

Conforme estudos e pesquisas sobre o tema, chego a seguinte conclusão.

Considerando a empresa remetente (vendedora) ser optante pelo Simples Nacional, não é devido o ICMS Difal nas operações interestaduais de vendas a não contribuintes - CFOP 6108.

A interpretação é formada com base na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) - 5469/2021 - que o Supremo Tribunal Federal (STF), em julgado de 2021, decidiu que é inconstitucional os Estados exigirem o pagamento do ICMS Difal nas operações interestaduais de vendas a não contribuintes realizadas por empresas do Simples Nacional.

Desta forma, quando o optante pelo Simples Nacional realizar operações interestaduais destinadas a pessoas físicas ou jurídicas não contribuintes (sem Inscrição Estadual), deverá utilizar a CFOP 6108 e; nos Dados Adicionais/Informações Complementares do Contribuinte na Nota Fiscal, recomendo complementar as informações obrigatórias com a seguinte indicação:

"DOCUMENTO EMITIDO POR ME OU EPP OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL LC 123/2006, NÃO GERA DIREITO A CRÉDITO FISCAL DE IPI. - ICMS DIFAL NÃO RECOLHIDO NOS TERMOS DA ADI 5469/2021 STF".

Em que pese a Lei Complementar LC 190/2022 e o Convenio ICMS 236/2021 Confaz, regulamentar a cobrança do ICMS Difal nas operações e prestações que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada; nenhum dos dispositivos legais citados tratou das operações realizadas por contribuintes optantes pelo Simples Nacional LC 123/2006.

Desta forma, prevalece a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 5469/2021, que por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ADI, para declarar a inconstitucionalidade formal das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS nº 93, de 17 de setembro de 2015, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), que previa a cobrança do ICMS Difal nas operações praticadas por contribuintes optantes pelo Simples Nacional.

Ademais, a Lei Complementar 123/2006, além de estabelecer aos Micros e Pequenos Empresários, a possibilidade de opção pelo Regime de Tributação Diferenciado atendidos os requisitos, também regulamenta o Tratamento Favorecido na forma dos Artigos 170, IX e 179 da Constituição Federal.