

19/08/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.030 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REQTE.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S) : CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : FEDERACAO NACIONAL DAS EMPRESAS DE
SERVICOS CONTABEIS E DAS EMPRESAS DE
ASSESSORAMENTO, PERICIAS, INFORMACOES E
PESQUISAS - FENACON
ADV.(A/S) : RICARDO ROBERTO MONELLO
AM. CURIAE. : FEDERACAO DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E
TURISMO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S) : MARY HELLEN NASCIMENTO DA SILVA
AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E
TURISMO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
- FECOMÉRCIO
ADV.(A/S) : MARLON ARIEL CARBONARO SOUZA
AM. CURIAE. : COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES GERAIS
DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL - CONPEG
ADV.(A/S) : ULISSES SCHWARZ VIANA
AM. CURIAE. : SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E
PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE
ADV.(A/S) : LARISSA MOREIRA COSTA
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ATACADISTAS E
DISTRIBUIDORES DE PRODUTOS
INDUSTRIALIZADOS - ABAD
ADV.(A/S) : ALESSANDRO DESSIMONI VICENTE
AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DO COMERCIO DE
BENS, SERVICOS E TURISMO - CNC
ADV.(A/S) : FERNANDO CESAR THIAGO DE MELLO
AM. CURIAE. : ABSB - ASSOCIACAO BRASILEIRA DOS SALOES DE

ADI 6030 / DF

BELEZA

ADV.(A/S)

:ACHILES AUGUSTUS CAVALLO

E M E N T A

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Direito Tributário. Substituição e antecipação tributária com ou sem incidência do diferencial de alíquota. 3. Submissão das microempresas e empresas de pequeno porte a procedimento diverso do recolhimento por guia única. Opção legislativa. 4. Aferem-se as vantagens ou desvantagens do Simples Nacional de uma perspectiva holística, considerando a tributação como um todo, e não pelo prisma de um único tributo ou de uma restrição específica. 5. Tema afeto ao pacto federativo. Distorções do equilíbrio alcançado pelo legislador implicam o aprofundamento do fosso socioeconômico que separa os Estados produtores dos predominantemente consumidores. 6. Assunto já decidido por esta Corte nos autos do RE 970.821, tema 517 da sistemática de repercussão geral. 7. Pedido julgado improcedente. Constitucionalidade do art. 13, §1º, inciso XIII, alíneas 'a'; 'g' item 2 e 'h', da Lei Complementar 123/2006.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Roberto Barroso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer da ação direta e julgar improcedente o pedido, para declarar a constitucionalidade do art. 13, §1º, inciso XIII, alíneas a; g, item 2 e h, da Lei Complementar 123/2006, nos termos do voto do Relator. A Ministra Cármen Lúcia acompanhou o Relator com ressalvas.

Brasília, Sessão Virtual de 9 a 16 de agosto de 2024.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente

ADI 6030 / DF

19/08/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.030 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REQTE.(S) : **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS**
ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S) : **CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **FEDERACAO NACIONAL DAS EMPRESAS DE**
SERVICOS CONTABEIS E DAS EMPRESAS DE
ASSESSORAMENTO, PERICIAS, INFORMACOES E
PESQUISAS - FENACON
ADV.(A/S) : **RICARDO ROBERTO MONELLO**
AM. CURIAE. : **FEDERACAO DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E**
TURISMO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S) : **MARY HELLEN NASCIMENTO DA SILVA**
AM. CURIAE. : **FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E**
TURISMO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
- FECOMÉRCIO
ADV.(A/S) : **MARLON ARIEL CARBONARO SOUZA**
AM. CURIAE. : **COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES GERAIS**
DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL - CONPEG
ADV.(A/S) : **ULISSES SCHWARZ VIANA**
AM. CURIAE. : **SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E**
PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE
ADV.(A/S) : **LARISSA MOREIRA COSTA**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ATACADISTAS E**
DISTRIBUIDORES DE PRODUTOS
INDUSTRIALIZADOS - ABAD
ADV.(A/S) : **ALESSANDRO DESSIMONI VICENTE**
AM. CURIAE. : **CONFEDERACAO NACIONAL DO COMERCIO DE**
BENS, SERVICOS E TURISMO - CNC
ADV.(A/S) : **FERNANDO CESAR THIAGO DE MELLO**
AM. CURIAE. : **ABSB - ASSOCIACAO BRASILEIRA DOS SALOES DE**

ADI 6030 / DF

BELEZA
ADV.(A/S) :ACHILES AUGUSTUS CAVALLO

RELATÓRIO:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, contra o art. 13, § 1º, inciso XIII, alíneas 'a'; 'g', item 2; e 'h', da Lei Complementar 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Transcrevo abaixo o teor dos dispositivos impugnados:

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

[...]

§ 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:

a) nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária, tributação concentrada em uma única etapa (monofásica) e sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto com encerramento de tributação, envolvendo combustíveis e lubrificantes; energia elétrica; cigarros e outros produtos derivados do fumo; bebidas; óleos e azeites vegetais comestíveis; farinha de trigo e misturas de farinha de trigo; massas alimentícias; açúcares; produtos lácteos; carnes e suas preparações; preparações à base de cereais; chocolates; produtos de padaria e da indústria de bolachas e biscoitos; sorvetes e preparados para fabricação de sorvetes em máquinas; cafés e mates, seus extratos, essências e concentrados; preparações para molhos e molhos preparados;

ADI 6030 / DF

preparações de produtos vegetais; rações para animais domésticos; veículos automotivos e automotores, suas peças, componentes e acessórios; pneumáticos; câmaras de ar e protetores de borracha; medicamentos e outros produtos farmacêuticos para uso humano ou veterinário; cosméticos; produtos de perfumaria e de higiene pessoal; papéis; plásticos; canetas e malas; cimentos; cal e argamassas; produtos cerâmicos; vidros; obras de metal e plástico para construção; telhas e caixas d'água; tintas e vernizes; produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos; fios; cabos e outros condutores; transformadores elétricos e reatores; disjuntores; interruptores e tomadas; isoladores; para-raios e lâmpadas; máquinas e aparelhos de ar-condicionado; centrifugadores de uso doméstico; aparelhos e instrumentos de pesagem de uso doméstico; extintores; aparelhos ou máquinas de barbear; máquinas de cortar o cabelo ou de tosquiar; aparelhos de depilar, com motor elétrico incorporado; aquecedores elétricos de água para uso doméstico e termômetros; ferramentas; álcool etílico; sabões em pó e líquidos para roupas; detergentes; alvejantes; esponjas; palhas de aço e amaciantes de roupas; venda de mercadorias pelo sistema porta a porta; nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária pelas operações anteriores; e nas prestações de serviços sujeitas aos regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do imposto com encerramento de tributação;

[...]

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

[...]

Item 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

ADI 6030 / DF

do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;”

A parte requerente argui a inconstitucionalidade material dos dispositivos supramencionados por violarem o art. 5º, *caput* (princípio da isonomia), e art. 170, IX (princípios da ordem econômica), todos da Constituição Federal. Suscita que *“a incidência da substituição tributária no Regime do Simples, bem como o diferencial de alíquota decorrente das transações realizadas entre Estados violam o tratamento diferenciado, favorecido e, sobretudo, simplificado a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte optantes do Simples Nacional”* (eDOC 01, p. 6).

Para a parte autora, *“não se trata de uma concessão voluntariosa do ente público, tampouco de imunidade ou isenção fiscal – tem-se, in casu, verdadeira garantia constitucional que assegura às micro e pequenas empresas um regime próprio, simplificado e diferenciado”* (eDOC 01, p. 13), cuja metodologia diversa impossibilitaria a aplicação de tais empreendimentos em setores do início da cadeia produtiva, haja vista os elevados custos da substituição tributária, bem como do recolhimento antecipado, com ou sem a incidência do diferencial de alíquotas.

Requer, dessa forma, a procedência do pedido, para declarar a inconstitucionalidade do art. 13, §1º, inciso XIII, alíneas ‘a’; ‘g’, item 2 e ‘h’, da Lei Complementar 123/2006.

Considerando a complexidade e a relevância da matéria, adotei o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999 (eDOC 49).

A CÂMARA DOS DEPUTADOS, em informações, limita-se a destacar a regularidade do trâmite legislativo, assentando a ausência de irregularidade procedimental (eDOC 55).

A PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, por sua vez, manifesta-se pela constitucionalidade dos itens impugnados e expõe que o tratamento fiscal diferenciado não poderia ser lido isoladamente, havendo de se ponderar políticas fiscais de modo a compatibilizá-las com as finanças dos entes federativos. Elucida, por fim, que não haveria óbices constitucionais que inviabilizassem o recolhimento em separado do ICMS-Substituição, dada sua finalidade em vista à eficácia fiscal e arrecadatória (eDOC 56).

O SENADO FEDERAL pugna pela improcedência do pedido e afirma

ADI 6030 / DF

que a Lei Complementar 123/2006 instituiu um regime de arrecadação unificada, não um regime único de arrecadação. (eDOC 74).

A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO manifesta-se pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela improcedência do pedido, nos termos da seguinte ementa:

“Tributário. Artigo 13, § 1º, inciso XIII, alíneas ‘a’, ‘g’, item 2; e ‘h’ da Lei Complementar federal nº 123/2006, com as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 147/2014. Disciplina do Simples Nacional Regime especial unificado de arrecadação de tributos devidos por microempresas e empresas de pequeno porte. Preliminar. Impossibilidade jurídica da atuação da Suprema Corte como ‘legislador positivo’ para criação de regime fiscal híbrido. Mérito. Observância, pelo legislador complementar, do disposto nos artigos 146; 170, inciso IX; e 179 da Constituição Federal. Inexistência de dever constitucional de inclusão de todos os impostos e contribuições em regime de arrecadação por documentação única. O tratamento diferenciado a micro e pequenas empresas é questão predominantemente política. Discricionariedade legislativa a ser ponderada com as características de arrecadação e fiscalização de cada tributo. A complexidade de algumas das operações do ICMS-interestaduais e com substituição tributária. -demanda coordenação federativa, garantida na forma do artigo 13, §§ 6º a 8º, da LC nº 123/2006. Inocorrência de contraste com o tratamento diferenciado estabelecido na Constituição. Manifestação pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela improcedência do seu pedido” (eDOC 76).

A PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA manifesta-se, por igual, pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela improcedência do pedido, em parecer assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DA INSTITUIÇÃO DE REGIME TRIBUTÁRIO MISTO PELA VIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. FALTA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. LEI COMPLEMENTAR 123/2006. SIMPLES NACIONAL. INCLUSÃO DE OPERAÇÕES SUJEITAS AO

ADI 6030 / DF

ICMS-SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MODIFICAÇÃO QUE SE AJUSTA AOS COMANDOS DE TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. EXCEÇÕES AO REGIME UNIFICADO DE ARRECAÇÃO. ESPAÇO LEGÍTIMO DE CONFORMAÇÃO LEGISLATIVA. 1. Não cabe ao Poder Judiciário, nem mesmo pela via da declaração de inconstitucionalidade, instituir regime tributário misto a pretexto de isonomia. Precedentes. 2. A falta de impugnação específica, assim compreendida a ausência de motivação específica ou deficiência/insuficiência de fundamentação, implica o não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes. 3. A sistemática de recolhimento do ICMS-ST (substituição tributária) inaugurada pela Lei Complementar 147/2014 abranda a anterior exclusão total do ICMS-ST do Simples Nacional e, com isso, ajusta-se aos comandos constitucionais de tratamento tributário diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte (CF, arts. 146, III, 'd', e parágrafo único; 170, IX, e 179). 4. A opção pelo Simples Nacional é facultativa e há de ser sopesada pelo contribuinte no âmbito do seu planejamento tributário, que livremente avaliará os bônus e os ônus decorrentes dessa escolha empresarial. 5. A exclusão de determinadas operações sujeitas ao ICMS do sistema de arrecadação unificada do Simples Nacional representa exercício legítimo de opção político-legislativa, inserida no campo de conformação outorgado pelo art. 146, III, 'd', e parágrafo único, da Constituição Federal. Parecer pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido". (eDOC 96)

É o relatório.

19/08/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.030 DISTRITO FEDERAL

VOTO:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Conforme relatado, o deslinde da controvérsia consiste na análise de possível violação a tratamento diferenciado dado às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) quanto à incidência da substituição tributária, bem como do diferencial de alíquota decorrente das transações realizadas entre Estados no regime do Simples Nacional.

- ***Requisitos processuais***

De início, pontuo a legitimidade ativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para ajuizamento da presente ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103, VII, da Constituição Federal.

Destaco que, por suas manifestações, AGU e PGR aduzem a impossibilidade jurídica do pedido, porquanto inadmissível atuação desta Suprema Corte, na seara fiscal, como viabilizadora de regime normativo híbrido de tributação.

A preliminar arguida, contudo, não merece prosperar. Da leitura da petição inicial, não se extrai pretensão do autor no sentido de que o Supremo Tribunal Federal exorbite sua função constitucional.

Quanto a esse aspecto, destaco que o conceito de “possibilidade jurídica do pedido” se origina da doutrina de Enrico Tullio Liebman, referindo-se ao juízo de admissibilidade, em abstrato, da tutela requerida em vista a eventuais óbices do ordenamento jurídico para concessão do provimento judicial (JÚNIOR, *Humberto T. Curso de Direito Processual Civil. v.I. São Paulo: Grupo GEN, 2024, p. 178*).

Não obstante, a vinculação da impossibilidade jurídica a um pressuposto de condição válida da ação, por sua inexecutabilidade prática e teórica de distinção de teses puramente processuais conduziram o doutrinador italiano, em reedições de sua obra “*Manuale di Diritto*

ADI 6030 / DF

Processuale Civile”, a concentrar-se nas categorias processuais de legitimidade e interesse em detrimento da relevância da impossibilidade jurídica. (*idem*)

Sob essa perspectiva, nota-se que a preliminar arguida se confunde com a improcedência do pedido, e como tal será analisada em momento posterior, quando do exame do mérito.

No ponto, a PGR sustenta ainda a prejudicialidade do conhecimento da presente ação indireta por ausência de impugnação específica da aplicação do diferencial de alíquota de ICMS às empresas optantes pelo Simples Nacional. Com a devida vênia, entendo que não prospera a preliminar arguida.

O controle concentrado de constitucionalidade permite o exame de questões em defesa da ordem constitucional cujo interesse público e a relevância da matéria prevalecem em detrimento do óbice preliminarmente alegado, afinal, do contexto em que foram lançadas as razões autorais, é possível extrair conexão entre fundamentação e pedido, afastando a genericidade, amplitude e ambiguidade que possam causar limitações ou prejuízos ao debate.

Rejeito, portanto, as preliminares de prejudicialidade suscitadas e conheço da ação direta de inconstitucionalidade.

- ***Constitucionalidade Material***

Quanto ao mérito da demanda, entendo que não assiste razão à requerente, impondo-se o reconhecimento da constitucionalidade dos dispositivos impugnados.

Do exame dos autos, é possível extrair um conflito principiológico aparente, que, nas palavras de Humberto Ávila, nada mais seria que a mera sobreposição de um sobre o outro (*ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 51*). De um lado, está o princípio da redução das desigualdades regionais e um pacto federativo equilibrado; do outro, o tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte.

ADI 6030 / DF

Diante da eloquência das normas constitucionais que definem os objetivos do Estado brasileiro, há certo consenso, nos dias atuais, sobre a necessidade de a jurisdição constitucional pautar-se por uma incansável busca pela efetividade dos direitos sociais, almejando a redução das desigualdades e a concessão de oportunidades justas a todos os cidadãos.

Assim, nos temas afetos ao pacto federativo, o Tribunal deve prestigiar interpretações que conduzam à divisão igualitária de recursos públicos entre os entes subnacionais, de maneira a concretizar o dever de redução de desigualdades regionais; combater as mazelas sociais amargadas pelas camadas mais pobres da população; e, de modo geral, zelar pela equalização das oportunidades sociais, assegurando direitos básicos às comunidades localizadas em regiões menos afortunadas.

Ante o exposto, a procedência do pleito autoral implica distorções que aprofundam o fosso socioeconômico que separa os Estados produtores dos predominantemente consumidores, intensificando o grau de dependência destes últimos em relação a transferências intergovernamentais. São justamente essas distorções que, se negligenciadas, põem em xeque as bases do federalismo cooperativo brasileiro, comprometendo a autossuficiência dos entes subnacionais e a promoção da Justiça Fiscal.

Não é de hoje que o Supremo Tribunal Federal tem se deparado com demandas relacionadas a disfuncionalidades do sistema tributário nacional e a desequilíbrios no volume de recursos arrecadados pelos entes subnacionais. A exemplo disso, controvérsias constitucionais sobre a incidência do diferencial de alíquotas de ICMS em empresas optantes pelo Simples Nacional era tema recorrente de demandas judiciais, dando ensejo à repercussão geral no Recurso Extraordinário 970.821 (**tema 517**), de relatoria do Ministro Edson Fachin.

Na oportunidade, esta Corte definiu tese pela **constitucionalidade da imposição tributária de diferencial de alíquota do ICMS pelo estado de destino na entrada de mercadoria em seu território, realizada por sociedade empresária aderente ao Simples Nacional, independentemente de sua posição na cadeia produtiva ou da**

ADI 6030 / DF

possibilidade de compensação dos créditos.

No ponto, o relator ainda arguiu ser o Simples Nacional um regime facultado às empresas no âmbito de seu planejamento tributário, sendo vedado modelo tributário híbrido oriundo da mescla de características mais favoráveis de regimes distintos. À vista disso, colaciono abaixo ementa do julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – ICMS. FEDERALISMO FISCAL. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. ASPECTO ESPACIAL DA REGRA-MATRIZ. REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES. SIMPLES NACIONAL. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. POSTULADO DE TRATAMENTO FAVORECIDO AO MICRO E PEQUENO EMPREENDEDOR. LEI COMPLEMENTAR 123/2006. LEI ESTADUAL 8.820/1989. LEI ESTADUAL 10.043/1993. 1. Não há vício formal de inconstitucionalidade na hipótese em que lei complementar federal autoriza a cobrança de diferencial de alíquota. Art. 13, §1º, XIII, ‘g’, 2, e ‘h’, da Lei Complementar 123/2006. 2. O diferencial de alíquota consiste em recolhimento pelo Estado de destino da diferença entre a alíquota interestadual e a interna, de maneira a equilibrar a partilha do ICMS em operações com diversos entes federados. Trata-se de complemento do valor do ICMS devido na operação, logo ocorre a cobrança de um único imposto (ICMS) calculado de duas formas distintas, de modo a alcançar o quantum debeat devido na operação interestadual. 3. Não ofende a técnica da não cumulatividade a vedação à apropriação, transferência ou compensação de créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional, inclusive o diferencial de alíquota. Art. 23 da Lei Complementar 123/2006. Precedentes. 4. Respeita o ideal regulatório do tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte a exigência do diferencial de alíquota, nos

ADI 6030 / DF

termos da legislação estadual gaúcha. **É inviável adesão parcial ao regime simplificado, adimplindo-se obrigação tributária de forma centralizada e com carga menor, simultaneamente ao não recolhimento de diferencial de alíquota nas operações interestaduais. A opção pelo Simples Nacional é facultativa e tomada no âmbito da livre conformação do planejamento tributário, devendo-se arcar com o bônus e o ônus dessa escolha empresarial. À luz da separação dos poderes, não é dado ao Poder Judiciário mesclar as parcelas mais favoráveis de regimes tributários distintos, culminando em um modelo híbrido, sem o devido amparo legal.** 5. Fixação de tese de julgamento para os fins da sistemática da repercussão geral: **‘É constitucional a imposição tributária de diferencial de alíquota do ICMS pelo Estado de destino na entrada de mercadoria em seu território devido por sociedade empresária aderente ao Simples Nacional, independentemente da posição desta na cadeia produtiva ou da possibilidade de compensação dos créditos.’** 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento”. (RE 970.821, Min. Rel. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 18.8.2021; Grifo nosso)

O debate levado a efeito nos autos da referida repercussão geral abrange o art. 13, § 1º, inciso XIII, alíneas “g” e “h”, da Lei Complementar Federal 123/06, abarcando duas das três alíneas vergastadas na presente ação direta da inconstitucionalidade.

Na oportunidade, acompanhei a conclusão do Ministro Relator, Edson Fachin, contudo, por fundamentos diversos, reconhecendo relevantes questões éticas afetas ao debate. Assim, diante da correspondência temática do tema 517 com o presente caso, a *ratio decidendi* da repercussão geral será a mesma aplicada neste instrumento.

Ciente da necessidade de oferecer tratamento tributário diferenciado para o comércio interestadual, a Lei Complementar 123/2006 previu expressamente que o ICMS devido nas operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e antecipação de imposto, com ou sem a incidência de diferença de alíquota interna e estadual, **não** integra o regime unificado de apuração e recolhimento do Simples

ADI 6030 / DF

Nacional.

O legislador brasileiro, no exercício da liberdade de conformação que é própria do Poder Legislativo, delineou os contornos, o limite e a abrangência do regime de tributação denominado Simples Nacional. Nesse momento, estabeleceu os tributos que estão contemplados no regime de recolhimento simplificado, mediante documento único, e aqueles que, por opção política do Congresso Nacional, não se submetem ao tratamento tributário favorecido.

É propriamente em razão dessas exclusões procedidas pelo §1º do art. 13 da Lei Complementar 123/2006, que mesmo as empresas optantes do Simples estão obrigadas a recolher normalmente, e.g, o ITR, o IOF, o Imposto de Importação, o FGTS, enfim, uma ampla gama de tributos (nela incluído o ICMS devido em operações interestaduais, tanto na hipótese de antecipação, com ou sem incidência do DIFAL, quanto na de substituição tributária) não contemplados no regime de tributação unificado.

É evidente que essas exclusões não foram realizadas a esmo, irrefletidamente, ou com intuito puramente arrecadatório. Ao contrário, ao instituí-las, pretendeu o legislador construir um regime único de arrecadação que fosse capaz de adequar a carga tributária brasileira à realidade dos pequenos empresários, sem desestabilizar o equilíbrio da distribuição das receitas tributárias entre os Estados da Federação.

Não se trata de tarefa fácil, tampouco de simples reprodução de parâmetros constitucionais preestabelecidos. Antes, pressupõe delicada e complexa engenharia legislativa, na medida em que o art. 179 da Constituição Federal se limitou a determinar que *“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”*.

Coube ao legislador, portanto, no exercício de sua liberdade de conformação política, definir a base de cálculo, as alíquotas e a forma de

ADI 6030 / DF

apuração dos tributos contemplados pelo Simples Nacional, bem assim a definição dos impostos e contribuições que, em respeito a vetores axiológicos previstos na Constituição Federal, foram excluídos do regime de tributação simplificado.

Nessa ordem de ideias, reputo que o acolhimento do pedido deduzido nesta ação pressupõe a alteração, pelo Poder Judiciário, dos parâmetros e dos critérios utilizados pelo legislador na conformação do regime do Simples Nacional. O que pretende a parte requerente, basicamente, é esvaziar a eficácia de norma expressa da Lei Complementar 123, de 2006, que dispôs que o ICMS devido em operações entre Estados, com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e antecipação (com ou sem incidência do DIFAL), não está compreendido no recolhimento mensal mediante documento único de arrecadação.

A esse respeito, é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não cabe ao *“Judiciário desconsiderar os limites subjetivos e objetivos estabelecidos para efeito de incentivo fiscal, promovendo a inclusão de contribuinte não contemplado pela legislação de regência, ou criando situação mais favorável, a partir de combinação, não permitida.”* (RE 1.199.021/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 8.9.2020, Tribunal Pleno).

No mesmo sentido a ADI 1.502-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgada em 12.9.1996, Tribunal Pleno; ARE 638.634, Rel. Min. Teori Zavaski, julgado em 8.4.2014, Segunda Turma; RE 1.259.614, Rel. Min. Luiz Fux, 22.5.2020, Primeira Turma.

Eventual perturbação do equilíbrio alcançado pelo legislador pode produzir consequências não desejadas pela Corte, como o já mencionado desmantelamento dos mecanismos de divisão de receitas tributárias do ICMS. Por conseguinte, implicará, de um lado, crescente concentração de recursos nos grandes polos industriais e, de outro, intensificação do grau de dependência dos Estados consumidores em relação a transferências intergovernamentais.

Eventual procedência do pedido ensejaria ainda outra consequência indesejada, pernicioso desarranjo na cadeia produtiva de setores

ADI 6030 / DF

econômicos relevantes, engendrando segregações pela maior ou menor eficiência econômica ou vantagem competitiva oferecidas por determinadas empresas, afinal, passar-se-ia a evitar a aquisição de insumos junto àquelas estabelecidas no mesmo Estado da Federação, precisamente para evitar a incidência da alíquota interna, mais elevada do que a interestadual (art. 155, VI, da CF).

O critério de escolha predominante seria o local de estabelecimento dos fornecedores, preferindo-se sempre aqueles localizados em outra unidade da federação. E isso por uma simples razão: as aquisições interestaduais atraem a incidência de alíquotas menores (4%, 7% ou 12% a depender da origem do produto), quando comparadas às alíquotas internas, de ao menos 17% na maioria dos Estados e para a maior parte das mercadorias.

As vantagens ou desvantagens do Simples Nacional devem ser aferidas a partir de uma perspectiva holística, considerando a tributação como um todo, e não pelo prisma de um único tributo ou de uma restrição específica. Nessa toada, observe o disposto pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento do RE 1.199.021/SC:

“Ainda que se pudesse cogitar de eventual elevação real, partindo de análise comparativa com os beneficiários da alíquota zero, o fato de o incentivo não se aplicar às optantes pelo Simples não implica inobservância à cláusula voltada ao tratamento favorecido das empresas de pequeno porte. A aferição deve ser realizada considerada a tributação como um todo.

Eventual restrição não invalida o regime simplificado quando este ainda se mostra globalmente benéfico. Em termos práticos, tratamento menos vantajoso não deixa de ser vantajoso.” (RE 1.199.021/SC, Tribunal Pleno, Min. Rel. Marco Aurélio, DJ 23.10.20; grifo nosso).

É exatamente o que ocorre no presente caso, pois não há dúvidas de que o regime de recolhimento simplificado representa sensível diminuição da carga tributária para a maioria das microempresas e

ADI 6030 / DF

empresas de pequeno porte.

Também não merece guarida a argumentação suscitada de que a substituição tributária às beneficiárias do Simples Nacional, com metodologia diversa do recolhimento de tributos mediante regime único dificulta sobremaneira a possibilidade de que micro e pequenas empresas atuem nos setores econômicos a montante em razão dos altos custos da substituição tributária.

O legislador não demonstrou indiferença em relação aos impactos que seriam causados neste importante segmento econômico. Pelo contrário, engendraram-se mecanismos alternativos, porém igualmente eficazes, para amenizar os efeitos perversos da tributação em cascata.

Conforme a dicção do art. 13, §1º, inciso XIII, alínea g.2, da Lei Complementar 123/2006, foi autorizada a cobrança do ICMS de empresas optantes pelo SIMPLES NACIONAL *“nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados ou no Distrito Federal: (...) 2. Sem encerramento de tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor”*.

Ou seja, ao contrário do que ocorre com as empresas em geral, que recolhem o tributo pela alíquota integral, em relação aos pequenos e médios empresários, o ICMS devido na operação subsequente, quando antecipado, é calculado mediante a aplicação da diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Assim, em vez de possibilitar a apropriação do crédito gerado pela tributação anterior – o que é vedado para as empresas optantes do Simples Nacional –, a Lei Complementar 123/2006 calibrou, para menos, a alíquota do imposto devido na operação subsequente.

• **Conclusão**

Ante o exposto, **conheço** da presente ação direta de inconstitucionalidade e **julgo improcedente** o pedido, para declarar a constitucionalidade do art. 13, §1º, inciso XIII, alíneas ‘a’; ‘g’, item 2 e ‘h’,

ADI 6030 / DF

da Lei Complementar 123/2006. É como voto.

19/08/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.030 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REQTE.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S) : CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : FEDERACAO NACIONAL DAS EMPRESAS DE
SERVICOS CONTABEIS E DAS EMPRESAS DE
ASSESSORAMENTO, PERICIAS, INFORMACOES E
PESQUISAS - FENACON
ADV.(A/S) : RICARDO ROBERTO MONELLO
AM. CURIAE. : FEDERACAO DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E
TURISMO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S) : MARY HELLEN NASCIMENTO DA SILVA
AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E
TURISMO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
- FECOMÉRCIO
ADV.(A/S) : MARLON ARIEL CARBONARO SOUZA
AM. CURIAE. : COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES GERAIS
DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL - CONPEG
ADV.(A/S) : ULISSES SCHWARZ VIANA
AM. CURIAE. : SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E
PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE
ADV.(A/S) : LARISSA MOREIRA COSTA
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ATACADISTAS E
DISTRIBUIDORES DE PRODUTOS
INDUSTRIALIZADOS - ABAD
ADV.(A/S) : ALESSANDRO DESSIMONI VICENTE
AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DO COMERCIO DE
BENS, SERVICOS E TURISMO - CNC
ADV.(A/S) : FERNANDO CESAR THIAGO DE MELLO
AM. CURIAE. : ABSB - ASSOCIACAO BRASILEIRA DOS SALOES DE

ADI 6030 / DF

BELEZA

ADV.(A/S)

:ACHILES AUGUSTUS CAVALLO

VOTO VOGAL

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA:

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, contra a al. *a*, o item 2 da al. *g* e a al. *h* do inc. XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar n. 123/2006, nos quais se dispõe sobre o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) devido pelas empresas aderentes ao Simples Nacional.

2. Nesta sessão virtual de julgamento, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, proferiu voto julgando improcedente o pedido, fundamentando sua compreensão no decidido por este Supremo Tribunal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 970.821 (Relator o Ministro Edson Fachin, Plenário, tema 517 da repercussão geral).

Naquele precedente, votei no sentido da inconstitucionalidade da cobrança de diferencial de alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços devido por empresas optantes pelo Simples Nacional.

Entretanto, fiquei vencida, tendo sido formulada a tese de que *“é constitucional a imposição tributária de diferencial de alíquota do ICMS pelo Estado de destino na entrada de mercadoria em seu território devido por sociedade empresária aderente ao Simples Nacional, independentemente da posição desta na cadeia produtiva ou da possibilidade de compensação dos créditos”*.

3. Pelo exposto, ressaltando a compreensão que manifestei no voto

ADI 6030 / DF

vencido proferido no Recurso Extraordinário n. 970.821, **acompanho o voto do Relator, julgando improcedente a presente ação direta.**

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.030

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

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

ADV.(A/S) : CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA (70130/BA, 22356/RS)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : FEDERACAO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SERVICOS CONTABEIS E DAS EMPRESAS DE ASSESSORAMENTO, PERICIAS, INFORMACOES E PESQUISAS - FENACON

ADV.(A/S) : RICARDO ROBERTO MONELLO (222636/SP)

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

ADV.(A/S) : MARY HELLEN NASCIMENTO DA SILVA (172652/RJ)

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL - FECOMÉRCIO

ADV.(A/S) : MARLON ARIEL CARONARO SOUZA (20334/MS)

AM. CURIAE. : COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES GERAIS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL - CONPEG

ADV.(A/S) : ULISSES SCHWARZ VIANA (30991/DF, 5343/MS)

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

ADV.(A/S) : LARISSA MOREIRA COSTA (16745/DF)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ATACADISTAS E DISTRIBUIDORES DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - ABAD

ADV.(A/S) : ALESSANDRO DESSIMONI VICENTE (146121/SP)

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

ADV.(A/S) : FERNANDO CESAR THIAGO DE MELLO (063608/RJ)

AM. CURIAE. : ABSB - ASSOCIACAO BRASILEIRA DOS SALOES DE BELEZA

ADV.(A/S) : ACHILES AUGUSTUS CAVALLO (98953/SP)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu da ação direta e julgou improcedente o pedido, para declarar a constitucionalidade do art. 13, §1º, inciso XIII, alíneas 'a'; 'g', item 2 e 'h', da Lei Complementar 123/2006, nos termos do voto do Relator. A Ministra Cármen Lúcia acompanhou o Relator com ressalvas. Falou, pelo requerente, a Dra. Manuela Elias Batista. Plenário, Sessão Virtual de 9.8.2024 a 16.8.2024.

Composição: Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente),

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 24 de 24

Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça, Cristiano Zanin e Flávio Dino.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário