



Número: **0804502-21.2019.8.14.0000**

Classe: **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

Órgão julgador colegiado: **2ª Turma de Direito Público**

Órgão julgador: **Desembargador JOSÉ MARIA TEIXEIRA DO ROSÁRIO**

Última distribuição : **11/07/2020**

Valor da causa: **R\$ 0,00**

Processo referência: **0801911-68.2019.8.14.0006**

Assuntos: **Cálculo de ICMS &quot;por dentro&quot;;, SIMPLES**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
P S C XIMENES - ME (AGRAVANTE)		DOMINGOS ASSUNCAO DA SILVA NETO (ADVOGADO) DIO GONCALVES CARNEIRO (ADVOGADO)	
ESTADO DO PARÁ (AGRAVADO)			
MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DO PARA (AUTORIDADE)		MARIO NONATO FALANGOLA (PROCURADOR)	
Documentos			
Id.	Data	Documento	Tipo
3363031	22/07/2020 15:20	<a href="#">Acórdão</a>	Acórdão



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

**AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) - 0804502-21.2019.8.14.0000**

AGRAVANTE: P S C XIMENES - ME

AGRAVADO: ESTADO DO PARÁ

**RELATOR(A):** Desembargador JOSÉ MARIA TEIXEIRA DO ROSÁRIO

### EMENTA

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO DE INDEFERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA. PEDIDO DE NÃO RECOLHIMENTO DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE ICMS PELAS EMPRESAS CONTRIBUINTES DO SIMPLES NACIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL PENDENTE DE JULGAMENTO (RE n.º 970.821/RS - Tema 517). *FUMUS BONI JURIS* E *PERICULUM IN MORA*. NÃO CARACTERIZADOS. MANUTENÇÃO DA SISTEMÁTICA DE ARRECAÇÃO EXISTENTE ATÉ O PRONUNCIAMENTO DEFINITIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *In casu o periculum in mora é invertido*, tendo em vista a divergência existente sobre a matéria, que é objeto de repercussão geral pendente de julgamento junto ao Supremo Tribunal Federal (RE n.º 970.821/RS), o que milita de forma contrária a concessão da medida pleiteada, face o possível efeito multiplicador da decisão, sem a real dimensão de impacto econômico que poderá ocasionar na arrecadação de ICMS do Estado, o que pode ser irreversível, inobstante o Juízo ainda preliminar da matéria, pois altera a função de equilíbrio na arrecadação e distribuição de ICMS entre os Estados, em sentido contrário a finalidade do diferencial de alíquota de ICMS, assim como não vislumbro o *fumus boni juris*, face a presunção de constitucionalidade que desfrutam as leis e ter o legislador estadual seguido a sistemática da Lei Complementar n.º 123/2006, estabelecendo o recolhimento do diferencial de alíquota de ICMS (DIFAL) das empresas optantes pelo simples nacional de forma antecipada e fora do documento de arrecadação unificado e centralizado, sem que hajam, em tese, as inconstitucionalidades arguidas. Agravo de Instrumento conhecido, mas improvido por maioria.”

Vistos, etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 2.<sup>a</sup> Turma de Direito Público: Luiz Gonzaga da Costa Neto (Presidente), Nadja Nara Cobra Meda (Relatora), substituída na continuidade do julgamento pela Excelentíssima Desembargadora Eva do Amaral Coelho, e Luzia Nadja Guimarães Nascimento (Voto Vista condutor), por maioria, conhecer do agravo de instrumento, mas negar-lhe provimento, nos termos do Voto vista proferido pela Excelentíssima Desembargadora Luzia Nadja



**Guimarães Nascimento, ficando vencida com Voto divergente a Excelentíssima Desembargadora Relatora.**

**Belém, 06 de julho de 2020.**

**DESA. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO  
RELATORA**

**RELATÓRIO**

**VOTO**

Adoto o Relatório da Excelentíssima Desembargadora Relatora.

A controvérsia do presente AGRAVO DE INSTRUMENTO diz respeito a indeferimento do pedido de tutela antecipada formulado pela agravante ONCONORTE LTDA-EPP, para não recolher antecipadamente ICMS, fora da guia de apuração do simples nacional.

Alega que deve ser oferecido aos contribuintes pequenas empresas recolhimento dos tributos de forma unificada, centralizada, privilegiada e favorecida, e que a cobrança do diferencial de alíquota de ICMS de forma antecipada, realizada com base no art. 13, §1.º, inciso XIII, alínea “a”, da Lei Complementar n.º 123/2006; art. 2.º, §1.º, da Lei Estadual n.º 5.530/89, e arts. 723, X, anexo I, e 107 do Regulamento de ICMS (RICMS), acarretam: a) complexidade na apuração de ICMS; b) recolhimento de ICMS na operação de venda com diferencial de alíquota em valor superior ao simples nacional, e c) aumento do valor do preço dos medicamentos ao consumidor final.

Conclui assim que a antecipação da operação de venda, com diferencial de alíquota interestadual, enseja cobrança de valor acima do recolhimento nas operações internas através do simples nacional, em violação aos princípios constitucionais que estabelecem a tributação das pequenas empresas na forma estabelecida no art. 146, inciso III, “d”, parágrafo único, III, e art. 170, IX, e 179, da CF, nos seguintes termos:

*“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, 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:**

(...)

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;”

*“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.”*

*“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.”*

A Excelentíssima Desembargadora Relatora proferiu Voto acolhendo os fundamentos do agravante e deu provimento ao agravo de instrumento, para ratificar a liminar anteriormente deferida, sob o fundamento de que a agravante não está obrigada ao recolhimento do ICMS fora da guia do sistema de apuração do simples nacional, notadamente ICMS antecipado.

Solicitei vista do processo para melhor análise da matéria e inobstante os judiciosos fundamentos apresentados, com a devida *vênia* da Excelentíssima Desembargadora Relatora, vou apresentar Voto divergente. Vejamos:

A cobrança antecipada do diferencial de alíquota de ICMS (DIFAL) nas operações interestaduais, fora do simples nacional, é objeto de repercussão geral ainda em tramitação no Supremo Tribunal Federal, onde foi arguida a inconstitucionalidade da Lei Complementar n.º 123/2006, em relação à previsão da cobrança do diferencial de alíquota (DIFAL) das empresas do simples nacional, face a possível violação aos princípios que estabelecem tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte, com arrecadação de forma unificada e centralizada (RE n.º 970.821/RS, Relatoria do Ministro Edson Fachin - Tema 517), nos seguintes termos:

*“Ementa: 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 PELO SIMPLES NACIONAL.*



**ALEGADAS USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA ESTABELECE 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.*”**

(RE 632783 RG, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 02/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 22-02-2012 PUBLIC 23-02-2012)

Iniciou-se o julgamento da repercussão geral, com Voto do Ministro Relator Edson Fachin rejeitando a inconstitucionalidade arguida, e os Votos divergentes dos Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barros, Carmem Lucia e Ricardo Lewandowski, acolhendo a arguição de inconstitucionalidade, com base na previsão dos arts. 146, inciso III, “d”, 170, IX, e 179, da CF, mas houve suspensão do julgamento, por força do pedido de vistas do Ministro Gilmar Mendes.

Cabe enfatizar que as legislações estaduais regulamentaram a cobrança do diferencial de alíquota (DIFAL) de acordo com a sistemática estabelecida na Lei Complementar n.º 123/2006, que é objeto da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.

Nestas circunstâncias, entendo mais razoável manter a sistemática de arrecadação vigente, na forma estabelecida na Lei Complementar n.º 123/2006, que foi adotada nas normas estaduais que regulam a matéria, até que haja o pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, inobstante os judiciosos fundamentos adotados pela Excelentíssima Relatora, pois a divergência existente milita de forma contrária a concessão da medida liminar pleiteada, tanto pela presunção de constitucionalidade que desfrutam as leis, mas principalmente pelo possível efeito multiplicador da decisão, sem a real dimensão de impacto econômico que poderá ocasionar na arrecadação de ICMS do Estado, que pode ser irreversível, inobstante o Juízo ainda preliminar da matéria.

Neste sentido, o Ministro Relator da repercussão geral reconheceu o potencial efeito econômico da decisão aos cofres públicos e determinou a suspensão da tramitação de todos os processos sobre o tema, na forma do art. 1.037, inciso II, do CPC/15, mas como não houve julgamento, no prazo de 01 (um) ano, ocorreu a desafetação e retorno ao curso normal dos processos, na forma do art. 1.037, §5.º, do mesmo diploma legal.

[Daí porque, não há dúvida que a medida liminar tem potencial de ocasionar impacto econômico-financeiro não só em decorrência da perda e arrecadação, mas principalmente por alteração da sistemática de distribuição de arrecadação vigente, o que, certamente, ocasionará efeito perverso em sentido contrário a finalidade pretendida com o diferencial de alíquota de ICMS \(DIFAL\) de melhor distribuição de arrecadação entre os Estados de origem \(via de regra do sul e sudeste\) e de destino das mercadorias \(norte, nordeste e centro-oeste\).](#)

Assim, entendo que o *periculum in mora* na espécie é invertido e milita de forma desfavorável a agravante, pois não se sabe o impacto econômico decorrente do possível efeito multiplicador da decisão liminar requerida, assim como a influência na função de equilíbrio na



distribuição de arrecadação entre os Estados e desestímulo a guerra fiscal, posto que altera a própria sistemática de cobrança do diferencial de alíquota de ICMS das empresas optantes pelo simples, que são regulamentadas na Lei Complementar n.º 123/2006.

Sobre a matéria há precedente do Pleno do Supremo Tribunal Federal, em caso semelhante, reconhecendo a possibilidade de efeito multiplicador da decisão judicial, para a finalidade de suspender liminar concedida em favor de contribuinte, consignando que a medida nestas circunstâncias somente no julgamento de mérito não se torna inócua, por ser assegurado ao contribuinte a restituição do pagamento indevido, mas, ao contrário, a liminar deferida impossibilita o fisco de receber o diferencial de alíquota de ICMS, ensejando prejuízos aos cofres públicos, nos seguintes termos:

**“EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA: SUSPENSÃO. GRAVE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA. EFEITO MULTIPLICADOR. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA "PARA FRENTE". I. - O Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, julgando os RREE 213.396-SP e 194.382-SP, deu pela legitimidade constitucional, em tema de ICMS, da denominada substituição tributária 'para frente'. II. **A medida liminar, nos termos em que concedida, impossibilita a Fazenda Pública de receber a antecipação do ICMS por um largo período, o que lhe causa dano, sendo ainda certo que a segurança, se concedida, a final, não resultará inócua, dado que ao contribuinte é assegurada a restituição do pagamento indevido.** III. - **Necessidade de suspensão dos efeitos da liminar, tendo em vista a ocorrência do denominado "efeito multiplicador".** IV. - **Agravo não provido.**”**

(SS 1489 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2001, DJ 11-10-2001 PP-00007 EMENT VOL-02047-01 PP-00118)

Por outro lado, deve ser observado que o julgamento não foi concluído e a sistemática de cobrança do diferencial de alíquota de ICMS encontra guarida no art. 155, inciso II, §2.º, inciso IV e VII, da Constituição Federal, com as alterações da Emenda Constitucional n.º 87/2015, nos seguintes termos:

*“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*

*(...)*

*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;*

*(...)*

**§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:**

*(...)*

**IV - resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;**



(...)

**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) (Produção de efeito)**

**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) (Produção de efeito)**

**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)”**

A [Lei Complementar n.º 123/2006, em seu art. 13, §1.º, XIII, “g”](#), apenas manteve a cobrança de diferencial de alíquota de ICMS na mesma sistemática no texto constitucional, mas em relação as operações interestaduais realizadas pelas empresas optantes do simples nacional, sem permitir que seja adquirido o crédito pela contribuinte para a compensação na operação seguinte, face a incompatibilidade com o recolhimento mensal em documento único de arrecadação, adotado na sistemática realizada nas operações internas das optantes pelo simples, nos seguintes termos:

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

(...)

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

(...)

**§ 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;”**



Neste diapasão, o legislador estadual seguiu a sistemática *retro* transcrita estabelecendo o recolhimento do diferencial de alíquota de ICMS (DIFAL) das empresas optantes pelo simples nacional de forma antecipada e fora do documento de arrecadação unificado e centralizado.

Ocorre que, isto em nada viola o princípio da não cumulatividade, pois, conforme consignado pelo Ministro Edson Fachin, os precedentes do Supremo Tribunal Federal são no sentido de possibilidade do legislador ordinário excepcionar do princípio da não cumulatividade o aproveitamento de créditos em casos de promoção do federalismo fiscal cooperativo de equilíbrio e da continuidade dos pilares do Estado Fiscal (RE 723.651; ARE 658.571 AgR; RE 595.450 AgR; e ARE 938.209 AgR).

Além do que, consignou que é facultada a opção do contribuinte pelo simples nacional, no âmbito do planejamento tributário da empresa, arcando assim com o ônus e bônus decorrentes da escolha, pois não pode haver adesão parcial ao regime simplificado, obtendo a contribuinte ao mesmo tempo tributação de forma centralizada e com carga menor e conjuntamente não recolher o diferencial de alíquota nas operações interestaduais (DIFAL), mesclando desta forma 02 regimes de tributação, pois a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido da impossibilidade de intervenção do Judiciário para alterar a sistemática de arrecadação e criar uma sistemática híbrida, sem a existência de previsão legal, por afronta a separação entre os poderes (RE 1.009.816 AgR e RE 936.642 AgR).

Cabe esclarecer que o mecanismo do diferencial de alíquota busca maior equilíbrio na partilha do ICMS entre os Estados de origem e destino nas operações de ICMS interestaduais, favorecendo assim as regiões econômica e industrialmente menos desenvolvidas, pois o Estado de origem deixa de cobrar a alíquota interna cheia, recolhendo apenas a alíquota interestadual que é menor, abrindo mão assim de parte de arrecadação em favor do Estado de destino, que poderá cobrar a diferença entre a alíquota interestadual e a interna de ICMS (DIFAL), na entrada da mercadoria em seu território, perfazendo assim a distribuição de riquezas entre os Estados de forma equilibrada e socialmente mais justa.

Nesse sentido, o Relator da repercussão geral destacou precedente do Superior Tribunal de Justiça, com Voto da lavra do Ministro Herman Benjamin, proferido no REsp. n.º 1.193.911/MG, que reconhece a legalidade da exação, consignando que o mecanismo de cobrança do diferencial de alíquota não onera a operação posterior do contribuinte optante pelo simples nacional, pois apenas equaliza a anterior realizada pelo fornecedor, e, caso não houvesse a cobrança do diferencial de alíquota, ocorreria grave distorção na sistemática nacional, porque a aquisição interestadual de mercadoria seria menos onerosa que a aquisição no próprio Estado, em afronta a finalidade da cobrança do diferencial de alíquota de equilíbrio de arrecadação e desestímulo da guerra fiscal entre os Estados, *in verbis*:

*“TRIBUTÁRIO. SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA. ALÍQUOTA INTERESTADUAL. ART. 13, § 1º, XIII, “g”, da LC 123/2002. EXIGIBILIDADE.*

*1. A contribuinte é empresa optante pelo Simples Nacional que adquire mercadorias oriundas de outros Estados da Federação. Insurge-se contra a exigência, por lei de seu Estado, do diferencial*





entre a alíquota interestadual (menor) e a interna (maior).

2. **Apesar de reconhecer que o art. 13, § 1º, XIII, "g", da LC 123/2002 determina o recolhimento do diferencial de alíquota, a Corte estadual entendeu que a legislação local deveria, necessariamente, prever a compensação posterior, o que não houve.**

**Por conta da omissão da lei estadual em regular a matéria, a exigência do diferencial seria inválida.**

3. **Inexiste debate a respeito da legislação local. É incontroverso que a lei mineira exige o diferencial de alíquota na entrada da mercadoria em seu território e não permite compensação com o tributo posteriormente devido pela empresa optante pelo Simples Nacional.**

4. **Tampouco há dissídio quanto à interpretação da Constituição Federal, que admite a sistemática simplificada e prevê, como regra, o princípio da não-cumulatividade.**

5. **A demanda recursal refere-se exclusivamente à análise do art. 13, § 1º, XIII, "g", da LC 123/2002, para aferir se a exigência do diferencial de alíquota é auto-aplicável.**

6. **O diferencial de alíquota apenas garante ao Estado de destino a parcela que lhe cabe na partilha do ICMS sobre operações interestaduais. Caso não houvesse cobrança do diferencial, ocorreria grave distorção na sistemática nacional desse imposto. Isso porque a aquisição interestadual de mercadoria seria substancialmente menos onerosa do que a compra no próprio Estado, sujeita à alíquota interna "cheia".**

7. **Sobre um insumo, por ex., do Rio de Janeiro destinado a Minas Gerais, incide a alíquota interestadual de 12%. Se o mesmo insumo for adquirido no próprio Estado, a alíquota interna é de 18%.**

8. **A cobrança do diferencial de alíquota não onera a operação posterior, promovida pela empresa optante pelo Simples Nacional, apenas equaliza a anterior, realizada pelo fornecedor, de modo que o diferencial de 6%, nesse exemplo (= 18 - 12), seja recolhido aos cofres de Minas Gerais, minorando os efeitos da chamada "guerra fiscal".**

9. **Isso não viola a sistemática do Simples Nacional, não apenas porque a cobrança do diferencial é prevista expressamente pelo art. 13, § 1º, XIII, "g", da LC 123/2002, mas também porque a impossibilidade de creditamento e compensação com as operações subsequentes é vedada em qualquer hipótese, e não apenas no caso do diferencial.**

10. **De fato, a legislação mineira não prevê a compensação do ICMS recolhido na entrada (diferencial de alíquota), o que é incontroverso, pela simples razão de que isso é expressamente obstado pelo art. 23, caput, da LC 123/2002.**

11. **Ao negar eficácia ao disposto no art. 13, § 1º, XIII, "g", da LC 123/2002, o TJ-MG violou a lei federal, descaracterizando o próprio Simples Nacional, o que impõe a reforma do acórdão recorrido.**

12. *Recurso Especial provido."*

(REsp 1193911/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 02/02/2011)

O acórdão do Superior Tribunal de justiça consigna os seguintes fundamentos:



***“De fato. quando há operação interestadual entre contribuintes, incide alíquota menor de modo a ficar com o Estado de destino a diferença para a alíquota interna (maior). conforme a sistemática delineada constitucionalmente para o imposto estadual.***

***O diferencial de alíquota, para que fique bem claro, apenas garante ao direito do Estado de destino à parcela que lhe cabe na partilha do ICMS sobre operações interestaduais.***

***Caso não houvesse a cobrança do diferencial ocorreria grave distorção na sistemática nacional desse imposto. Isso porque a aquisição interestadual de mercadoria seria substancialmente menos onerosa do que a compra no próprio Estado, sujeita à alíquota interna "cheia".***

***Por exemplo, ao se adquirir um insumo do Rio de Janeiro destinado a Minas Gerais, há incidência da alíquota interestadual de 12%. Se o mesmo insumo for adquirido no próprio Estado, incide a alíquota interna de 18%.***

***A cobrança do diferencial de alíquota não onera a operação posterior. promovida pela empresa optante pelo Simples Nacional, mas apenas equaliza a anterior. realizada pelo fornecedor, de maneira a que o diferencial de 6%. nesse exemplo (= 18 - 12). seja recolhido aos cofres de Minas Gerais, minorando os efeitos da chamada 'guerra fiscal'.***

***Nada disso, repilo, viola a sistemática do Simples Nacional, não apenas porque a cobrança do diferencial é prevista expressamente pelo art. 13. § 1º. XIII. "g". da LC 123/2002. mas também porque a impossibilidade de creditamento e compensação com as operações subsequentes é vedada em qualquer hipótese, e não apenas no caso do diferencial.***

***De fato. a legislação mineira não prevê a compensação do ICMS recolhido na entrada (diferencial de alíquota), o que é incontroverso, pela simples razão de que isso é expressamente vedado pelo art. 23. caput, da LC 123/2002....”***

Assim, em juízo não exauriente, acompanhando *a priori* o posicionamento do Ministro Relator da repercussão geral, entendo que o *fumus boni juris* é desfavorável a concessão da liminar, pois a previsão de recolhimento antecipado do diferencial de alíquota de ICMS, fora da guia de recolhimento unificado, nas operações interestaduais das empresas optantes pelo simples nacional, em tese, não afronta os princípios estabelecidos nos arts. 146, inciso III, “d”,



170, IX, e 179, da CF, tendo em vista que é facultativa a opção pela sistemática que o contribuinte entender mais favorável ao seu planejamento fiscal e não pode buscar adoção de sistemática não prevista em lei, por meio do Judiciário, deixando de recolher o diferencial de alíquota nas operações interestaduais de forma antecipada, em afronta a previsão do art. 13, §1.º, XIII, “g”, da Lei Complementar n.º 123/2006 e das normas estaduais sobre a matéria.

Ante o exposto, com a devida *vênia* da Excelentíssima Desembargadora Relatora, vou proferir voto divergente, conhecendo do Agravo de Instrumento, mas negando-lhe provimento, nos termos da fundamentação.

É como Voto.

Belém/PA, 06 de julho de 2020.

**DESA. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO**

**RELATORA**

**VOTO**

Belém, 21/07/2020

