

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR RELATOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL DOUTOR EDSON FACHIN**

**Recurso Extraordinário nº 970.821
(Repercussão Geral: tema nº 517)**

**FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS E SERVIÇOS DO
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - FECOMÉRCIO-RS**, já qualificada nos autos
do processo em epígrafe na condição de entidade admitida como *amicus curiae*, por seus
procuradores signatários, vem à presença de Vossa Excelência, apresentar os presentes
MEMORIAIS DE JULGAMENTO:

1. A controvérsia analisada no presente Recurso Extraordinário
teve a Repercussão Geral reconhecida em decisão proferida nos autos do Recurso
Extraordinário nº 632.783/RO, sendo-lhe conferida a tramitação nessa sistemática sob o
Tema nº 517 – “*Aplicação de diferencial de alíquota de ICMS à empresa optante pelo SIMPLES
NACIONAL*”.

2. Considerando o agendamento de audiência com o Exmo. Min.
Relator Edson Fachin, designada para o dia 03 de novembro de 2016, a FECOMERCIO-RS
apresenta os presentes Memoriais, sintetizando os principais argumentos de suas
manifestações nos autos. Vejamos:

3. O ponto submetido à análise dessa Suprema Corte revela a
inconstitucional, assistemática e injusta política arrecadatória implementada por algumas
Fazendas Estaduais, inclusive o Rio Grande do Sul, atingindo em cheio todo o segmento
Varejista optante pelo Simples Nacional.

4. Ao arrepio do limite estipulado pela Constituição Federal, **de
só realizar a exigência em discussão quando a operação interestadual tiver como destino
o “consumidor final”¹**, os Fiscos Estaduais instituíram o tributo apelidado de "Diferencial
de Alíquotas de ICMS" também em relação aos varejistas (**que NÃO são consumidores**

¹ Art. 155, §2º, VII da Constituição Federal.

finais) optantes pelo Simples, que adquirem, para revenda, mercadorias oriundas de Estados diversos do seu.

5. Para tanto, mascararam esta exação sob a roupagem de “*antecipação do pagamento futuro*”, devido pelo destinatário (adquirente), quando da revenda. Em outras palavras, para driblar a proibição clara, hialina e inequívoca da Constituição Federal, o legislador estadual criou uma forma criativa e inusitada de legitimar sua cobrança: **afirmar que se trata de antecipação do ICMS que será devida na operação seguinte (futura saída promovida pelo adquirente da operação interestadual).**

6. No caso das empresas sujeitas ao regime não-cumulativo do ICMS, a exigência gera, apenas, inconvenientes financeiros, diante da antecipação do imposto. Todavia, o diferencial é creditado e abatido do débito gerado pela futura saída.

7. No caso das empresas optantes pelo Simples, a cobrança do diferencial é realizada sem observar que estas não estão sujeitas ao recolhimento não-cumulativo de ICMS, razão pela qual **a cobrança acaba por se tornar verdadeiro custo do micro e pequeno empreendedor**. Além disso, sobre a venda futura dessa mercadoria é exigido novo recolhimento de ICMS através do recolhimento unificado do Simples Nacional!

8. Ao fazer isso, o legislador fez pior do que a tão discutida substituição tributária, uma vez que, no caso desta técnica, pelos menos quando a mercadoria é revendida, o valor do ICMS ST não integra a base de cálculo do Simples Nacional². No caso do diferencial de alíquotas, o tributo é cobrado a título de antecipação e novamente exigido na venda dessa mercadoria, na alíquota única do Simples Nacional, fazendo com que a operação de revenda se sujeite a uma nova incidência.

9. Ademais, percebe-se a completa incongruência da sistemática da antecipação que, apesar de supostamente “*antecipar o pagamento do tributo incidente na operação futura*”, **adota critérios quantitativos da operação de aquisição para revenda.**

² Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação das alíquotas constantes das tabelas dos Anexos I a VI desta Lei Complementar sobre a base de cálculo de que trata o § 3o deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3o.

§ 4o-A. O contribuinte deverá segregar, também, as receitas:

I - decorrentes de operações ou prestações sujeitas à tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, que o imposto já tenha sido recolhido por substituto tributário ou por antecipação tributária com encerramento de tributação;

10. Este e. Supremo Tribunal Federal já manifestou seu entendimento no sentido de que a cobrança ora analisada é, no mínimo, incompatível com o regime do Simples Nacional, quando da análise da Suspensão de Segurança nº 4.134³.

11. Nesse sentido, é preciso verificar que resta configurado um desproporcional aumento da carga tributária gerado pela cobrança em análise. Some-se a isto à garantia de tratamento **“Diferenciado e Favorecido”** às empresas de pequeno e médio porte, assegurado pela Carta Constitucional, e o resultado é a afronta simultânea aos artigos 146, alínea “d”, inciso III; 150, inciso II; 170, inciso IX; e 179, todos da Constituição Federal.

12. Neste norte, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a Repercussão Geral desta controvérsia⁴ sob dois prismas principais: (i) a usurpação da competência da União para dispor sobre a tributação favorecida às micro e pequenas empresas, na medida em que a cobrança do ICMS contraria o tratamento estabelecido pela LC nº 123/2006; e (ii) a violação da regra da não-cumulatividade, pois as empresas optantes pelo Simples Nacional não podem aproveitar créditos relativos às operações que o Estado deseja tributar.

13. Em face de todas as razões já apresentadas, não há como dar guarida à manutenção da cobrança do Diferencial de Alíquotas em desfavor das empresas optantes pelo Simples Nacional, visto que se mostra plenamente inconstitucional sob todos os prismas demonstrados.

³ “[...] Ademais, vislumbro, em um juízo preliminar, a existência de lesão à economia pública não na manutenção da decisão impugnada, mas na suspensão de seus efeitos, **haja vista que o referido aumento abrupto na carga tributária não parece, a priori, compatível com as finalidades do SIMPLES NACIONAL, com consequências gravosas ao funcionamento das micro e pequenas empresas localizadas no Estado do Pará.** (SS 4134, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO (Presidente), julgado em 24/03/2010, publicado em DJe-059 DIVULG 05/04/2010 PUBLIC 06/04/2010)

⁴ TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL. APLICAÇÃO DE METODOLOGIA DE CÁLCULO CONHECIDA COMO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA À EMPRESA OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA ESTABELECER O TRATAMENTO FAVORECIDO DAS MICRO E DAS PEQUENAS EMPRESAS (ART. 146-A DA CONSTITUIÇÃO) E DA REGRA DA NÃO-CUMULATIVIDADE (ART. 155, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO.) ENCAMINHAMENTO DE PROPOSTA PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. **Tem repercussão geral a discussão sobre a cobrança do ICMS de empresa optante pelo SIMPLES NACIONAL, na modalidade de cálculo conhecida como diferencial de alíquota.”**

14. Ante o exposto, restando novamente demonstrada a inconstitucionalidade da exigência tributária em análise, roga-se o provimento do presente Recurso Extraordinário com Repercussão Geral Reconhecida, para o fito de afastar a cobrança do Diferencial de Alíquotas das empresas optantes pelo Simples Nacional.

15. Por fim, pugna novamente a interveniente pela intimação para o julgamento do presente Recurso, bem como pelo deferimento de sustentação oral quando do julgamento.

De Porto Alegre para Brasília/DF, 03 de novembro de 2016

Rafael Pandolfo
OAB/RS 39.171

Rafael Santos Borin
OAB/RS 51.481

Airton Bombardeli Riella
OAB/RS 66.012