



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001283-46.2013.4.03.6123/SP

2013.61.23.001283-4/SP

D.E.

Publicado em 01/12/2017

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR

APELANTE : GOTA VERDE COMERCIO E INSTALACAO DE EQUIPAMENTOS DE IRRIGACAO LTDA - EPP

ADVOGADO : SP093497 EDUARDO BIRKMAN e outro(a)

APELADO(A) : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : SP000003 JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

No. ORIG. : 00012834620134036123 1 Vr BRAGANCA PAULISTA/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MICRO EMPRESA - ME E EMPRESA DE PEQUENO PORTE - EPP. LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. SISTEMÁTICA DE ANTECIPAÇÃO DA COBRANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE.

1. A questão que ora se impõe cinge-se em saber se é possível a exclusão do ICMS da base de cálculo do Simples Nacional.

2. O Simples Nacional é um regime facultativo aplicável às Microempresas - ME e Empresas de Pequeno Porte - EPP, previsto na Lei Complementar nº 123/2006, que implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes tributos: IRPJ, CSLL, PIS/Pasep, Cofins, IPI, ICMS, ISS e a Contribuição para a Seguridade Social destinada à Previdência Social a cargo da pessoa jurídica (CPP).

3. Trata-se de uma forma simplificada e englobada de recolhimento dos referidos impostos e contribuições, tendo como base de apuração a receita bruta, isto é, todos os tributos nele inclusos são calculados considerando uma mesma receita, sem prevalência de um sobre o outro, inclusive no caso de tributos de natureza diferentes.

4. Ressalte-se que, nas operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária, o substituto tributário optante deverá recolher à parte do Simples Nacional, regime que abrange o ICMS próprio, o ICMS devido por substituição.

5. De fato, o artigo 13, §1º, inciso XIII, alínea "g", da LC nº 123/2006, determina que o recolhimento do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal: com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do §4º do artigo 18 do mesmo diploma; 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.

6. Insta salientar que, por se tratar de regime de tributação diferenciado, cuja adesão é facultativa, não é possível ao contribuinte alterar suas regras para excluir da base de cálculo do Simples os valores relativos ao ICMS, podendo, apenas, se entender que o regime lhe é desfavorável, a ele não aderir ou dele se retirar.

7. Assim, a empresa que aderir a este regime passará a contribuir mensalmente, de forma unificada, segundo percentual global sobre a receita bruta auferida, não sendo possível a exclusão postulada pela apelante.

8. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2017.

NERY JÚNIOR
Desembargador Federal Relator

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): NERY DA COSTA JUNIOR:10037

Nº de Série do Certificado: 11A21703044B8ADB

Data e Hora: 27/11/2017 19:00:52

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001283-46.2013.4.03.6123/SP

2013.61.23.001283-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR
APELANTE : GOTA VERDE COMERCIO E INSTALACAO DE EQUIPAMENTOS DE IRRIGACAO LTDA - EPP
ADVOGADO : SP093497 EDUARDO BIRKMAN e outro(a)
APELADO(A) : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : SP000003 JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
No. ORIG. : 00012834620134036123 1 Vr BRAGANCA PAULISTA/SP

RELATÓRIO

Trata-se de ação declaratória, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Gota Verde Comércio e Instalação de Equipamentos de Irrigação Ltda, em 25 de julho de 2013, em face da União Federal, visando a declaração do direito a exclusão do ICMS pago por substituição tributária da base de cálculo do Simples Nacional, sob a alegação de bi-tributação, bem como a compensação destes valores com débitos decorrentes dos lançamentos do Simples. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 13.083,71 (treze mil, oitenta e três reais e setenta e um centavos), atualizado até setembro de 2017. Com a inicial, acostou documentos.

Indeferida a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada. (fls. 34/35)

Citada, a União Federal apresentou contestação às fls. 38/40.

Foi proferida sentença de improcedência do pedido, fls. 50/51vº, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973. A autora foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Irresignada, apelou a autora, fls. 53/63, tempestivamente, pugnando pela reforma *in totum* da r. sentença. Alegou que "sua atividade empresarial inclui o comércio de produtos e serviços, gerando este procedimento o direito de seu crédito de ICMS, haja vista que a maioria dos produtos comercializados estão sob a égide do regime de SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, o que acarreta no pagamento em duplicidade, pela retenção do tributo decorrente da substituição tributária e pela exigência de pagamento pela regra do Simples". Ao final, requereu a exclusão de seu nome do CADIN e SERASA.

Apelação recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo. (fl. 65)

Com contrarrazões, fls. 67/70, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

NERY JÚNIOR
Desembargador Federal Relator

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): NERY DA COSTA JUNIOR:10037

Nº de Série do Certificado: 11A21703044B8ADB

Data e Hora: 27/11/2017 19:00:55

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001283-46.2013.4.03.6123/SP

2013.61.23.001283-4/SP

RELATOR	: Desembargador Federal NERY JUNIOR
APELANTE	: GOTA VERDE COMERCIO E INSTALACAO DE EQUIPAMENTOS DE IRRIGACAO LTDA - EPP
ADVOGADO	: SP093497 EDUARDO BIRKMAN e outro(a)
APELADO(A)	: Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO	: SP000003 JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
No. ORIG.	: 00012834620134036123 1 Vr BRAGANCA PAULISTA/SP

VOTO

A questão que ora se impõe cinge-se em saber se é possível a exclusão do ICMS da base de cálculo do Simples Nacional.

O Simples Nacional é um regime facultativo aplicável às Microempresas - ME e Empresas de Pequeno Porte - EPP, previsto na Lei Complementar nº 123/2006, que implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes tributos: IRPJ, CSLL, PIS/Pasep, Cofins, IPI, ICMS, ISS e a Contribuição para a Seguridade Social destinada à Previdência Social a cargo da pessoa jurídica (CPP).

Com efeito, trata-se de uma forma simplificada e englobada de recolhimento dos referidos impostos e contribuições, tendo como base de apuração a receita bruta, isto é, todos os tributos nele inclusos são calculados considerando uma mesma receita, sem prevalência de um sobre o outro, inclusive no caso de tributos de natureza diferentes.

Ressalte-se que, nas operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária, o substituto tributário optante deverá recolher à parte do Simples Nacional, regime que abrange o ICMS próprio, o ICMS devido por substituição.

De fato, o artigo 13, §1º, inciso XIII, alínea "g", da LC nº 123/2006, determina que o recolhimento do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal: com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do §4º do artigo 18 do mesmo diploma; 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.

Insta salientar que, por se tratar de regime de tributação diferenciado, cuja adesão é facultativa, não é possível ao contribuinte alterar suas regras para excluir da base de cálculo do Simples os valores relativos ao ICMS, podendo, apenas, se entender que o regime lhe é desfavorável, a ele não aderir ou dele se retirar.

Assim, a empresa que aderir a este regime passará a contribuir mensalmente, de forma unificada, segundo percentual global sobre a receita bruta auferida, não sendo possível a exclusão postulada pela apelante.

Neste sentido são os arestos que trago à colação, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. SIMPLES NACIONAL. SISTEMÁTICA DE ANTECIPAÇÃO DA COBRANÇA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu ser "inviável acolher a pretensão da recorrente de cindir o Simples Nacional para afastar a antecipação do ICMS prevista no § 1º, inciso XIII, alínea "g", do art. 13 da Lei Complementar Federal nº 123/2006" (RMS 29.568/AM, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 30/08/13).

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no AREsp 287.473/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 18/06/2014)

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES NACIONAL. MICROEMPRESA - ME E EMPRESA DE PEQUENO PORTE - EPP. ICMS. DOCUMENTO ÚNICO DE ARRECADAÇÃO E RECOLHIMENTO ANTECIPADO.

1. Mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário de Estado da Fazenda do Amazonas praticado com base na Lei Complementar Federal nº 123/2006 (que disciplinou, também, o Simples Nacional), o qual exige, além do pagamento do Simples Nacional em documento único de arrecadação - em que já está inserido o ICMS (art. 13, VII, da LC nº 126/2006) -, o recolhimento antecipado do ICMS no regime comum, sem nem mesmo abater o valor já recolhido no referido sistema especial (Simples Nacional). Requerimento para que seja garantido à impetrante, ora recorrente, o direito de se recolher, quanto ao ICMS, apenas "aquele inserido no bojo do 'Simples Nacional'", objeto de um único documento de arrecadação (art. 13, VII, da LC nº 126/2006), excluindo-se a antecipação.

2. Os arts. 146, III, "d" e parágrafo único, e 170, IX, da Constituição Federal revelam que o Simples Nacional não se define como novo tributo, mas como um sistema - considerado em seu todo - mais benéfico de cobrança de impostos já existentes, favoravelmente às microempresas e às empresas de pequeno porte. Tem-se, assim, o sistema comum, nele inseridos os não optantes, e o sistema especial denominado Simples Nacional, integrado pelas empresas optantes.

3. Importa, no caso em debate, o sistema como um todo, não a forma pela qual cada tipo de imposto é cobrado isoladamente, sendo inviável acolher a pretensão da recorrente de cindir o Simples Nacional para afastar a antecipação do ICMS prevista no § 1º, inciso XIII, alínea "g", do art. 13 da Lei Complementar Federal nº 123/2006. Em outras palavras, aplicam-se todas as normas do Simples Nacional ou nenhuma, não se admitindo a criação de um sistema híbrido, um *tertium genus* para efeito da cobrança de tributos das MEs e das EPPs, formado, apenas, pelas normas mais benéficas, extraídas do sistema comum e do sistema especial.

4. Ausência de contrariedade aos princípios constitucionais da igualdade e da capacidade contributiva, salientando-se que a optante pelo Simples Nacional é, sempre, beneficiada em relação às empresas médias ou de grande porte.

5. Nos termos do art. art. 13, VII e § 1º, "g", da Lei nº 123/2006, em determinadas hipóteses, caberá ao contribuinte ou responsável, a título de ICMS, pagar um determinado percentual no documento único de arrecadação e, ainda, antecipá-lo "nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento". Com efeito, não se cuida de um *bis in idem*, mas, sim, da obrigação de recolher um único imposto (ICMS) calculado parte de uma forma e parte de outra, somando-se as importâncias alcançadas, inexistindo dupla tributação.

6. Princípio da não cumulatividade não violado, sendo absolutamente desnecessário abater da antecipação o valor do ICMS incluído no "documento único" previsto no caput do art. 13.

7. Inaplicável o art. 152 da Constituição Federal, o qual busca, tão somente, impedir a chamada "guerra fiscal", não tratada neste feito.

Discute-se nos presentes autos a simples opção de enquadramento no Simples Nacional e a consequente obrigação de se submeter às suas regras, integralmente.

8. Não se estando diante da criação ou majoração de tributos, mas de um regime mais benéfico de tributação, não incide a norma do 150, III, "b" e "c", da Constituição Federal, pertinente ao princípio da anterioridade. Ademais, a Lei Complementar nº 123/2006 foi publicada em 15.12.2006, entrando em vigor, na parte relativa ao "regime de tributação das microempresas e empresas de pequeno porte" somente em 1º de julho de 2007, conforme disposto no art. 88 da própria Lei Complementar (texto original). Assim, mesmo não se cuidando de instituição ou de majoração de tributos, o referido diploma satisfaz o mencionado art. 150.

9. Recurso ordinário não provido.

(STJ, RMS 29.568/AM, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 30/08/2013)

Ante o exposto, nego provimento à apelação, nos termos da fundamentação.

É como voto.

NERY JÚNIOR
Desembargador Federal Relator

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): NERY DA COSTA JUNIOR:10037

Nº de Série do Certificado: 11A21703044B8ADB

Data e Hora: 27/11/2017 19:00:58
