o autor que a alteração da tributação relativa ao ICMS das empresas optantes do Simples Nacional depende de lei complementar.



**ADI 5464 MC-REF / DF**

Alude que novas obrigações acessórias para tais empresas “somente poderiam ter sido instituídas na forma do artigo 1º, § 3º[,] da LC nº 123/2006, cujo desrespeito leva a sua inexigibilidade (§ 6º do mesmo artigo)”. Ademais, afirma não ser possível a cobrança do citado diferencial de alíquotas em razão do princípio da uniformidade geográfica. De sua perspectiva, a norma enfrentada afeta difusamente a economia nacional e beneficia um reduzido número de contribuintes.

No tocante ao pedido de medida cautelar, menciona haver risco de “periclitamento do próprio direito, no caso, de que os contribuintes do SIMPLES NACIONAL percam competitividade e cessem suas atividades”. Ressalta que o ato em questão está em vigor desde 1º/1/16. Alega que a norma questionada traz variados impactos como: acúmulo de créditos de ICMS, pois o convênio permite ao remetente compensar “os créditos [de] ICMS apenas com o imposto devido ao Estado de origem”; aumento do valor da operação, já que o ICMS não recuperado e o ICMS devido ao Estado de destino serão incorporados ao custo da operação; violação da não cumulatividade, pois o convênio determina a partilha gradual do correspondente ao diferencial de alíquotas entre o estado de origem e de destino, para, em 2019, ser integralmente recolhido para o estado de destino; violação do princípio da legalidade, em razão da existência de reserva de lei complementar para dispor sobre tratamento tributário diferenciado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte; dificuldade em relação à precificação e à oferta das mercadorias, pois, “na metodologia de cálculo do imposto devido para o Estado de destino, o remetente deverá levar em consideração a alíquota interna aplicada naquela UF, assim como a alíquota interestadual cabível na operação”; relevante incremento de oneração relativa ao cumprimento de obrigações acessórias, em razão da “inevitável necessidade de parametrização dos sistemas eletrônicos das empresas e incremento da burocracia referente ao imposto”.

Em razão da urgência do caso, solicitei informações ao órgão requerido, intimando o Senhor **Ministro de Estado da Fazenda** e os Senhores **Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação dos Estados e**

**ADI 5464 MC-REF / DF**

**do Distrito Federal**, para que, no prazo de cinco dias (art. 10, **caput**, da Lei nº 9.868/99), prestassem as necessárias informações a respeito do que está contido na inicial. Após, determinei a abertura de vista, sucessivamente, no prazo de três dias (art. 10, §1º, Lei nº 9.868/99), ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República.

O Ministério da Fazenda prestou informações (petição nº 7.268/2016). Relatou a existência do conhecido Parecer PGFN/CAT nº 1.226/2015 pela inconstitucionalidade da cláusula impugnada. Não obstante, alegou que, “meritoriamente, o fornecimento dos subsídios para a ADIN incumbe às próprias unidades federadas”, pois o Presidente do CONFAZ é elemento neutro e não tem ele poder de deliberação no âmbito do CONFAZ.

Contra a cláusula questionada, manifestaram-se as Secretarias da Fazenda dos Estados de São Paulo (petição nº 5.867/2016), do Rio de Janeiro (petição nº 8.008/2016) e de Minas Gerais (petição nº 7.497/2016). A primeira aduziu serem razoáveis as ponderações e conclusões feitas pelo autor da ação e disse que assinou o convênio para harmonizar a legislação nacional. A segunda relatou ter sido contrária, no âmbito do CONFAZ, ao texto impugnado e que seu posicionamento está corroborado em parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Por sua vez, a Secretaria da Fazenda mineira sustenta que a cláusula contraria o tratamento privilegiado e favorecido dos pequenos negócios, pois a norma impugnada não se encontra albergada pelo art. 13, § 1º, da LC nº 123/06.

Já a favor do dispositivo debatido, posicionaram-se o CONFAZ, a Secretaria de Estado da Fazenda do Distrito Federal e as Secretarias de Estado da Fazenda dos Estados do Mato Grosso do Sul, do Ceará, do Rio Grande do Sul, do Mato Grosso, do Amapá, do Pará, de Sergipe, de Alagoas, do Piauí, de Pernambuco, do Paraná, do Rio Grande do Norte, de Roraima e do Maranhão. Eis a compilação das fundamentações: a) não se deve conhecer da ação direta, pois o autor não teria impugnado todo o complexo normativo da matéria, isto é, não teria pedido a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto do art. 155, § 2º, VII e VIII, da

**ADI 5464 MC-REF / DF**

Constituição Federal; b) a ofensa ao texto constitucional seria indireta ou reflexa, pois só é verificável a partir do exame do Código Tributário Nacional, do Convênio ICMS nº 93/15 e da LC nº 123/06; c) a EC nº 87/15 já abrangeria empresas optantes do Simples Nacional, e a cláusula questionada apenas densificaria o contido nessa emenda; d) as novas regras do imposto estariam alinhadas com o art. 3º, III, da Constituição Federal, e potencializariam o federalismo e fomentariam a concorrência entre as empresas; e) a invalidação da cláusula questionada prejudicaria os objetivos da emenda constitucional referida e colocaria os estados remetentes em situação de inaceitável privilégio; f) não teria havido a criação de nova hipótese de incidência do imposto nem a atribuição de responsabilidade não prevista na legislação; g) para se excluir as empresas optantes do Simples Nacional do regime previsto na EC nº 87/15 seria necessário haver lei nesse sentido; h) a cláusula questionada não cuidaria de aspectos gerais de direito tributário e não ofenderia os arts. 170, IX, e 179 da Constituição Federal, pois os pequenos negócios continuariam com os benefícios do Simples Nacional; i) a LC nº 123/06 (artigo 13, § 1º, XIII, b, g e h) preveria situações em que as empresas optantes do Simples Nacional devem recolher ICMS fora do regime simplificado; j) inexistiria ofensa ao princípio da capacidade contributiva, pois o ICMS seria tributo indireto e seu ônus financeiro seria repassado para o consumidor final; k) inexistiria violação do não confisco, já que as alíquotas interestaduais fixadas pelo Senado Federal seriam razoáveis; l) não haveria afronta à regra da não cumulatividade, pois a cláusula impugnada não teria alterado a sistemática do texto constitucional, nem haveria crédito a ser escriturado, haja vista o encerramento da cadeia de circulação; ademais, o aproveitamento de crédito seria vedado às empresas optantes do Simples Nacional; m) os benefícios trazidos pela emenda constitucional ultrapassariam as eventuais dificuldades que os pequenos negócios podem ter que suportar; n) não haveria razão para excepcionar os pequenos negócios quanto à obrigação acessória de terem inscrição estadual em todos os estados onde realizem operações, pois todos os varejistas estariam sujeitos à mesma obrigação; ademais, isso

**ADI 5464 MC-REF / DF**

inviabilizaria a fiscalização; o) os estados possuiriam competência para instituir o diferencial de alíquotas de ICMS, em conformidade com o art. 24, **caput** e inciso I, do texto constitucional; p) com a declaração de inconstitucionalidade da cláusula, o custo aludido no art. 13, § 1º, XIII, h, da LC nº 123/06 não seria repassado pelas empresas optantes do Simples Nacional que realizem operação interestadual para consumidor final localizado em outro estado; q) a procedência da ação direta resultaria na desigualdade entre as empresas do Simples Nacional que operam no mercado interno de seu respectivo estado e as empresas do Simples Nacional que realizam operações interestaduais.

Por intermédio da Petição nº 4.512/2016, protocolada em 11/2/16, o autor requereu a juntada de documentos.

Diante da constatação, extraída dos elementos que estão nos autos, de que o dispositivo impugnado estaria invadindo campo próprio de lei complementar, bem como produzindo efeitos funestos no mercado nacional, **deferiu a medida cautelar pleiteada, ad referendum do Plenário, suspendendo a eficácia da cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015 editado pelo CONFAZ, até o julgamento final da ação.**

Opuseram embargos de declaração em face da cautelar deferida o Governador e o Secretário de Estado da Tributação do Estado do Rio Grande do Norte, bem como o Estado do Ceará. Os fundamentos trazidos pelos embargantes podem ser assim reunidos: a decisão embargada não teria tratado do art. 3º, III, da Constituição; b) a EC nº 87/15 não faria distinção entre sociedades anônimas e microempresas e empresas de pequeno porte; c) a LC nº 123/06 já preveria hipóteses em que o contribuinte deve recolher o ICMS separadamente, inclusive do diferenciais de alíquotas (art. 13, § 1º, XIII, da lei complementar); d) o diferencial de alíquotas do ICMS seria devido pelo consumidor final, mas a responsabilidade por seu recolhimento seria do remetente da mercadoria ou do prestador do serviço; e) as dificuldades advindas da citada emenda constitucional atingiriam pequeno efetivo das empresas optantes do Simples Nacional; f) regime tributário diferenciado e favorecido instituído em favor dos microempreendedores não teria sido

**ADI 5464 MC-REF / DF**

alterado com a aludida emenda nem com o convênio impugnado. Nos primeiros aclaratórios, pugna-se, caso não haja a revogação da cautelar deferida, pela modulação de seus efeitos, para que ela passe a vigorar apenas a partir de 1º de janeiro de 2017, pois os estados e o Distrito Federal “se encontram assolados por uma pública e notória crise financeira, não podendo prescindir de receitas já previstas nas respectivas Leis Orçamentárias vigentes”.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil(CFOAB), tendo em vista os efeitos infringentes dos aclaratórios, apresentou contrarrazões. Alegou, em suma, não haver “correlação mensurável de causa e efeito entre a imposição de recolhimento de diferencial de alíquota nas transações interestaduais praticadas pelas micro e pequenas empresas optantes do Simples Nacional e a efetiva promoção da igualdade”. Sustentou, com base na interpretação sistemática, que as novas regras trazidas pela EC nº 87/15 não se aplicariam às microempresas nem às empresas de pequeno porte submetidas ao Simples. Defendeu que o art. 13, § 1º, XIII, da LC nº 123/06, seria taxativo e não admitiria extensões. Aduziu não ser necessário se modularem os efeitos da decisão ora embargada, pois, caso contrário, os contribuintes teriam de suportar um ônus tributário indevido por todo o exercício de 2016, “o que poderia causar prejuízos irremediáveis e irreparáveis para aqueles pequenos negócios que possivelmente não subsistiriam após esse lapso temporal”. Reitera, no mais, os argumentos expendidos na inicial.

A Advogada-Geral da União manifestou-se “pela negativa de referendo à medida cautela deferida na presente ação direta, a qual deve ser cassada diante da ausência dos requisitos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**”.

A Procuradora-Geral da República opinou pelo não conhecimento dos embargos de declaração e pelo referendo da medida liminar.

É o relatório.

07/11/2018

PLENÁRIO

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

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

De início, não acolho os embargos de declaração opostos em face da decisão concessiva, **ad referendum** do Plenário, da medida cautelar pleiteada, tendo em vista não estar presente nenhuma hipótese autorizadora da oposição do recurso declaratório.

A decisão embargada não incorreu em omissão. Os pontos colocados em debate foram analisados, nos limites necessários ao deslinde do feito. Ademais, a contradição que autoriza opor o recurso declaratório deve ser interna à decisão, verificada entre os fundamentos do julgado e sua conclusão, o que não ocorreu no caso em tela. Da mesma forma, a decisão não é obscura, pois a ela não faltam clareza nem certeza quanto ao que foi decidido. Por fim, também é certo que não há no julgado nenhum erro material a ser corrigido. Os embargantes pretendem, efetivamente, promover o rejuízo da causa, fim para o qual não se prestam os embargos declaratórios.

Nesse sentido, **vide**:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. ART. 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS” (ARE nº 919.449/PE-AgR-ED, Segunda Turma, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, DJe de 28/4/16).

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM

**ADI 5464 MC-REF / DF**

AGRAVO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO. I - Ausência dos pressupostos do art. 535, I e II, do Código de Processo Civil. II - A embargante busca tão somente a rediscussão da matéria, porém os embargos de declaração não constituem meio processual adequado para a reforma do decisor, não sendo possível atribuir-lhes efeitos infringentes, salvo em situações excepcionais, o que não ocorre no caso em questão. III - Embargos de declaração aos quais se nega provimento.” (ARE nº 866.886/RS-AgR-ED, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski** DJe de 18/4/16).

Quanto ao mérito desta ação direta, confira-se o teor da decisão concessiva da medida cautelar:

“Como relatado, diante da plausibilidade da alegada ofensa ao tratamento tributário diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte optantes do Simples Nacional e dos riscos aduzidos pelo autor, entendi ser o caso de exame da medida cautelar requerida, motivo pelo qual apliquei o rito previsto no art. 10 da Lei nº 8.689/89, determinando a oitiva de todos os integrantes do CONFAZ, da Advocacia Geral da União e do Ministério Público Federal.

Não obstante, sobreveio a Petição nº 4.512/2016, protocolada em 11/2/16, mediante a qual o autor requereu a juntada de documentos agregando novos elementos de convicção. Examinados os elementos havidos nos autos – considerando a relevância do caso e que a impugnada cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015 se encontra em vigor desde 1º de janeiro de 2016 –, em caráter excepcional examino, monocraticamente, **ad referendum** do Plenário, o pedido de medida cautelar, sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a norma, conforme precedentes

**ADI 5464 MC-REF / DF**

desta Corte, tais como: ADPF nº 130/DF-MC, Rel. Min. **Ayres Britto**, DJ de 27/2/08; ADI nº 4.307/DF-MC, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, DJ de 8/10/09; ADI nº 4.598/DF-MC, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 1º/8/11; ADI nº 4.638/DF-MC, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJ de 1º/2/12; ADI nº 4.705/DF-MC, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, DJ de 1º/2/12; ADI nº 4.635-MC, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJ de 5/1/12; ADI nº 4.917-MC, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, DJ de 21/3/13; e ADI nº 5.184-MC, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 9/12/14.

Presentes os requisitos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora** para a concessão da medida cautelar.

Inicialmente, registro que o Convênio ICMS nº 93/2015 como um todo é objeto de questionamento na ADI nº 5469/DF, também sob minha relatoria. Os elementos até então colacionados, no entanto, permitem a concessão de liminar, **ad referendum** do plenário, tão somente em relação à cláusula nona do referido convênio, objeto da presente ação direta. A cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015, a pretexto de regulamentar as normas introduzidas pela Emenda Constitucional nº 87/2015, ao determinar a aplicação das disposições do convênio aos contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e pelas Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional -, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, **em relação ao imposto devido à unidade federada de destino**, acabou por invadir campo próprio de lei complementar, incorrendo em patente vício de inconstitucionalidade.

Eis o teor dos incisos VII e VIII, alíneas a e b, do art. 155, § 2º, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 87/2015:

‘Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)



**ADI 5464 MC-REF / DF**

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015)

a) (revogada); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015)

b) (revogada); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015)

VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015)

a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015)

**b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto** (Incluído pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015).’

Como se vê, a Emenda Constitucional nº 87/2015, alterou, de forma profunda, a sistemática de recolhimento do ICMS.

**ADI 5464 MC-REF / DF**

Pela redação originária dos referidos dispositivos constitucionais, a alíquota interestadual somente seria adotada, em relação às operações e prestações que destinassem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, quando o destinatário fosse contribuinte do imposto, hipótese em que caberia ao estado da localização do destinatário o imposto correspondente entre a alíquota interna e a interestadual. **Caso o destinatário não fosse contribuinte do imposto, adotava-se a alíquota interna.**

Nesse contexto é que foi firmado o Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), declarado inconstitucional pelo Plenário da Corte nos autos da ADI nº 4.628/DF, Rel. Min. **Luiz Fux**. Referido protocolo, ao determinar que o estabelecimento remetente seria o responsável pela retenção e pelo recolhimento do ICMS em favor da unidade federada destinatária, colidia frontalmente com a sistemática constitucional prevista pelo art. 155, § 2º, VII, alínea b, bem como com o art. 150, incisos IV e V, da Constituição.

Já o Convênio ICMS nº 93/2015, ora em discussão, adveio com a finalidade de regulamentar a nova EC nº 87/2015, a qual, ao alterar as redações dos incisos VII e VIII do art. 155, § 2º, da Constituição Federal, e ao incluir as alíneas a e b nesse inciso, determinou a adoção da alíquota interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, e dispôs caber ao estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do estado destinatário e a alíquota interestadual. Além disso, **atribuiu-se ao remetente, quando o destinatário não for o contribuinte do imposto, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente ao citado diferencial de alíquotas, cabendo o recolhimento ao destinatário quando ele for contribuinte do imposto.**

Se é certo que a Emenda Constitucional nº 87/2015 uniformizou o regramento para a exigência do ICMS em

**ADI 5464 MC-REF / DF**

operações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outra unidade da federação, **contribuinte ou não**, não só fixando a alíquota que será adotada na origem (interestadual), como também prevendo o diferencial de alíquota a favor do destino em todas as operações e prestações, não é menos certo que o art. 146, III, d, da Constituição dispôs caber a lei complementar a **definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte**.

Dispõe o art. 146 o seguinte:

‘Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

d) **definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.**

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

I - será opcional para o contribuinte;

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

III - **o recolhimento será unificado e centralizado** e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos

**ADI 5464 MC-REF / DF**

respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento;

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

Com efeito, a Constituição 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 para 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). A Carta Federal também possibilita a essa lei complementar 'instituir um **regime único de arrecadação** dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios', observando-se, além de outras condições, a facultativa adesão do contribuinte, o recolhimento unificado e centralizado bem como a imediata distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados, vedada qualquer retenção ou condicionamento (art. 146, parágrafo único, III, da CF/88, incluído pela EC nº 42/03).

Por ocasião do julgamento do RE nº 627.543/RS, anotei que o Simples Nacional surgiu da premente necessidade de se fazer com que o sistema tributário nacional concretizasse as diretrizes constitucionais do favorecimento às microempresas e às empresas de pequeno porte.

Exatamente nesse contexto foi promulgada a Lei Complementar nº 123/06, a qual estabeleceu normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado a essas empresas no âmbito dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, especialmente no que se refere:

'I - à apuração e recolhimento dos impostos e

**ADI 5464 MC-REF / DF**

contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, **mediante regime único de arrecadação**, inclusive obrigações acessórias;

II - ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias;

III - ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão' (art. 1º da Lei Complementar nº 123/06).

Ressaltei no voto que proferi no citado recurso extraordinário que o conjunto dos dispositivos constitucionais que versam sobre o **tratamento favorecido para microempresas e empresas de pequeno porte, traduzem**, para além de razões jurídicas, questões econômicas e sociais ligadas à necessidade de se conferirem condições justas e igualitárias de competição para essas empresas. Anotei, ainda, que o tratamento favorecido determinado pelo constituinte não importa em desoneração das obrigações fiscais, devendo o **regime simplificado** afigurar-se como uma adequação da carga tributária às particularidades do microempreendedor.

Dentro desse quadro jurídico especial, o microempreendedor, no tocante ao ICMS, nem sempre se submeterá a todas as regras gerais do imposto previstas no texto constitucional. No caso, 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. Nesse sentido, essas empresas não

**ADI 5464 MC-REF / DF**

necessitam de recolhê-lo separadamente.

A norma questionada, todavia, contraria esse específico tratamento tributário diferenciado e favorecido. Isso porque ela acaba determinando às empresas optantes do Simples Nacional, quando remetentes de bem ou prestadoras de serviço, o recolhimento do diferencial de alíquotas em relação às operações e às prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em outra unidade federada.

O simples fato de a Emenda Constitucional nº 87/2015 não ter feito qualquer referência ou exceção à situação dos optantes do SIMPLES NACIONAL não autoriza o entendimento externado pelos estados e pelo Distrito Federal por meio da cláusula nona do Convênio nº 93/2015. Ao lado da regência constitucional dos tributos, a Carta Magna consagra o tratamento jurídico diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, conforme arts. 179 e 170, inciso IX, prevendo, no âmbito tributário, que lei complementar defina esse tratamento, o que inclui regimes especiais ou simplificados, no caso do ICMS (Constituição, art. 146, m, d), não tendo havido qualquer modificação dessa previsão constitucional com o advento da Emenda Constitucional nº 87/2015.

Corroborando esse entendimento, destaco as seguintes passagens do Parecer PGFN/CAT nº 1226/2015 (juntado pela autora), elaborado em razão de consulta realizada pelo Estado do Paraná relativamente à Proposta de Convênio ICMS nº 66/2015, da qual se originou a norma em tela:

*'23. Entretanto, exclusivamente o fato de a Emenda Constitucional [EC nº 87/2015] não ter feito qualquer referência ou exceção à situação dos optantes do Simples Nacional equivale a dizer que é obrigatória a aplicação da novel regência a estes?*

(...)

25. Com efeito, ao lado da regência

**ADI 5464 MC-REF / DF**

constitucional dos tributos, a Carta Magna consagra o *tratamento jurídico diferenciado e favorecido* para as *microempresas e as empresas de pequeno porte*, conforme artigos 179 e 170, inciso IX, prevendo, no âmbito tributário, que *lei complementar* defina este tratamento, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do ICMS (Constituição, artigo 146, III, 'd'), não tendo havido qualquer modificação desta previsão constitucional com o advento da Emenda Constitucional nº 87.

(...)

27. Com fulcro nesta previsão, foi editada a Lei Complementar nº 123, de 2006, que disciplina, dentre outras coisas, o Simples Nacional, cuja sistemática é excludente do pagamento de *diferencial de alíquota* na saída interestadual geral de bens e serviços promovida por empresas optantes desta sistemática.

(...)

30. Em caso semelhante, em que se questionava o princípio da não cumulatividade excepcionado pela legislação do Simples, o Supremo Tribunal Federal assim se orientou, *verbis*:

‘Esta Suprema Corte firmou orientação quanto à incompetência do Poder Judiciário para criação de benefícios fiscais. Por outro lado, toda a argumentação da agravante se volta à preservação da neutralidade do IPI pela não cumulatividade, sem versar sobre o fundamento constitucional específico aplicável ao quadro, que é a racionalidade própria do tratamento diferenciado às micro e às pequenas empresas (art. 146, III, d da Constituição). Agravo regimental ao qual se nega provimento’. (STF, RE nº 488.455 AgR/PR, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, Julgamento 25/09/2012, publicação DJe-214 DIVULG 29-10-2012 PUBLIC 30-10-2012-grifos nossos).

31. Constata-se que o referido precedente

**ADI 5464 MC-REF / DF**

jurisprudencial encaminhou a solução da questão pelo *critério da especialidade das normas*, correspondente ao brocardo *lex specialis derogat generali*.

32. Ademais, considerou a unidade do Texto Constitucional e a coesão das normas, inclusive porque *'a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas'*.

(...)

33. Há que se acrescentar que, ainda que se entenda que os artigos 179, 170, inciso IX e 146, inciso, alínea *d*, da Constituição não têm o caráter de especialidade, seria inafastável a interpretação da Carta Constitucional segundo *ponderação de princípios*.

34. Efetivamente, se é verdade que a Emenda Constitucional nº 87 privilegiou o *princípio de equilíbrio da distribuição da receita tributária entre os entes federados*, promovendo a repartição entre a origem e o destino na hipótese em análise, não menos verídico é que a Carta Constitucional consagra o *tratamento jurídico diferenciado e favorecido para as microempresas e as empresas de pequeno porte* em diversos artigos.

35. Ora, em se entendendo aplicável a Emenda Constitucional nº 87 aos optantes do Simples Nacional, não haverá, relativamente a eles, mera repartição de receita do ICMS entre as unidades da federação de *origem e destino* das operações nesta sistemática, mas **concreto aumento de carga tributária, já que a responsabilidade pelo recolhimento do diferencial de alíquota é do remetente**.

(...)

*Pelo exposto e considerando a orientação que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal - ao qual incumbe interpretar em definitivo a Constituição -, pode-se concluir que a Cláusula Nona da Proposta de Convênio 66/2015, ao determinar a extensão da sistemática da Emenda Constitucional nº 87 aos optantes do Simples Nacional,*



**ADI 5464 MC-REF / DF**

*adentra no campo material de incidência da respectiva lei complementar disciplinadora, pois, como visto, a nova ordem constitucional não tem aplicabilidade direta a estes contribuintes.'*

Em sede de cognição sumária, concluo que a Cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015 invade campo de lei complementar. Por essas razões, tenho que se encontra presente a **fumaça do bom direito**, apta a autorizar a concessão de liminar.

Presente, ademais, o **perigo da demora**, uma vez que a não concessão da liminar nesta ação direta conduziria à ineficácia de eventual provimento final.

Isso porque, como aduz o autor, 'há risco de perecimento do próprio direito, no caso, de que os contribuintes do SIMPLES NACIONAL percam competitividade e cessem suas atividades'. De sua óptica, a norma enfrentada, em relação às empresas optantes do Simples Nacional, onera os impostos a pagar, traz custos burocráticos e financeiros, encarece os produtos, dificulta o cumprimento de obrigações acessórias, aumenta os 'custos de conformidade em um momento econômico de crise' e embaraça a viabilidade de empresas de pequenos negócios que comercializam produtos para outros estados.

Dos estudos apresentados pelo SESCON-SP e pelo SEBRAE sobressai os efeitos nefastos que a exigência contida na cláusula nova do convênio causam aos optantes do SIMPLES NACIONAL, como sintetizado pela autora na petição datada de 11/02/2016.

'Ademais, conforme o 'Estudo sobre a alteração do Convênio CONFAZ 93/2015 para as empresas do Simples Nacional e RPA', elaborado pelo SESCON-SP (ANEXO 2), verifica-se o **aumento expressivo da carga tributária recolhida pelas empresas do Simples Nacional**, o que pode ser observado no gráfico 'Alíquota Efetiva de ICMS

**ADI 5464 MC-REF / DF**

na Operação SP X RJ Convênio 93/2015', cuja análise 'valor da alíquota' por 'tempo' demonstra um escalonamento progressivo do montante de carga tributária recolhida pelas empresas de São Paulo que vendem seus produtos para o Rio de Janeiro: (...)

Acrescenta-se, ainda, que o Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE – também tem demonstrado preocupação com os impactos que a Cláusula 9ª do Convênio nº 93/2015 do CONFAZ tem causado às micro e pequenas empresas do país (ANEXO 3).

Em documentação encaminhada pelo Diretor-Presidente da Instituição (ANEXO 4) a este Conselho Federal da OAB, o SEBRAE discorreu sobre os prejuízos e danos sofridos pelas empresas aderentes ao Simples Nacional após o Convênio nº 93/2015 do CONFAZ.

O que se extrai desta documentação é que a imposição das novas regras do ICMS às empresas que optaram ao Simples Nacional é uma ameaça à sobrevivência dessas empresas, relatando, em várias reportagens encaminhadas, o fechamento dos pequenos negócios brasileiros.

Cabe ressaltar ainda, que em Ofício nº 1901/2016 encaminhado pela Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico – Camara.net – ao Conselho Deliberativo Nacional do SEBRAE (ANEXO 5), a Camara.net esclarece que:

*A esmagadora maioria dessas empresas (micro e pequenas empresas optantes pelo Regime do Simples Nacional) não está preparada para essa mudança e não tem condições financeiras de se adaptar a ela, eis que gigantes do setor já chegaram a 'investir' mais de R\$ 1.000.000,00 apenas em sistemas e adaptações para atendimento das novas regras. (Ofício 1901/2016 Cama.net. p. 6)'.*

Pelo exposto, concedo a medida cautelar pleiteada, ad

**ADI 5464 MC-REF / DF**

**referendum do Plenário, para suspender a eficácia da cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015 editado pelo CONFAZ, até o julgamento final da ação.”**

Ante as razões apresentadas, voto pelo não acolhimento dos embargos de declaração e pelo referendo da decisão liminar.

Tendo em vista que já foram colhidas as informações requeridas e as manifestações da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, **proponho a conversão do julgamento deste referendo em decisão de mérito (ADI nº 5.253/BA, Tribunal Pleno, de minha relatoria, DJe de 1º/8/17), para que seja, desde logo, julgado procedente o pedido e, consequentemente, declarada a inconstitucionalidade formal da cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015 editado pelo CONFAZ, por invadir campo próprio de lei complementar.**

Proponho a seguinte tese:

“É formalmente inconstitucional a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015 editado pelo CONFAZ, por invadir campo próprio de lei complementar.”

É como voto.

**REAJUSTE DE VOTO**

Verifico que o Tribunal Pleno, no julgamento da ADI nº 5.469/DF, de **minha relatoria**, declarou a inconstitucionalidade, dentre outras, da cláusula nona do Convênio ICMS nº 93, de 17 de setembro de 2015, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), a qual é objeto da presente ação direta. Houve, na ocasião, a modulação dos efeitos da decisão.

Por ser esclarecedora, transcrevo a decisão de julgamento da ADI nº 5.469/DF:

**ADI 5464 MC-REF / DF**

“O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar 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, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Nunes Marques e Gilmar Mendes, e, parcialmente, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux (Presidente). Em seguida, o Tribunal, por maioria, modulou os 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 julgamento (2022), aplicando-se a mesma solução em relação às respectivas leis dos estados e do Distrito Federal, para as quais a decisão produzirá 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 93/2015, cujos efeitos retroagem à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF. Ficam ressalvadas da proposta de modulação as ações judiciais em curso. Vencidos, nesse ponto, o Ministro Edson Fachin, que aderiu à proposta original de modulação dos efeitos, e o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão. Plenário, 24.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).”

Sendo assim, à luz da jurisprudência da Corte, constata-se que a presente ação direta perdeu objeto. Nessa direção, cito o recente julgamento da ADI nº 5.439/DF-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, DJe de 27/4/21.

Ante o exposto, reajustando meu voto, julgo prejudicada a presente

**ADI 5464 MC-REF / DF**

ação direta de inconstitucionalidade, com prejuízo dos embargos de declaração opostos contra a decisão mediante a qual deferi, **ad referendum** do Plenário, a medida cautelar pleiteada. Fica esclarecido que deve ser observado o que foi decidido nos autos da ADI nº 5.469/DF.

É como voto.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.464**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI**

REQTE.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

ADV.(A/S) : MARCUS VINÍCIUS FURTADO COELHO (18958/DF) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA - CONFAZ

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE

ADV.(A/S) : THIAGO LUIZ ISACKSSON D'ALBUQUERQUE (20792/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - FIESP

ADV.(A/S) : CAIO CESAR BRAGA RUOTOLO (140212/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : FEDERACAO DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E TURISMO DO ESTADO DE SAO PAULO

ADV.(A/S) : ROMEU BUENO DE CARVALHO (112133/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : SINDICATO DAS EMPRESAS DE SERVIÇOS CONTÁBEIS E DAS EMPRESAS DE ASSESSORAMENTO, PERÍCIAS, INFORMAÇÕES E PESQUISAS NO ESTADO DE SÃO PAULO - SESCON-SP

ADV.(A/S) : LUCAS MICHERIF DE MORAES (347668/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA

ADV.(A/S) : ARIENE D'ARC DINIZ E AMARAL (20928/DF)

ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES (91152/RJ)

AM. CURIAE. : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

AM. CURIAE. : ESTADO DE ALAGOAS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS

AM. CURIAE. : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

AM. CURIAE. : ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

AM. CURIAE. : ESTADO DO MARANHÃO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO

AM. CURIAE. : ESTADO DE MATO GROSSO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO

AM. CURIAE. : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AM. CURIAE. : ESTADO DO PARÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

AM. CURIAE. : ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

AM. CURIAE. : ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ

AM. CURIAE. : ESTADO DA PARAÍBA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA

AM. CURIAE. : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE. : ESTADO DE RONDÔNIA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA

AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO

PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO  
AM. CURIAE. : ESTADO DE SERGIPE  
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE  
AM. CURIAE. : ESTADO DE SANTA CATARINA  
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
AM. CURIAE. : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE  
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE  
AM. CURIAE. : ESTADO DE PERNAMBUCO  
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
AM. CURIAE. : ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E  
TURISMO - CNC  
ADV. (A/S) : FERNANDO CESAR THIAGO DE MELLO (0063608/RJ) E OUTRO(A/S)  
AM. CURIAE. : FEDERACAO DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E TURISMO DO ESTADO  
DO RIO DE JANEIRO  
ADV. (A/S) : MARCELO FERNANDO NOVAES MOREIRA (131462/RJ)  
ADV. (A/S) : MARY HELLEN NASCIMENTO DA SILVA (172652/RJ)  
ADV. (A/S) : RENATA ALEXANDRINO REIS (0135381/RJ)  
AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS E SERVIÇOS DO ESTADO DO RIO  
GRANDE DO SUL - FECOMÉRCIO/RS  
ADV. (A/S) : RAFAEL PANDOLFO (39171/RS)

**Decisão:** Após o voto do Ministro Dias Toffoli, Presidente e Relator, que, preliminarmente, rejeitava os embargos de declaração e, na sequência, referendava a cautelar e convertia seu julgamento em definitivo de mérito para julgar procedente o pedido formulado na ação direta, pediu vista antecipada dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Falou, pelo requerente, o Dr. Marcus Vinícius Furtado Coêlho. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Rosa Weber. Plenário, 7.11.2018.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Assessora-Chefe do Plenário

12/05/2021

PLENÁRIO

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

**V O T O-VISTA**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:** Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015 editado pelo CONFAZ, que trata dos procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em outra unidade federada.

Aduz o dispositivo impugnado:

Cláusula nona. Aplicam-se as disposições deste convênio aos contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelos Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em relação ao imposto devido à unidade federada de destino.

*Alega que "o CONFAZ regulou matéria que não poderia, tanto por ausência de previsão em Lei Complementar, quanto pela carência de qualquer interpretação autorizada da Carta Maior, ao dispor que as empresas optantes pelo SIMPLES NACIONAL devem aplicar o disposto nas diretrizes celebradas no Convênio".*

Sustenta, em síntese, que a norma impugnada viola diversos dispositivos da Constituição:

i) arts. 170, IX, e 179, que dispensam tratamento diferenciado às pequenas empresas e estabelecem o dever de incentivar suas atividades; ii) art. 150, incisos II e IV, que obrigam o legislador a observar a isonomia tributária e proíbe o



**ADI 5464 MC-REF / DF**

confisco; iii) art. 155, §2º, inciso I, que orienta a não-cumulatividade do imposto; iv) arts. 146, inciso III, alínea 'd', e 5º, II, os quais demonstram que o Convênio prescinde de legalidade; v) arts. 145, §1º e 152, que determinam seja observada a capacidade contributiva e a uniformidade geográfica da tributação.

*Alude que "a não concessão da liminar causará prejuízos irreparáveis as micro e pequenas empresas, podendo acarretar, inclusive, no encerramento de suas atividades, em virtude da inviabilidade econômica decorrente da elevação da burocracia tributária em razão da nova sistemática".*

Em fevereiro de 2016, o ministro relator concedeu a medida cautelar para, *ad referendum* do Plenário, "suspender a eficácia da cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015 editado pelo CONFAZ, até o julgamento final da ação". Nesse sentido, em sede de cognição sumária, concluiu pela inconstitucionalidade da Cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015, por invadir campo de lei complementar.

Levou a cautelar por si deferida a referendo do Plenário na sessão de 07.11.2018. Desta feita, rejeitou embargos de declaração opostos em face da decisão monocrática e propôs a conversão do referendo plenário em julgamento definitivo de mérito. Assim, votou pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade.

Pedi vista dos autos por coerência a semelhante expediente no RE 970.821, de relatoria do Ministro Edson Fachin.

**Passo a votar.**

A presente questão constitucional foi decidida no âmbito da ADI 5.469, também de relatoria do Ministro Dias Toffoli e em face do Convênio ICMS 93/2015, nos seguintes termos:

**"O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar 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**

**ADI 5464 MC-REF / DF**

Fazendária (CONFAZ), por invasão de campo próprio de lei complementar federal, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Nunes Marques e Gilmar Mendes, e, parcialmente, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux (Presidente). Em seguida, o Tribunal, por maioria, modulou os 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 julgamento (2022), aplicando-se a mesma solução em relação às respectivas leis dos estados e do Distrito Federal, para as quais a decisão produzirá 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 93/2015, cujos efeitos retroagem à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF. Ficam ressalvadas da proposta de modulação as ações judiciais em curso. Vencidos, nesse ponto, o Ministro Edson Fachin, que aderiu à proposta original de modulação dos efeitos, e o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão. Plenário, 24.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).” (grifei)

Anoto que fiquei vencido na ocasião, porquanto sustentei a higidez da Cláusula Nona do Convênio ICMS nº 93/2015. Por brevidade, transcrevo o que afirmei na sessão plenária de 24 de fevereiro de 2021:

“Neste sentido, não identifico qualquer ofensa constitucional na disciplina veiculada nas Cláusulas 1ª, 2ª, 3ª, 6ª e 9ª do Convênio ICMS nº 93/2015, firmado em 17 de setembro de 2015 no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

De toda sorte, penso que a Cláusula 9ª do mencionado

**ADI 5464 MC-REF / DF**

Convênio ICMS merece algumas linhas adicionais.

O dispositivo veicula autorização à aplicação da sistemática de recolhimento da *diferença de alíquota* também aos contribuintes optantes do Simples Nacional, *verbis*:

‘Cláusula nona - Aplicam-se as disposições deste convênio aos contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em relação ao imposto devido à unidade federada de destino.’

Tal dispositivo teve sua eficácia suspensa por medida cautelar deferida por Sua Excelência, o Ministro Dias Toffoli, nos autos da ADI 5464. Quando do referendo da medida cautelar, pedi vista daqueles autos para uma melhor compreensão da matéria de fundo.

Isso porque a questão ali em debate, que ora se repete nestes autos, restringe-se às situações em que o destinatário, localizado em outra unidade da federação, é *consumidor final não contribuinte do ICMS*, e o remetente das mercadorias é contribuinte do SIMPLES.

Pois bem.

Como já mencionei, os incisos VII e VIII do § 2º do Art. 155 da CF/88 definem, respectivamente, a incidência do *diferencial de alíquota* e a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS.

Neste ponto, chamo atenção para o fato de haver, no inciso VIII, uma substituição tributária constitucional, na medida em que a responsabilidade pelo recolhimento do diferencial de alíquota de ICMS é do remetente. Como aduz **Hugo de Brito Machado**,

A responsabilidade é a submissão, em

**ADI 5464 MC-REF / DF**

virtude de disposição legal expressa, de determinada pessoa que não é contribuinte, mas está vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, ao direito do fisco de exigir a prestação respectiva. (Curso de Direito Tributário, p. 155)

Mais especificamente, trata-se de responsabilidade tributária por substituição, quando “a obrigação tributária nasce, originariamente, já com o responsável tributário em seu polo passivo” (**Hugo de Brito Machado Segundo**, Manual de Direito Tributário, p. 149).

Portanto, temos a seguinte conformação: **i)** sendo o destinatário contribuinte do imposto, cabe a ele a responsabilidade pelo recolhimento; **ii)** não sendo o destinatário contribuinte do imposto, a responsabilidade é atribuída pela Constituição ao remetente. É esta a hipótese em discussão envolvendo a Cláusula 9ª do Convênio.

Perceba-se, ademais, que não há no texto constitucional ressalvas à situação das microempresas e das empresas de pequeno porte, o que nos leva a um primeiro indício conclusivo de que elas se submetem indistintamente à regra geral prevista.

Com as vênias de estilo, uma ressalva a esta regra, excepcionando-se a condição das micro e pequenas empresas, representaria uma perigosa criatividade judicial não almejada pelo legislador, como veremos adiante.

Tenhamos em mente a sensibilidade dos valores constitucionais em causa, quais sejam: o regime jurídico diferenciado das microempresas e empresas de pequeno porte e a higidez do sistema tributário e do próprio regime federativo.

Penso haver sérias razões para que decidamos, neste caso, pela higidez e funcionalidade do sistema tributário. Primeiro, porque a atribuição da responsabilidade pelo recolhimento do diferencial de alíquota às empresas optantes pelo Simples Nacional não contraria a consagração constitucional de tratamento diferenciado, na medida em que o sistema tributário

**ADI 5464 MC-REF / DF**

mais benéfico constante da Lei Complementar 123/2006 permanece íntegro.

Segundo, porque a própria lei complementar que disciplina tal regime favorecido às micro e pequenas empresas dá lastro expresso à incidência do diferencial de alíquota nas operações realizadas por empresas optantes do Simples.

Neste sentido, destaco o teor do Art. 13, § 1º, inciso XIII, alíneas *g* e *h* da Lei Complementar 123/2006:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, **dos seguintes impostos e contribuições:**

I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ;

II - Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI,

observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;

IV - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

V - Contribuição para o PIS/Pasep, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar;

VII - Imposto sobre Operações Relativas à

**ADI 5464 MC-REF / DF**

Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

**§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:**

(...)

**XIII - ICMS devido:**

(...)

**g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:**

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do §4º do art. 18 desta Lei Complementar;

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;

**h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual:**

É propriamente em razão dessas exclusões procedidas pelo § 1º do Art. 13 da Lei Complementar 123, de 2006, que mesmo as empresas optantes pelo Simples são passíveis de recolhimento, *e.g.*, de ITR, de IOF, de **Imposto de Importação**, de FGTS, enfim, de uma ampla gama de tributos (nela **incluída**

**ADI 5464 MC-REF / DF**

o diferencial de alíquota de ICMS) não previstos dentre aqueles contemplados no recolhimento único do regime simplificado.

Ademais, não podemos desconsiderar que a *ratio* da Emenda Constitucional 87/2015 foi reequilibrar a distribuição da arrecadação do ICMS, tendo em vista as novas perspectivas de mercado trazidas pelo *e-commerce*.

Como destacou, à época, o então Senador Eunício Oliveira, em relatório da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre a proposta de emenda à Constituição, *verbis*:

Recentemente, o advento da internet instituiu o chamado *e-commerce*, ou comércio eletrônico, em que o comprador é exposto a uma variedade de produtos e preços sem precedentes em nossa história econômica. A recente melhoria nos indicadores de emprego e renda da população brasileira impulsionou mais ainda o setor, facilitando o acesso a recursos eletrônicos por camadas sociais antes excluídas até mesmo do comércio de produtos básicos para a subsistência. Essa nova realidade trouxe muitos benefícios para o cidadão comum, mas também muitas distorções no equilíbrio econômico entre as unidades federadas. A maioria das lojas virtuais é sediada em poucos Estados, geralmente os mais ricos e desenvolvidos, que, mantida a sistemática atual de distribuição da arrecadação do ICMS, retêm toda a arrecadação do tributo. A fórmula constitucional atual permite tal anomalia ao determinar a incidência da alíquota interna, geralmente elevada, em operações envolvendo mercadorias destinadas a compradores não contribuintes do imposto e localizados em outro Estado.

Trata-se, em última análise, da própria radicalização do princípio da origem. A PEC em

**ADI 5464 MC-REF / DF**

comento procura reequilibrar essa relação, ordenando que parte dos recursos auferidos pelo recolhimento do ICMS seja canalizada para o Estado de destino, numa justa adequação à realidade dos fatos, que mostra tendência crescente de utilização do *e-commerce* nas mais diversas transações.

Some-se a isso um fator consequencial não menos importante. Se considerarmos que o diferencial de alíquota de ICMS não é devido quando a empresa remetente é optante do Simples Nacional e o destinatário é consumidor final não contribuinte do imposto, provavelmente observaríamos empresas de grande porte criando empresas intermediárias, aderentes do Simples Nacional, para destinar produtos a consumidores finais localizados em outras unidades da federação, driblando a incidência do diferencial de alíquota e, em última análise, esvaziando completamente a *ratio* do sistema veiculado pela EC 87/2015.

Penso, com as vênias de estilo, que o fundamento normativo da Cláusula 9ª do Convênio ICMS nº 93/2015 está efetiva e satisfatoriamente previsto em Lei Complementar. Ou seja, o permissivo da Cláusula 9ª do Convênio ICMS nº 93/2015 repousa diretamente no Art. 13, § 1º, inciso XIII, alíneas *g* e *h* da Lei Complementar 123/2006. Sua redação não ofende preceitos constitucionais ou norma complementar, antes, com relação a esta, reproduz sua *ratio*.”

À luz da decisão proferida pelo Tribunal Pleno na ADI 5.469, que invalidou a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015 – único dispositivo impugnado na presente ação direta – penso que o presente julgamento encontra-se prejudicado, por perda de objeto.

A esse respeito, há decisão recente da Corte, declarando a perda de objeto de ação de controle concentrado na qual se discutiam preceitos legais declarados inconstitucionais em outra ação direta. Nesse sentido a decisão proferida pelo eminente Ministro Roberto Barroso na ADI nº 5187, DJe de 01.07.2015.

Ante o exposto, julgo prejudicada esta ação direta de



**ADI 5464 MC-REF / DF**

inconstitucionalidade, com prejuízo dos embargos de declaração opostos e da cautelar deferida.

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

**RELATOR** : **MIN. DIAS TOFFOLI**

**REQTE.(S)** : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS  
ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

**ADV.(A/S)** : MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO E  
OUTRO(A/S)

**INTDO.(A/S)** : CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA  
FAZENDÁRIA - CONFAZ

**ADV.(A/S)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**AM. CURIAE.** : SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E  
PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE

**ADV.(A/S)** : THIAGO LUIZ ISACKSSON D'ALBUQUERQUE  
(20792/DF) E OUTRO(A/S)

**AM. CURIAE.** : FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE  
SÃO PAULO - FIESP

**ADV.(A/S)** : CAIO CESAR BRAGA RUOTOLO E OUTRO(A/S)

**AM. CURIAE.** : FEDERACAO DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E  
TURISMO DO ESTADO DE SAO PAULO

**ADV.(A/S)** : ROMEU BUENO DE CARVALHO E OUTRO(A/S)

**AM. CURIAE.** : SINDICATO DAS EMPRESAS DE SERVIÇOS  
CONTÁBEIS E DAS EMPRESAS DE  
ASSESSORAMENTO, PERÍCIAS, INFORMAÇÕES E  
PESQUISAS NO ESTADO DE SÃO PAULO - SESCON-  
SP

**ADV.(A/S)** : LUCAS MICHERIF DE MORAES E OUTRO(A/S)

**AM. CURIAE.** : CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA

**ADV.(A/S)** : ARIENE D'ARC DINIZ E AMARAL

**ADV.(A/S)** : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES

**AM. CURIAE.** : DISTRITO FEDERAL

**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

**AM. CURIAE.** : ESTADO DE ALAGOAS

**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS

**AM. CURIAE.** : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO  
SANTO

**AM. CURIAE.** : ESTADO DE GOIÁS

**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

**ADI 5464 MC-REF / DF**

**AM. CURIAE.** :ESTADO DO MARANHÃO  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO  
MARANHÃO

**AM. CURIAE.** :ESTADO DE MATO GROSSO  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO  
GROSSO

**AM. CURIAE.** :ESTADO DE MINAS GERAIS  
**PROC.(A/S)(ES)** :ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS  
GERAIS

**AM. CURIAE.** :ESTADO DO PARÁ  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

**AM. CURIAE.** :ESTADO DO PIAUÍ  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

**AM. CURIAE.** :ESTADO DO PARANÁ  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ

**AM. CURIAE.** :ESTADO DA PARAÍBA  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA

**AM. CURIAE.** :ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO  
GRANDE DO SUL

**AM. CURIAE.** :ESTADO DE RONDÔNIA  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA

**AM. CURIAE.** :ESTADO DE SÃO PAULO  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

**AM. CURIAE.** :ESTADO DE SERGIPE  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE

**AM. CURIAE.** :ESTADO DE SANTA CATARINA  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA  
CATARINA

**AM. CURIAE.** :ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO  
GRANDE DO NORTE

**AM. CURIAE.** :ESTADO DE PERNAMBUCO  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE  
PERNAMBUCO

**AM. CURIAE.** :ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE

**ADI 5464 MC-REF / DF**

JANEIRO

**AM. CURIAE.** :CONFEDERACAO NACIONAL DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E TURISMO - CNC

**ADV.(A/S)** :FERNANDO CESAR THIAGO DE MELLO E OUTRO(A/S)

**AM. CURIAE.** :FEDERACAO DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E TURISMO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**ADV.(A/S)** :MARCELO FERNANDO NOVAES MOREIRA

**ADV.(A/S)** :MARY HELLEN NASCIMENTO DA SILVA

**ADV.(A/S)** :RENATA ALEXANDRINO REIS

**AM. CURIAE.** :FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS E SERVIÇOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - FECOMÉRCIO/RS

**ADV.(A/S)** :RAFAEL PANDOLFO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou esta ação direta, com pedido de concessão de liminar, buscando ver declarada a incompatibilidade, com a Constituição Federal, da cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015, formalizado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz, por meio da qual determinado, às empresas optantes do Simples Nacional, quando remetentes de bem ou prestadoras de serviço, o recolhimento do diferencial de alíquotas em relação às operações e às prestações envolvendo consumidor final não contribuinte do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias – ICMS localizado em unidade federativa diversa. Eis o teor:

Cláusula nona. Aplicam-se as disposições deste convênio aos contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em relação ao imposto devido à unidade

**ADI 5464 MC-REF / DF**

federada de destino.

O Relator, ministro Dias Toffoli, implementou liminar, em 12 de fevereiro de 2016, suspendendo a eficácia da norma.

Iniciado o exame, na sessão de 7 de novembro de 2018, para referendo, ou não, da medida acauteladora, o ministro Gilmar Mendes pediu vista.

Devolvido o processo, o Relator reajustou o voto para assentar o prejuízo da ação e dos embargos de declaração interpostos contra decisão deferindo a tutela de urgência, por perda superveniente de objeto, ante declaração de inconstitucionalidade no âmbito da ação direta de nº 5.469, relator ministro Dias Toffoli, ocorrida na sessão de 24 de fevereiro de 2021.

Ausentes a publicação do acórdão e o trânsito em julgado do pronunciamento, é impróprio assentar a perda de objeto desta ação, considerada a vigência do ato normativo.

O processo está aparelhado para apreciação definitiva, ante manifestação da Advocacia-Geral da União e parecer da Procuradoria-Geral da República. Cabe converter em julgamento de mérito o exame.

O que nos vem da Carta da República? A atribuição, ao legislador complementar, para dispor sobre conflito de competência em matéria tributária e editar normas gerais, definindo especialmente, no que concerne a imposto, o fato gerador, a base de cálculo, o contribuinte, o tratamento diferenciado, consideradas microempresas e empresas de pequeno porte, e a instituição de regime único de arrecadação dos tributos – artigo 146, incisos I e III, alíneas “a” e “d”, e parágrafo único:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

[...]

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte,

**ADI 5464 MC-REF / DF**

inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

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

I – será opcional para o contribuinte;

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

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

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

Indaga-se: A sistemática introduzida pela Emenda de nº 87/2015 exauriu a regra-matriz do imposto, prescindindo da exigência constitucional de veiculação da matéria via lei complementar? A resposta é desenganadamente negativa.

A nova disciplina, no que estabelecida a cobrança do diferencial de alíquota em favor da unidade federativa de destino, imputado ao remetente o recolhimento, encerra dados de ordem material, espacial e pessoal, sinalizando imprescindível a espécie legislativa.

Especificamente quanto ao ICMS, o constituinte foi incisivo: reiterou a exigência de lei complementar versando elementos básicos do tributo, entre os quais contribuinte e local da operação – artigo 155, § 2º, inciso XII. O fez tendo em conta o envolvimento de ordens jurídicas parciais, presente a competência de cada Estado, a ensejar a fixação de parâmetros nacionais objetivando evitar sobreposição de regimes.

Na sessão de 24 de fevereiro último, fiz ver, no julgamento do recurso extraordinário nº 1.287.019, de minha relatoria, em conjunto com a ação direta de inconstitucionalidade nº 5.469, relator ministro Dias

**ADI 5464 MC-REF / DF**

Toffoli, que a cobrança da Diferença de Alíquotas do ICMS – Difal, em jogo operação interestadual a envolver consumidor final não contribuinte, pressupõe lei complementar disciplinando a matéria:

Conforme lição de Luís Eduardo Schoueri, no caso do ICMS, um imposto sobre o consumo, não seria tolerável que cada legislador estadual tivesse a mais ampla liberdade na sua conformação, sob pena de pôr em risco a própria unidade do mercado nacional.

A óptica é harmônica com a jurisprudência do Supremo. O Pleno, no julgamento dos extraordinários de nº 439.796/PR e 474.267/RS, relator ministro Joaquim Barbosa, acórdãos veiculados nos Diários de Justiça eletrônicos de 17 e 20 de março de 2014, ao examinar a legitimidade da cobrança do ICMS em importação por pessoa, natural ou jurídica, não contribuinte habitual, tal como previsto pela Emenda de nº 33/2001, condicionou-a à existência de lei complementar disciplinando o tema. [...]

[...]

A quadra indica terem os Estados e o Distrito Federal se antecipado, quando não poderiam fazê-lo, incorrendo em duplo vício formal: usurpação de competência da União, à qual cabe editar norma geral nacional sobre o tema, e inadequação do instrumento convênio.

A impropriedade revela-se ante a impossibilidade de serem disciplinados, via convênio, elementos essenciais do imposto, no que reservados, a esse tipo normativo, âmbito específico, no caso isenções, incentivos e benefícios fiscais artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal.

Na dicção de José Eduardo Soares de Melo:

Os Convênios configuram composições administrativas, sem o respaldo jurídico necessário para dispor sobre a estatura da norma tributária (aspecto material, quantitativo, temporal ou espacial), aceitando-se a exclusiva ressalva constitucional, para fins de

**ADI 5464 MC-REF / DF**

desoneração do ICMS (art. 155, § 2º, XII, “g”).

Divirjo do Relator, para julgar procedente o pedido e declarar a inconstitucionalidade da cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015, formalizado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz, assentando o prejuízo dos embargos de declaração interpostos em face da decisão mediante a qual deferida a liminar.



**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.464**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI**

REQTE.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

ADV.(A/S) : MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO (18958/DF, 167075/MG, 2525/PI) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA - CONFAZ

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE

ADV.(A/S) : THIAGO LUIZ ISACKSSON D'ALBUQUERQUE (20792/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - FIESP

ADV.(A/S) : CAIO CESAR BRAGA RUOTOLO (140212/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : FEDERACAO DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E TURISMO DO ESTADO DE SAO PAULO

ADV.(A/S) : ROMEU BUENO DE CARVALHO (112133/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : SINDICATO DAS EMPRESAS DE SERVIÇOS CONTÁBEIS E DAS EMPRESAS DE ASSESSORAMENTO, PERÍCIAS, INFORMAÇÕES E PESQUISAS NO ESTADO DE SÃO PAULO - SESCON-SP

ADV.(A/S) : LUCAS MICHERIF DE MORAES (347668/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA

ADV.(A/S) : ARIENE D'ARC DINIZ E AMARAL (20928/DF)

ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES (91152/RJ)

AM. CURIAE. : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

AM. CURIAE. : ESTADO DE ALAGOAS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS

AM. CURIAE. : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

AM. CURIAE. : ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

AM. CURIAE. : ESTADO DO MARANHÃO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO

AM. CURIAE. : ESTADO DE MATO GROSSO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO

AM. CURIAE. : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AM. CURIAE. : ESTADO DO PARÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

AM. CURIAE. : ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

AM. CURIAE. : ESTADO DO PARANÁ

PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANA  
AM. CURIAE. : ESTADO DA PARAIBA  
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA  
AM. CURIAE. : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
AM. CURIAE. : ESTADO DE RONDÔNIA  
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA  
AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO  
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO  
AM. CURIAE. : ESTADO DE SERGIPE  
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE  
AM. CURIAE. : ESTADO DE SANTA CATARINA  
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
AM. CURIAE. : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE  
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE  
AM. CURIAE. : ESTADO DE PERNAMBUCO  
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
AM. CURIAE. : ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS  
E TURISMO - CNC  
ADV. (A/S) : FERNANDO CESAR THIAGO DE MELLO (0063608/RJ) E OUTRO (A/  
S)  
AM. CURIAE. : FEDERACAO DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E TURISMO DO  
ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
ADV. (A/S) : MARCELO FERNANDO NOVAES MOREIRA (131462/RJ)  
ADV. (A/S) : MARY HELLEN NASCIMENTO DA SILVA (172652/RJ)  
ADV. (A/S) : RENATA ALEXANDRINO REIS (0135381/RJ)  
AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS E SERVIÇOS DO ESTADO  
DO RIO GRANDE DO SUL - FECOMÉRCIO/RS  
ADV. (A/S) : RAFAEL PANDOLFO (39171/RS)

**Decisão:** Após o voto do Ministro Dias Toffoli, Presidente e Relator, que, preliminarmente, rejeitava os embargos de declaração e, na sequência, referendava a cautelar e convertia seu julgamento em definitivo de mérito para julgar procedente o pedido formulado na ação direta, pediu vista antecipada dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Falou, pelo requerente, o Dr. Marcus Vinícius Furtado Coêlho. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Rosa Weber. Plenário, 7.11.2018.

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, julgou prejudicados a ação direta e os embargos de declaração opostos contra a decisão em que deferida, *ad referendum* do Plenário, a medida cautelar pleiteada, ficando esclarecido que deve ser observado o decidido nos autos da ADI nº 5.469/DF, nos termos do voto reajustado do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava procedente o pedido. Plenário, Sessão Virtual de 30.4.2021 a 11.5.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Assessora-Chefe do Plenário