

**A. I. N.º** - 152846.0001/11-3  
**AUTUADO** - TECH-MED COMÉRCIO DE PRODUTOS MÉDICOS LTDA.  
**AUTUANTE** - MÁRCIA SOLANGE ARAÚJO DAMASCENO  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 18. 04. 2012

#### **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0062-01/12**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE INCLUSÃO NA RECEITA BRUTA NO PGDAS DE OPERAÇÕES ISENTAS. Restou comprovado que a receita auferida nas vendas de mercadorias isentas não deve ser excluída da base de cálculo do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos (Simples Nacional). Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2011, foi imputada ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$82.043,10 em razão de considerar receita tributável como não tributável, no período de janeiro a dezembro de 2009. Sendo aplicada a multa de 75%.

Constam dos autos além do Demonstrativo de Débito, fl. 03, Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, fl. 04, Termo de Arrecadação de Livros e Documentos, fl. 05, Planilhas de Apuração do Débito, fls. 06 a 09, Extratos do Simples Nacional, fls. 10 a 33, relação das Notas Fiscais emitidas em 2009, fls. 37 a 70.

O autuado em sua defesa, fls. 75 a 81, esclarece inicialmente que é cadastrado na JUCEB tendo como atividade precípua é comercialização de Prótese de Silicone para cirurgias e que, com base na sua receita bruta e demais requisitos legais exigidos é optante do Simples Nacional desde 01/07/2007.

Destaca que as operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, inclusive a comercialização de Prótese de Silicone estão isentas do pagamento do ICMS desde 1999 por força do Convênio 01/99, prorrogado até 31/12/2011 – item 73 do Anexo Único, celebrado entre o Ministério da Saúde e o Estado da Bahia, junto com outras Unidades da Federação.

Afirma que, a despeito de afastada a hipótese de incidência do tributo, a autuante com motivação vaga lhe imputou a falta de recolhimento do ICMS por ter considerado receita tributável como não tributável.

Depois de citar o art. 5º, LV, da Constituição Federal - CF e a alínea “a” do item IV do art. 18 do RPAF, requer, em caráter preliminar, a nulidade do Auto de Infração por pecar pela inexistência de discriminação minuciosa dos fatos omitindo a fundamentação para a origem e a natureza do crédito tributário carecendo dos elementos mínimos para que validamente pudesse se defender.

Em relação ao mérito aduz que está amparada por lei e pela celebração de acordos pelo instituto da isenção que se constitui hipótese de exclusão do crédito tributário, não havendo como surgir crédito tributário a ser reclamado pelo Fisco, tudo nos termos do art. 150 da CFE do CTN arts. 176 a 179. Para ilustrar e corroborar seu argumento acerca da natureza da isenção transcreve trecho de obra do

tributarista Souto Maior Borges e de decisão do STF que aplica a Súmula 575 no RE 113711 relatado pelo Min. Moreira Alves na Primeira Turma julgado em 26/06/1987.

Assevera que, de acordo com o art. 146, III, “d” da CF e do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006, o Simples Nacional é aplicável ao caso em tela, pois concede tratamento diferenciado de tributação às microempresas e empresas de pequeno porte com o fito de evitar a concorrência desleal.

Reproduz também o Convênio ICMS 01/99 com o objetivo de reiterar sua pretensão de que, como sua atividade precípua consiste na comercialização de Próteses de Silicone utilizadas em procedimentos cirúrgicos, em princípio sujeitar-se-iam ao ICMS, no entanto, deve prevalecer a isenção expressamente concedida no aludido convênio.

Conclui reiterando seu pedido de nulidade do Auto de Infração, ante a ausência de elementos de motivação, ou, alternativamente quanto ao mérito, a nulidade pelo reconhecimento da isenção.

O autuante prestou informação, fls. 103 a 106, cujo teor sintetizo a seguir.

Inicialmente afirma que a defesa apresentada pela autuada não traz nenhum elemento capaz de ilidir o lançamento efetuado, uma vez que o autuado não apresentou levantamento algum, não questionou e nem se insurgiu contra os levantamentos apresentados pela fiscalização.

Destaca que efetivamente o Convênio ICMS 01/1999 concede isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, e dentre os produtos arrolados no anexo único desse convênio encontra-se a Prótese de Silicone que é comercializada pela autuada, razão pela qual a autuada alega que as saídas dessa mercadoria seriam isentas. Enfatiza que essa alegação não se aplica ao lançamento efetuado, uma vez que não se trata de tributar as operações de saída promovidas pelo autuado que é optante do Simples Nacional, mas de exigir o ICMS sobre a receita bruta em razão de a autuada está enquadrada um regime tributário diferenciado e simplificado, aplicável às microempresas e empresas de pequeno porte.

Sustenta que a alegação de que o autuado comercializa produtos isentos na sua saída não é capaz de ilidir a autuação, por total carência de base legal, porque, não há como se aplicar aos contribuintes que optaram pelo regime simplificado do Simples Nacional a isenção estabelecida na legislação do ICMS para as empresas que se enquadram na sistemática da não cumulatividade, já que aquele regime é regido pela Lei Complementar nº 123/2006, que não prevê tal isenção e é posterior ao Convênio ICMS 01/1999.

Diz que a infração cometida pelo autuado foi ter considerado receita tributável como não tributável, já que não apurou o imposto devido por que entender que a sua receita é decorrente de operação com mercadorias isentas e não é tributável. Portanto, contrariamente ao que consta no art. 18 da Lei Complementar nº 123/2006, que transcreve, onde resta demonstrado que há incidência sim.

Acrescenta que, ao contrário do que aduz o autuado em sua defesa, a infração tipificada no presente lançamento não é vaga, ressaltando a adequação do enquadramento legal adotado e a conformidade com o disposto no art. 18 do RPAF, por possuir o Auto de Infração elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Esclarece que, apesar da defesa apresentar lição de doutrinador e julgamento do STF demonstrando que a isenção é uma dispensa legal do pagamento de determinado tributo, essa argumentação trazida pela autuada não colide com a exigência tributária constante do presente auto de infração, uma vez que está prevista na sistemática do Simples Nacional.

Assevera que o autuado equivoca-se ao pretender se beneficiar de isenção prevista no convênio 01/99, pois essa legislação não se aplica aos contribuintes que fizeram a opção pelo Simples Nacional, conforme preceito contido no art. 24 da LC nº 126/2006, que reproduz. Acrescenta que a isenção é um tipo de incentivo ou benefício fiscal, pois elimina diretamente respectivo ônus tributário, e sendo assim, conforme o disposto o art. 24 não poderá ser aplicada aos contribuintes do Simples Nacional.

Depois de transcrever os arts. 12 e 13 da Lei Complementar 123/2006, observa que o autuado ao fazer a opção pelo Simples Nacional, implicou na aceitação do Regime Unificado e Simplificado de Arrecadação. Arremata esclarecendo que esse regime possui na receita bruta o referencial, tanto para a identificação ou determinação da alíquota a ser aplicada, quanto para determinação da base de cálculo do ICMS, ou seja, para se calcular o imposto devido no Regime do Simples Nacional, não há que se falar em saída específica desta ou daquela mercadoria, mas no montante da Receita Bruta que servirá para o cálculo de todos os tributos previstos no art. 13 da referida LC.

Conclui mantendo o lançamento por ter sido realizado de acordo com a legislação e afirmando que a defesa apresentada não foi capaz de ilidi-lo, além de não ter sido contestado os números, nem os levantamentos quantitativos constantes do presente auto de infração, portanto concorda com os valores constantes com relação a base de cálculo e ao ICMS lançado.

#### **VOTO**

De plano rejeito as preliminares de nulidade, haja vista que a descrição do fato apontado no Auto de Infração, bem como, os demonstrativos e levantamentos que fazem parte da acusação fiscal indicam como foi apurado o imposto, tendo o sujeito passivo em sua defesa, ao adentrar no mérito da ação fiscal, demonstrado ser conhecedor de todos os elementos que deram origem ao lançamento do crédito tributário, inexistindo qualquer impedimento que justifique ter havido cerceamento de defesa ou falta de motivação para a exigência do crédito tributário. Assim, não se enquadra em nenhuma das hipóteses elencadas no art. 18 do RPAF/99 as nulidades pretendidas.

O lançamento de ofício, ora impugnado, imputa a falta de recolhimento de ICMS em razão de o autuado no período fiscalizado de 2009 ter considerado receita tributável como não tributável.

Da análise dos elementos que compõem os presentes autos depreende-se nitidamente que o autuado optante do Simples Nacional desde 01/07/2007, com fundamento do Convênio ICMS 01/1999 que isentou do ICMS e do IPI as operações com Prótese de Silicone para cirurgia, entendeu que essas operações, que se constituem na quase totalidade de suas transações comerciais, deveriam ser excluídas do cálculo da Receita Bruta e, efetivamente, as excluiu, fls. 10 a 33.

Registre-se que a adesão ao Simples Nacional é facultativa e não compulsória. Constituindo-se em submissão a um regime específico de apuração simplificado com base na Receita Bruta auferida pelo optante que serve de parâmetro unificado para o cálculo de vários impostos, contribuições fiscais e previdenciárias.

A Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Simples Nacional em seu art. 24, a seguir reproduzido, estabelece a vedação da utilização de qualquer valor a título de incentivo fiscal.

*Art. 24. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não poderão utilizar ou destinar qualquer valor a título de incentivo fiscal.*

Como se depreende do dispositivo legal, ao optar pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições fica o contribuinte impedido de utilizar simultaneamente qualquer benefício ou desoneração tributária.

Ademais, como a apuração da base de cálculo no Simples Nacional depende da Receita Bruta auferida, da análise do art. 18 e dos §§ 1º e 4º, itens I a V da Lei Complementar nº 123/06, que trata das Alíquotas e Base Cálculo, a seguir reproduzido, verifica-se não restar dúvida alguma de que inexistente, sob qualquer pretexto, previsão para redução ou eliminação parcial da receita de vendas de mercadorias.

*Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar.*

*§ 1º Para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração.*

[...]

*§ 4º O contribuinte deverá considerar, destacadamente, para fim de pagamento:*

*I - as receitas decorrentes da revenda de mercadorias;*

*II - as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte;*

*III - as receitas decorrentes da prestação de serviços, bem como a de locação de bens móveis;*

*IV - as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária e tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, antecipação tributária com encerramento de tributação;*

*V - as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou da sociedade de propósito específico prevista no art. 56 desta Lei Complementar.*

Assim, entendo que o contribuinte optante do Simples Nacional, por total falta de previsão legal, não pode excluir da receita bruta decorrente da revenda de mercadorias qualquer valor, mesmo se tratando de mercadorias amparadas por isenção, uma vez que o sistema de apuração do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições é exclusivo e não contempla a exclusão de qualquer mecanismo ou instituto tributário. Na utilização da Receita Bruta para o cálculo do imposto devido é necessário que o contribuinte apenas considere destacadamente as diversas receitas para fim de pagamento.

Poderia o contribuinte, ao fazer sua opção pelo Regime Simplificado, proceder a uma análise sobre a conveniência, ou não de aderir ao Simples Nacional, já que, sendo a preponderância de suas operações isentas, caberia uma avaliação comparando a repercussão da adoção de Regime Normal de Apuração.

Depois de examinar as planilhas de apuração elaboradas pelo autuante, fls. 06 a 70, constato a infração em questão afigura-se devidamente caracterizada, bem como a aplicação da multa prevista no art. 35 da Lei Complementar nº 123/06.

Isso posto, voto pela PROCÊDENCIA do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **152846.0001/11-3**, lavrado contra **TECH-MED COMÉRCIO DE PRODUTOS MÉDICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$82.043,10**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da Lei Complementar 123/06 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de abril de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR