

**PROCESSO** - A. I. Nº 152846.0001/11-3  
**RECORRENTE** - TECH-MED COMÉRCIO DE PRODUTOS MÉDICOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0062-01/12  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 28.11.2013

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0380-12/13

**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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2011 para cobrar ICMS e multa de 75% sobre o valor histórico de R\$82.043,10, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

*Infração 01 - Deixou de recolher ICMS em razão de considerar recita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo)."*

O Contribuinte apresentou Defesa administrativa às fls. 71 a 81, contestando a infração e pedindo a improcedência do lançamento. Por seu turno, o Fiscal Autuante apresentou Informação Fiscal às fls. 103 a 106, rebatendo alegações defensivas e pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento perante 5ª JF, que decidiu pela procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

### “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 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."*

Inconformado com a Decisão recorrida, a empresa interpõe tempestivamente Recurso Voluntário (fls. 125/130), pois entende que a Autoridade Julgadora de primeira instância não aplicou a melhor justiça ao caso.

Inicia a sua peça impugnatória historiando os argumentos expostos no Acórdão de 1º Grau. Alega que o enquadramento do contribuinte ora recorrente ao SIMPLES NACIONAL deu-se de modo automático tão logo a LC 123/2006 foi instituída. Assevera que se "tal inscrição dependesse de uma opção expressa, igualmente optaria o recorrente pelo regime simplificado por, de fato, ter procedido a uma avaliação prévia de conveniência quanto ao meio de apuração que melhor atendesse às suas necessidades no aspecto tributário".

Fala que a JJF creditou ao caput do art. 24 da LC 123/06 a vedação absoluta da utilização de qualquer fator de benefício ou incentivo fiscal e muito menos de desoneração tributária. Entretanto, ressalta que o parágrafo único do referido art. 24, elucida e fecha a interpretação da cabeça do dispositivo.

Interpretando a citada norma, propala que *"a própria distinção entre o que deve ser entendido como ocorrências de incentivo fiscal ("alterações em bases de cálculo...") e isenção propriamente dita que é a exclusão da regra de incidência por expressa manifestação legal"*. Com essa posição, diz que não caberia exigir do Recorrente a obrigação tributária uma vez que é beneficiado por uma isenção expressa do Convênio ICMS 01/99 do CONFAZ, do qual o Estado da Bahia é signatário.

Em relação ao aspecto de validade e vigência entre a Lei Complementar e ao instrumento normativo que institui a isenção das mercadorias comercializadas pela Recorrente, argumenta que a LC 123/03 afasta as hipóteses de incentivo fiscal, como bem revela a exegese dada pelo parágrafo único do seu art. 24, assim entendido como uma vedação a concessão *"àqueles contribuintes no que tange apenas às alterações ou qualquer outro fatores que alterem o valor do imposto, pressupondo, portanto, que o mesmo é aplicável ao fato concreto, algo que não ocorre nas hipóteses legais listadas como isentas"*.

Em outra senda, afirma que, contrariamente ao que se aventou na Decisão de piso, não houve a revogação da norma que institui a isenção pela Lei Complementar, uma vez que *"a rigor, não há conflitos de normas no aspecto material"*, já que se complementariam. Neste aspecto, afirma que o referido Convênio foi renovado até a data de 30/04/2014, consoante consulta ao site do CONFAZ.

Socorre-se das lições de professor Luciano Amaro sobre o que seriam as regras de incidência, não-incidência, imunidade e isenção, para então afirmar que *"para que o ente recorrente pudesse reclamar o tributo (...), teria de demonstrar que ao contribuinte nenhuma norma de isenção aproveitar-lhe-ia pelo simples fato de inexistir ou de ter sido revogada"*. Neste ponto, entende que o art. 24 da LC 123/06 não revoga a isenção concedida pelo Convênio ICMS 01/1999, pois a norma da Lei Complementar trata *"de institutos que são bem diversos do da isenção ao mencionar "incentivos fiscais" e no seu parágrafo único explicitar o que seriam estes"*.

Reafirma que o Convênio ICMS 01/99 está em pleno vigor, sendo recentemente renovado até o ano de 2014. Lembra que tal convênio não foi denunciado por parte de qualquer dos entes federado signatários, e que em relação ao Estado da Bahia, não é crível *"que sua máquina fiscal queira agora tributar uma situação que ele mesmo firma, em conjunto com todos os demais estados, isenta"*.

Colaciona lição do prof. Ricardo Alexandre quanto a natureza jurídica dos Convênios, para então dizer que a fundamentação esposada no voto do eminente julgador da instância primeira administrativa não deve prevalecer, afastando-se a ideia de que o SIMPLES nacional é apurado através da Receita Bruta auferida, sem exclusão das receitas sobre mercadorias isentas, pois a aplicabilidade do art. 18 e §§ da LC 123/06 dependeria de uma premissa: a isenção em favor do contribuinte.

Sob esse prisma, alega que não se trata de pretexto *"para a redução ou eliminação da receita proveniente de revenda de mercadorias, mas sim, de verdadeira hipótese de exclusão do crédito tributário conforme previsão do art. 97, VI c/c 176, ambos do CTN"*.

Ao final, pede pelo Provimento do Recurso Voluntário, para tornar insubsistente o Auto de Infração.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário que tem por objeto a revisão da Decisão de primo grau, para que se julgue improcedente o Auto de Infração em epígrafe. A tese do Contribuinte é de que não deve ser contabilizada, para o pagamento do Simples Nacional, a receita proveniente das mercadorias isentas de ICMS, no caso, próteses de silicone para cirurgia.

Em que pese o respeitável argumento do Contribuinte, entendo que a legislação vigente não dá respaldo legal a sua tese.

Como bem apontado pela JJF, a base de cálculo do Simples Nacional está prevista no art. 18 da Lei Complementar nº 123/06, correspondendo a Receita Bruta auferida pela empresa.

*Pari passu*, o art. 24 da mesma Lei Complementar veda a utilização de qualquer valor a título de incentivo fiscal. Realmente, a intenção da lei é fazer um sistema próprio de apuração da cesta de tributos de todos os entes da federação, visando facilitar o recolhimento da carga tributária.

Com bem disse o Recorrente, realmente não houve uma revogação do Convênio ICMS 01/1999 pela Lei Complementar 123/06, ou seja, a isenção continua a valer. No entanto, o motivo da existência e validade de ambas as normas advém do fato de versarem sobre sistemas de tributação distintos: a Lei Complementar somente vale para os que aderem à suas disposições, observados os requisitos legais, enquanto que o Convênio incide para os contribuintes que recolhem o ICMS de forma ordinária ou normal.

Esse é o exato motivo pelo qual não se dá guarida a tese recursal.

Ressalte-se que a Lei Complementar 123/06 prevê nos §§ 18, 19, 20 e 20-A do próprio artigo 18, normas específicas para concessão de isenções ou reduções dos impostos para o recolhimento simplificado, mas desde que sejam também respeitadas as regras previstas na Resolução CGSN nº 52/2008, o quê não é o caso do Convênio ICMS 01/1999.

Em suma, não resta dúvida que o Convênio ICMS 01/1999 somente incide para os contribuintes que não optem pelo Simples Nacional, pois neste método de recolhimento simples, as alíquotas e as bases de cálculo já são diferenciadas, afastando-se os benefícios fiscais concedidos fora do sistema simplificado de apuração, consoante a própria previsão legal acima citada.

Como dito pelos julgadores de piso, a adesão pelo Simples Nacional é opcional, devendo ser feita conforme as especificidades de cada contribuinte. Em muitos casos, o regime normal de apuração do ICMS é muito mais benéfico do que o dito regime simplificado, devido a abrangência das normas isentivas, que não incidem no âmbito do Simples Nacional. Entendo que este é um dos casos em que o Contribuinte seria mais beneficiado caso tivesse sua apuração de ICMS através do regime normal ao invés do sistema simplificado.

Diante do tudo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão de piso.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **152846.0001/11-3**, lavrado contra **TECH-MED COMÉRCIO DE PRODUTOS MÉDICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente 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 nº 123/06 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS