



EMENDA SUPRESSIVA À MPV/00250/2022

Suprime o art. 6º e o inciso II do art. 8º da Medida Provisória n. 00250/2022.

Art. 1º. Fica suprimido o art. 6º e o inciso II do art. 8º da Medida Provisória n. 00250/2022.

Sala das Sessões,

Bruno Souza
Dep. Estadual

Jessé Lopes
Dep. Estadual

JUSTIFICATIVA

Trata-se de emenda supressiva que busca atingir o art. 6º da presente Medida Provisória, o qual diz respeito à regra de recolhimento, na entrada em território catarinense, da diferença entre a alíquota interna e a interestadual referente às operações provenientes de outras unidades da Federação com mercadorias destinadas a contribuintes optantes pelo Simples Nacional para fins de comercialização ou industrialização.

O dispositivo, inicialmente implementado por meio da Lei n. 18.241/2021, foi instituído sob a justificativa de que, sem a equalização, tornar-se-ia mais vantajoso ao contribuinte optante pelo Simples adquirir mercadorias importadas de outros Estados, com incidência da alíquota de apenas 4%, do que no mercado interno, com incidência da alíquota de 12%, prejudicando os fornecedores localizados em Santa Catarina.

Tal medida foi tomada após decisão do STF considerando constitucional referida cobrança. Entretanto, em primeiro lugar, é preciso destacar que não é por uma medida ser considerada constitucional, que essa medida é positiva. É necessário separar muito bem as possibilidades que temos, em relação à legislação tributária, daquelas que farão de fato nosso Estado melhor e mais próspero.

Em segundo lugar, é extremamente necessário notar que o Poder Legislativo, no âmbito do Processo Legislativo, tem o poder de exercer o controle de constitucionalidade, por suas próprias competências, exarando nesse momento o entendimento da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, com a possibilidade inclusive de impedir a tramitação de proposições, emitindo parecer pela sua inconstitucionalidade.

Em outras palavras, é perfeitamente aceitável que o Poder Legislativo, no âmbito do processo legislativo, decida pela inconstitucionalidade de

uma proposição, ainda que o Poder Judiciário entenda de forma diferente; nesse ponto, não é sequer possível o controle jurisdicional, que só é possível no caso contrário, quando o Poder Legislativo entenda pela constitucionalidade de projeto que, posteriormente, pode ser declarado inconstitucional.

Acerca do mérito, com a devida vênia, a presente alteração, sob o pretexto de fortalecer o comércio local, prejudica diretamente o pagador de impostos catarinense, em especial os que têm mais dificuldades de encarar o mercado, os pequenos empreendedores — é “o que se vê” e “o que não se vê”.

De um lado, conforme a justificativa da Secretaria, a medida tende a “equalizar a carga tributária incidente nas aquisições”, arrecadando mais impostos e engordando os cofres do Estado, *é o que se vê*. De outro, o projeto aumenta o valor de operações que, hoje, têm alíquotas fixadas em 4%, encarecendo a aquisição de produtos aos pequenos negócios catarinenses, prejudicando consideravelmente essas empresas e dificultando o acesso das classes menos favorecidas, *é o que não se vê*.

Na prática, a alíquota de 4% é aplicável à compra de bens e mercadorias *importadas* nas operações interestaduais; ou seja, o negócio que hoje tem a possibilidade de pagar 4% de ICMS na compra de mercadorias de importadores de outros Estados, passa a pagar a diferença à Fazenda catarinense.

Neste sentido, cito o posicionamento do Ministro Alexandre de Moraes, que, na oportunidade, pediu vista e emitiu voto divergente, sugerindo a inconstitucionalidade da cobrança, e destacando:

[...] O Brasil tem pouquíssimos incentivos ao empreendedorismo. Esse é um grande incentivo ao empreendedorismo, à micro e pequena empresa, **que gera empregos e é exatamente o que, parece-me, nós estamos precisando no momento** [STF: RE 970.821].

Em última análise, o Estado (enquanto nação) cria um problema (ambiente de negócios hostil e carga tributária elevada e complexa, encarecendo os produtos) e, como solução, ao invés de promover reformas e facilitar o empreendimento, responsabiliza o pagador de impostos pelo prejuízo criado.

Sobre a constitucionalidade da medida, em que pese o

posicionamento favorável do STF exarado por maioria de votos (RE 970.821), entendo que não podemos aceitar o tratamento desvantajoso às empresas optantes pelo Simples criado pela legislação. Veja-se: às empresas optantes do Lucro Presumido ou Real, a incidência de diferencial de alíquota somente ocorre em operações que se destinam ao **consumidor final**, quando não há mais fases na cadeia de tributação. Se a operação ainda não é para o consumidor final, e sim para revenda, há a incidência somente da alíquota interestadual, **resguardado o direito ao crédito tributário**.

De acordo com a presente proposta, no entanto, está sendo cobrada a alíquota diferencial em operações intermediárias, de revenda, quando ainda haverá mais fases de tributação. E o que é pior: por se tratar de norma direcionada a empresas optantes do Simples, **não é possível apropriar créditos para posterior compensação**, conforme vedação do art. 23 da Lei Complementar n. 123/2006, sendo inclusive reproduzido no inciso IV, 'b' do dispositivo que traz a norma.

Em outras palavras, enquanto a empresa optante do Lucro Presumido ou Real tem a incidência de alíquota diferencial tão somente quando há venda destinada a consumidor final, garantido ainda a apropriação de créditos na operação, a empresa optante do Simples terá a incidência em fase intermediária da operação e terá a apropriação de créditos vedadas, ou sejam pagarão a alíquota diferencial e, posteriormente, na revenda, terão de arcar com os valores relativos ao Simples Nacional, sem a apropriação de créditos.

Portanto, consideramos a medida incompatível com a Constituição Federal e com a legislação vigente, eis que o tratamento favorecido às micro e pequenas empresas, que são as empresas que podem optar pelo Simples Nacional, é garantido pelo art. 146, III, 'd' CF, e regulamentado pela LC 123/2006.

Há de mencionar ainda que, conforme nota¹ da APORTE – Associação pelo Comércio Esportivo de Santa Catarina, a medida impõe um aumento que pode chegar a 10,18% da carga tributária, tendo 90% das empresas analisadas sido afetadas no fluxo de caixa. A Associação informa que:

O fluxo de caixa das empresas do setor foi impactado em 20,10% do faturamento nos três primeiros meses de cobrança da DIFAL

¹ <https://www.instagram.com/p/CeB25EJOd1A/>



“Antecipada”, desta forma, de cada R\$1.000,00 de receita, o empresário precisou desembolsar R\$ 201,00 para cumprir com a nova obrigação tributária.

Quanto aos aspectos de compatibilidade desta emenda aos termos da LRF, verifico não haver qualquer possibilidade de configurar renúncia de receita, por tratar-se de “nova receita”, uma vez que a legislação instituidora não pode ter sido prevista na lei orçamentária vigente, sancionada em 2021, especialmente pelo fato da repristinação aqui pretendida, que por si só, exigiria a aplicação de novo prazo em respeito ao princípio da anterioridade.

Ante o exposto, pedimos o apoio dos nobres pares para aprovar a presente emenda, a fim de aprimorar a redação do presente projeto de lei.

Sala das Sessões,

Bruno Souza
Dep. Estadual

Jessé Lopes
Dep. Estadual



Relatório de Opinião Jurídica	
Solicitante	Gabinete do Deputado Estadual Bruno Souza
Área do Direito	Direito Tributário
Tema	Diferencial de Alíquota do ICMS
Assunto	§ 6º, do art. 36, da Lei n. 10.297/96
Data do Relatório	04/04/2022
Documentos Auxiliares	1) Lei n. 10.297/96; 2) Voto-vista ao Projeto de Lei n. 0330.5/2021; 3) Lei n. 18.241/2021.
Situação Fática	Por meio da Lei n. 18.241/2021, foi inserido o § 6º ao artigo n. 36 da Lei n. 10.297/96. O dispositivo prevê a incidência de Diferencial de Alíquota (DIFAL) na compra de mercadorias importadas e adquiridas em outros Estados da Federação por empresas catarinenses optantes pelo Simples Nacional para fins de comercialização ou industrialização.
Solicitação	Averiguar a (in)constitucionalidade e/ou (i)legalidade do dispositivo mencionado no tópico anterior.
Análise do Dispositivo	
No presente tópico será realizada uma análise de cada segmento do dispositivo, iniciando pelo texto contido no § 6º e depois seus incisos e alíneas:	
Art. 36, § 6º	
Art. 36. O imposto será recolhido nos prazos previstos em regulamento. § 6º Será devido, por ocasião da entrada no Estado, o imposto relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual referente a operações provenientes de outras Unidades da Federação com mercadorias destinadas a contribuinte optante pelo Simples Nacional para fins de comercialização ou industrialização, observado o seguinte:	



Comentários

O parágrafo acima cria uma nova hipótese de incidência do ICMS, mais precisamente a cobrança de diferencial de alíquota para mercadorias destinadas aos contribuintes do Simples Nacional para fins de comercialização ou industrialização.

A cobrança é amparada em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário n. 970.821, que permitiu a exigência de Diferencial de Alíquota (DIFAL) em operações interestaduais destinadas a contribuinte do Simples Nacional, independentemente da posição desta na cadeia produtiva ou da possibilidade de compensação dos créditos:

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 debeatur 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 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 ônus 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 970821, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-165 DIVULG 18-08-2021 PUBLIC 19-08-2021)

O referido julgamento firmou a Tese n. 517/2021, assim redigida:

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.

O julgado causou bastante espanto na comunidade jurídica, especialmente em razão de contrariar o disposto nos artigos 170, inciso IX¹, e 179², da Constituição Federal, que preveem tratamento favorecido para as pequenas empresas.

Em primeiro lugar, criou um diferencial de alíquota *sui generis* devido mesmo nos casos de operações posteriores de revenda ou industrialização.

Como é sabido, às empresas optantes do Lucro Presumido ou Real, o Diferencial de Alíquota **somente** é exigido nas operações que destinam mercadorias ao **consumidor final** da cadeia. Caso contrário - se para revenda ou industrialização, em que haverá nova incidência -, incide apenas a alíquota interestadual, resguardado o direito ao crédito quando realizada a nova circulação e incidente o ICMS.

Veja que, no presente caso, não há sequer equivalência às pessoas jurídicas sujeitas ao Lucro Presumido e Real, mas à situação de inferioridade, uma vez que às pessoas jurídicas sujeitas ao Simples Nacional, quando promovem a revenda de mercadorias, é vedada a utilização do crédito do regime não-cumulativo de apuração do ICMS.

Estas serão tributadas normalmente na promoção de novas etapas de circulação de mercadorias pela alíquota unificada do Simples. Isso significa que, por não serem consumidoras finais, pagarão o diferencial de alíquota e, em seguida - ao realizarem, por

¹ Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

² Art. 179. 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.



exemplo, a revenda - como também o Simples Nacional (em que há a inclusão de ICMS), sem qualquer direito ao crédito.

Inciso I

I – o disposto neste parágrafo somente se aplica às operações interestaduais cuja alíquota incidente seja de 4% (quatro por cento);

Comentários

De acordo com a Resolução do Senado Federal nº 13/2012, a alíquota interestadual de 4% é reservada às operações interestaduais envolvendo mercadorias importadas, isto é, há aquisição de mercadoria importada por pessoa localizada em outro estado da Federação.

Com isso, estariam sujeitas ao diferencial de alíquota mencionado no § 6º apenas as mercadorias importadas adquiridas em outros estados da Federação por empresas catarinenses optantes pelo Simples Nacional.

Inciso II

II – a base de cálculo do imposto será o valor da operação de entrada, vedada a agregação de qualquer valor, observado o disposto no inciso I do caput do art. 11 desta Lei;

Comentários

O disposto neste inciso não atrai grandes perplexidades.

Inciso III - Alínea "a"

III – para fins de cálculo do imposto, deverão ser considerados:

a) como alíquota incidente na operação interna o percentual de 12% (doze por cento), ainda que a legislação estabeleça alíquota superior

Comentários

Por meio desse dispositivo, a empresa optante do Simples Nacional recolherá, a título de diferencial de alíquota, a diferença entre a alíquota interestadual (4%) e aquela interna (definida no excerto acima como 12%, ainda que a legislação estabeleça outra superior),



resultando em 8% de Difal.

Inciso III - Alínea "b"

III – para fins de cálculo do imposto, deverão ser considerados:

b) eventual isenção ou redução de base de cálculo aplicável à operação interna;

Comentários

O disposto nesta alínea não atrai grandes perplexidades.

Inciso IV - Alínea "a"

IV – a exigência de que trata este parágrafo:

a) não encerra a tributação relativa às operações subsequentes praticadas pelo destinatário da mercadoria;

Comentários

O comando escancara a imprecisão técnica da nova incidência, justamente por prever a incidência de diferencial de alíquota em operações destinadas a não consumidor final, o qual promoverá nova circulação de mercadoria (e, consequentemente, nova incidência).

Inciso IV - Alínea "b"

IV – a exigência de que trata este parágrafo:

b) não confere direito ao destinatário da mercadoria de apropriar o valor recolhido como crédito do imposto, em razão da vedação prevista no *caput* do art. 23 da Lei Complementar federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006; e

Comentários

O dispositivo apenas repete comando previsto no *caput* do art. 23 da Lei Complementar n. 123/06, que proíbe a utilização de crédito de ICMS por empresas optantes do Simples Nacional, uma vez que a alíquota unificada de tributos não comporta a mesma razão daquela aplicável às pessoas jurídicas sujeitas ao Lucro Presumido e Real.



Inciso IV - Alínea "c"
IV – a exigência de que trata este parágrafo: c) não se aplica às operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária de que trata o inciso II do <i>caput</i> do art. 37 desta Lei; e
Comentários
Exclui da incidência do imposto as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária descritas na Seção V, Anexo I, da Lei n. 10.297/96
Conclusões
Conforme exposto acima, a nova incidência prevista pelo § 6º, do art. 36, da lei n. 10.297/96 importa em acréscimo de tributação aos contribuintes do Simples Nacional. O dispositivo encontrou guarida na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos RE n. 970.821 e que firmou a Tese n. 517/2021, pela qual é legítima a <u>cobrança de diferencial de alíquota das empresas do Simples Nacional, independentemente de sua posição na cadeia de fornecimento.</u> Como mencionado, a decisão <u>cria situação excepcional às empresas do Simples Nacional, uma vez que àquelas do Lucro Presumido e Real o Difal somente é exigido em caso de aquisição por consumidor final em outro Estado da Federação.</u> Na conclusão adotada pelo Supremo Tribunal Federal e replicada no § 6º, do art. 36, da lei n. 10.297/96, o diferencial de alíquota será exigido justamente quando a mercadoria for destinada à revenda ou industrialização. Nesses casos, às empresas do Lucro Presumido e do Lucro Real, por haver nova hipótese de incidência (circulação da mercadoria na revenda), não é exigido o Difal, bem como é resguardado o direito ao crédito no que diz respeito às incidências anteriores (inclusive aquela interestadual). No que diz respeito às empresas do Simples, ao promoverem nova circulação da mercadoria adquirida, além de suportar o ônus indireto da alíquota interestadual e o Difal, haverá a incidência de ICMS enquanto parte integrante da alíquota unificada. A situação é ainda mais agravada pelo fato de ser vedado às empresas optantes do Simples Nacional a utilização de créditos próprios ao regime não-cumulativo. Por outro lado, é bem verdade que, no caso de aquisição de mercadoria importada de pessoa jurídica situada em Santa Catarina, o alienante (e não a empresa adquirente e optante



pelo Simples) estará sujeito à mesma alíquota de 12% em razão da destinação posterior à revenda ou industrialização. À vista da qualidade de imposto indireto (em que o ônus econômico do tributo é repassado ao adquirente, o consumidor de fato) que assume o ICMS, esse valor será inevitavelmente repassado (como custo) à empresa optante do Simples Nacional.

Com isso, é possível entender que dispositivo em análise buscou uma equiparação tributária da mercadoria importada adquirida de alienante situado em Santa Catarina (sujeita à 12%) ou em outros Estados (4% de interestadual + 8% de Difal). Até então, a aquisição da mercadoria importada advinda de outros Estados era tributariamente menos custosa que aquela adquirida no próprio Estado.

Não obstante a motivada equiparação, conforme amplamente exposto, a nova hipótese de tributação possui embasado em precedente bastante questionável do Supremo Tribunal Federal. Como exposto, em completo descompasso com o disposto nos artigos 170, inciso IX, e 179, da Constituição Federal (tratamento mais favorecido às microempresas e Empresas de Pequeno Porte), a decisão não só subtraiu vantagem às empresas do Simples (que não eram obrigadas ao recolhimento do DIFAL, nem mesmo quando destinavam mercadorias ao consumidor final), como as submeteu à situação mais desfavorável àquela do Lucro Presumido e Real (tendo em vista a impossibilidade de aproveitamento de crédito).

Ao fim e ao cabo, **a nova imposição importa em mais custos tributários ao contribuinte catarinense**, especialmente àquele que vinha se programando com base na aludida vantagem para planejar suas operações.

Estamos à disposição para quaisquer esclarecimentos.

Florianópolis, 06 de abril de 2022.

José Guilherme de Bem Gouvêa
OAB/SC n. 45.613