

Sua Excelência, o Senhor
NELSON HENRIQUE BARBOSA FILHO
Ministro da Fazenda e Presidente do Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz

Prezado Senhor,

O Sebrae e as entidades abaixo relacionadas, em reunião realizada em 19 de janeiro de 2016, aprovaram o encaminhamento de solicitação à Vossa Excelência, consubstanciada nos pleitos abaixo apresentados, de revisão das disposições do Convênio 93/2015 do Confaz e atos normativos dele derivados.

O Convênio 93/2015 do Confaz altera de forma profunda a sistemática de recolhimento do ICMS, inclusive para os pequenos negócios do Simples Nacional, trazendo insegurança jurídica acerca do cumprimento da legislação, prejuízo ao mercado pelo encarecimento de produtos, dificuldades para o cumprimento de novas obrigações acessórias pela sua complexidade e aumento dos custos de conformidade em um momento econômico de grave crise, no qual o sentido geral das ações do Estado deveria ser outro: simplificar e incentivar o empreendedorismo, notadamente o pequeno.

I) ICMS das Optantes do Simples Nacional

No sentido de regulamentar entre os Estados as operações com não contribuintes (basicamente as pessoas físicas) foi editado o Convênio 93/2015, que inseriu sem respaldo legal a cobrança do diferencial de alíquotas para as microempresas e empresas de pequeno porte optantes do Simples Nacional (cláusula nona).

Essa ausência de respaldo legal decorre do fato de que o Simples unifica a apuração e o recolhimento do ICMS devido pelas operações próprias. Só está excluído desse regime o ICMS devido pela substituição tributária e o diferencial de alíquota devido pela aquisição de produtos. Ou seja, eventual alteração da tributação do ICMS das optantes do Simples nas operações próprias depende de prévia mudança da LC 123, de 2006, e não poderia ter sido veiculada por convênio do Confaz.

Além do Princípio da Legalidade Tributária, o convênio em tela violou, principalmente, o Princípio do Tratamento Diferenciado e Favorecido às MPEs (art. 170, inciso IX, e 179 da Constituição), que institui obrigação ao legislador.

Na prática, essa inovação, somada ao uso indiscriminado da substituição tributária, torna dramática a situação das empresas no Simples, com enorme oneração do imposto a pagar e dos custos burocráticos e financeiros. Isso pode ser observado, por exemplo, no caso da Secretaria da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro. Além de tudo, mesmo tendo pago o imposto na origem, deve pagar novamente e “tentar” o ressarcimento, o que é incompatível com o tratamento diferenciado e favorecido devido às MPEs¹:

Pagamento do imposto devido ao Estado de destino e cumprimento de demais obrigações por ele impostas

Os contribuintes deverão obter informações na Secretaria de Estado de Fazenda de destino da mercadoria ou prestação de serviço sobre:

- as alíquotas internas praticadas pelo Estado;
- a forma de pagamento do imposto;
- os procedimentos para eventual ressarcimento ou restituição do imposto pago;
- a possibilidade de se inscreverem em seus cadastros de contribuintes e os procedimentos para fazê-lo;
- a exigência do cumprimento de obrigações acessórias.

Substituição Tributária – venda de mercadoria cujo imposto já tenha sido retido

Ainda que se trate de mercadoria cujo imposto já tenha sido retido por substituição tributária, a operação interestadual será normalmente tributada, sendo devido, ao estado de destino, o imposto relativo ao diferencial de alíquota, e ao Estado do Rio de Janeiro, o valor relativo ao percentual provisório.

Quanto ao imposto retido, o contribuinte deverá adotar os procedimentos para ressarcimento previstos no art. 20 do Livro II do RICMS/00.

II) Obrigações Acessórias

Criou-se uma burocracia não prevista em lei, mas apenas em atos do próprio fisco, que transfere ao contribuinte a responsabilidade não apenas de recolher a parte do consumidor de outro Estado, como de efetuar os cálculos do imposto devido a cada unidade da federação, sujeitando-se ao custo das mudanças necessárias, e aos riscos de eventuais erros ou omissões, pois deve conhecer e acompanhar todas as reiteradas mudanças ocorridas nessas e em outras regras em cada Estado (vide a reprodução da orientação acima do fisco fluminense).

A empresa pode ser obrigada a obter inscrição no cadastro fiscal de cada Estado para o qual comerciar (inclusive apresentando documentos) e calcular e recolher a diferença entre a alíquota interna e a interestadual de cada nota fiscal.

¹http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/faces/menu_structure/servicos?_afirLoop=94385248004000&datasource=UCMServer%23dDocName%3AWCC294384&_adf.ctrl-state=dekrh8lga_114 (acesso em 18 de janeiro de 2016, 14h43)

Essa burocracia se torna ainda mais complexa em relação aos bens sujeitos à substituição tributária com a criação e exigência de uso de um novo código para tais produtos (CEST- Código Especificador da Substituição Tributária), ao invés da continuidade da utilização da NCM (Nomenclatura Comum do Mercosul).

Foi criada para as empresas no Simples uma nova obrigação acessória mensal (Declaração de Substituição Tributária, Diferencial de Alíquota e Antecipação – DeSTDA) na contramão da diretriz de simplificação (declaração única anual).

No caso das empresas no Simples Nacional, caso fosse admitida a viabilidade do Convênio 93/2015, ainda assim não foi cumprida no caso das obrigações acessórias a LC 123, de 2006:

“Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

*§ 4o É vedada a exigência de obrigações tributárias acessórias relativas aos tributos apurados na forma do Simples Nacional além daquelas estipuladas pelo CGSN e atendidas por meio do Portal do Simples Nacional, bem como, o estabelecimento de exigências adicionais e unilaterais pelos entes federativos, exceto os programas de cidadania fiscal.”
(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

Temos, ainda, que se for entendida a viabilidade do Convênio 93/2015 atingir as empresas no Simples, o que apenas se argumenta, novas obrigações somente poderiam ter sido instituídas na forma do artigo 1º, § 3º, da LC 123, de 2006, cujo desrespeito leva a sua inexigibilidade (§ 6º do mesmo artigo):

Art. 1º. Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:

(...)

§ 3º. Ressalvado o disposto no Capítulo IV, toda nova obrigação que atinja as microempresas e empresas de pequeno porte deverá apresentar, no instrumento que a instituiu, especificação do tratamento diferenciado, simplificado e favorecido para cumprimento. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

(...)

§ 6º. A ausência de especificação do tratamento diferenciado, simplificado e favorecido ou da determinação de prazos máximos, de acordo com os §§ 3o e 4o, tornará a nova obrigação inexigível para as microempresas e empresas de pequeno porte. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 7º. A inobservância do disposto nos §§ 3o a 6o resultará em atentado aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional da atividade empresarial. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

O fato é que esse conjunto de novas exigências torna muito difícil a viabilidade econômica das empresas que comercializam produtos para outros Estados, notadamente os pequenos negócios do Simples Nacional. As maiores empresas enfrentam sérias dificuldades técnicas e financeiras para adaptar seus sistemas informatizados, enquanto as menores empresas têm a sua vida dificultada de forma muito grave.

Diante do exposto e da possibilidade de revisão de atos (Súmula 473 do STF), solicitamos:

- 1) A revisão da cláusula nona para estabelecer a não aplicação do Convênio 93/2015 aos optantes do Simples Nacional;
- 2) O encaminhamento de demanda para que o Comitê Gestor do Simples Nacional (art. 2º, I, da LC 123/2006) estabeleça o critério para rateio do ICMS arrecadado pelo Simples entre os Estados de origem e destino, diante da nova disciplina constitucional (Emenda Constitucional 87);
- 3) Alternativamente, para os produtos com substituição tributária, a criação de mecanismo de compensação com o ICMS a ser pago para a origem e o destino, minimizando os casos de ressarcimento e viabilizando a sobrevivência das MPEs que predominantemente vendem para clientes sediados em outros Estados;
- 4) Alternativamente, ainda, o cumprimento das disposições da LC 123/2006 no que se refere às obrigações acessórias exigíveis das empresas optantes do Simples Nacional;
- 5) O desenvolvimento de aplicativo informatizado para que, a partir dos dados coletados para emissão da nota fiscal eletrônica, sejam dispensadas novas exigências (obrigações acessórias e demais) para todas as empresas submetidas ao Convênio 93/2015, inclusive, alternativamente, as empresas optantes do Simples Nacional, e que afaste também a emissão múltipla de guias do ICMS e de fundos estaduais, por meio de sistema de compensação entre os Estados.

Na expectativa da pronta intervenção do Vossa Excelência em relação aos temas suscitados, em especial no sentido de evitar corrida ao Poder Judiciário que não solucionará, todavia, a premente necessidade de sobrevivência dos pequenos negócios, as signatárias se colocam à disposição para encontrar caminhos e instrumentos para superação das questões levantadas.

Renovando protestos de elevada estima e consideração,

GUILHERME AFIF DOMINGOS
Diretor-Presidente do Sebrae

Entidades Subscritoras

Confederação Nacional do Comércio, Bens, Serviços e Turismo - CNC

Confederação das Associações Comerciais e Empresarias do Brasil – CACB

Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas – CNDL

Confederação Nacional da Indústria – CNI

Federação Nacional das Empresas de Serviços Contábeis e das Empresas de Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas - Fenacon.

Associação Brasileira de Automação Comercial – AFRAC

Associação Brasileira de Comércio Eletrônico - ABComm

Associação Comercial do Rio de Janeiro - ACRJ

Associação Comercial de São Paulo – ACSP

Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico - Camara-e.net

Sindicato das Empresas de Serviços Contábeis e das Empresas de de Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas – Sescon-SP