

Mariana Guimarães: Difal, Simples e uma inconstitucionalidade

As empresas enquadradas no Simples Nacional que realizam compras interestaduais não podem sofrer por ser inconstitucional, conforme entendimento do STF.



A Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 1996

instituiu o Simples Nacional com o intuito de simplificar a tributação das micro e pequenas empresas, unificando o recolhimento dos tributos federais, estaduais e municipais. Pela nomenclatura dada ao instituto, é perceptível a intenção do legislador de facilitar o recolhimento dos tributos, desburocratizando as obrigações fiscais e diminuindo a carga tributária.

Quando da sua implantação, percebeu-se que o cenário vivenciado pelas empresas do Simples era o seguinte: a empresa adquiria mercadorias no estado X da federação, mas o ICMS seria recolhido no estado Y, no qual a empresa efetuava a venda do produto, ou seja, o estado X ficava prejudicado. Então deveria haver uma partilha do valor do imposto entre os estados que participavam da circulação de mercadoria.

Em vistas dessa situação, promulgou-se a Emenda Constitucional nº 87/2015, na qual o ICMS passaria a ser partilhado entre o estado de origem, que é calculado com base nas alíquotas fixadas pelo Senado Federal, e o estado de destino, ao qual cabe a parcela do imposto correspondente à diferença entre a sua alíquota interna e a interestadual aplicável, conforme o artigo 155, parágrafo 2º, IV e VII, da CF/88. Assim, a EC 87/2015 pretende compensar a repartição de receitas entre os entes federativos para impedir que só os estados de origem arrecadem.

Após a promulgação da EC 87/2015, foi publicado no Diário Oficial da União de 21 de setembro de 2015 o Convênio ICMS 93, com aprovação unânime do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), dispondo sobre os procedimentos a serem advertidos nas operações interestaduais de bens e serviços ao consumidor final não contribuinte do ICMS.

No mencionado convênio, restou consignado que o diferencial de alíquota também abrangeria as empresas optantes do Simples Nacional, conforme cláusula 9ª: "*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*"



Então, o que era de fato simples passou a ter embaraços, distorcendo o espírito da Lei 123/1996, que surgiu com o intuito de dar tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, com um regime tributário mais favorável. Observa-se que o Confaz regulou matéria que não poderia, tanto por ausência de previsão em lei complementar quanto também pela ausência de interpretação dada na Constituição Federal.

Na prática, os tributos das empresas do Simples Nacional são calculados mediante a aplicação de uma alíquota única incidente sobre a receita bruta mensal e, em seguida, o produto da arrecadação é partilhado entre os entes tributantes. Contudo, com a implantação do Difal surge uma nova guia de recolhimento, que é a antecipação do ICMS na entrada no estado de destino, o que cria um regime desfavorável, pois essa antecipação deveria se transformar em dedução dos valores devidos pelo contribuinte, mas as empresas submetidas ao Simples Nacional são expressamente proibidas de apropriar créditos em relação ao ICMS, não permitindo abater o imposto que foi antecipado.

Em vistas a desse embate, em janeiro de 2016 foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal a ADI 5464 pelo Conselho Federal de Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), que pleiteou em sede de liminar a suspensão da eficácia da Cláusula 9ª do Convênio ICMS 93/2015, editado pelo Confaz, e que após o devido processamento fosse declarada a inconstitucionalidade da retro mencionada cláusula.

O ministro e relator Dias Toffoli concedeu a medida cautelar, *ad referendum* do plenário, suspendendo a eficácia da cláusula 9ª do Convênio ICMS nº 93/2015 do Confaz, e em 7 de setembro de 2018 referendou a cautelar, convertendo o seu julgamento em definitivo de mérito para julgar procedente o pedido formulado na ADI que, na ocasião, o ministro Gilmar Mendes pediu vista antecipada dos autos e, desde 2018, não houve mais movimentações.

Logo, conforme decisão liminar e do julgamento, restou sedimentado que a imposição do Difal às empresas do Simples Nacional é uma grande ameaça à sua sobrevivência, podendo até reportar ao fechamento dos pequenos negócios brasileiros.

Apesar disso, ainda que se tenha decisão declarando a inconstitucionalidade da cobrança do Difal das empresas do Simples, os estados continuam efetuando a cobrança, inclusive lavrando autos de infração contra contribuintes que estejam inadimplentes com a obrigação.

E, para piorar a situação das empresas optantes pelo Simples Nacional, surgiu no cenário mundial a pandemia da Covid-19, que ocasionou também uma crise econômica pior do que a crise de 1929. Assim, nada mais justo do que a decisão da ADI 5464 ser efetivamente aplicada pelas Secretarias das Fazendas Estaduais.

Com a situação hodierna, o aparelho estadual não pode olvidar as microempresas e empresas de pequeno porte do Simples Nacional, cobrando o diferencial de alíquotas, já declarado inconstitucional, pois gera um ônus que é suportado, exclusiva e unicamente, por essas empresas, em flagrante desrespeito ao pretendido tratamento privilegiado determinado no texto constitucional.



No momento atual, em que todos estão fragilizados, o uso indiscriminado do recolhimento antecipado do ICMS, torna dramática a situação das empresas do Simples, com enorme oneração do imposto a pagar e dos custos burocráticos e financeiros.

Desse modo, o presente artigo, tem o escopo de demonstrar a ilegalidade e inconstitucionalidade do diferencial de alíquota as empresas optantes do Simples Nacional, devendo as Fazendas cessarem imediatamente a cobrança, ainda mais diante da crise econômica da Covid-19, em que as empresas comercializam produtos para outros estados, de maneira especial os pequenos negócios.

Date Created

04/05/2020