

PROCESSO - A. I. Nº 232331.0001/16-0
RECORRENTE - HEALTH BRASIL COMÉRCIO ATACADISTA DE MEDICAMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0199-03-16
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/02/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0017-12/17

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. MICROEMPRESA. **a)** RECOLHIMENTO NÃO EFETUADO. **b)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Razão assiste ao recorrente, tendo em vista que as empresas optantes pelo regime do Simples Nacional, no caso de saídas pela comercialização de produtos com previsão legal de isenção de ICMS, se excluir os valores respectivos da base de cálculo do tributo a recolher em relação à parcela correspondente ao ICMS, desde que, o que se constata na autuação, haja vistas que essa previsão há na legislação estadual e não havendo qualquer restrição na Lei Complementar nº 123/2006 de modo a afastar aquele benefício. Infrações insubstinentes. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe referente à exigência do valor de R\$102.730,50 a título de ICMS, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – 17.01.01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente aos meses de janeiro a novembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$82.354,26, acrescido da multa de 75%. Consta ainda a seguinte informação: “O contribuinte declarou receitas numa condição de isenção não contemplada na LC 123/08, de forma que, deixou de oferecer à tributação as receitas auferidas com as vendas de suas mercadorias conforme determinação do art. 18 a 21 da referida Lei, incorrendo, assim, nas infrações de omissão de recolhimento e recolhimento a menor do ICMS – Simples Nacional.

INFRAÇÃO 2 – 17.02.01: Efetuou recolhimento a menor do ICMS declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, nos meses de julho a dezembro de 2015, em razão de erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, sendo exigido o valor de R\$20.376,24, acrescido da multa de 75%.

A 3ª JJF julgou o Auto de Infração Procedente em Parte consignando o seguinte voto:

“VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, não ter recolhido (infração 01) ou ter recolhido a menor (infração 02) o ICMS. Consta ainda na descrição dos fatos que ” O contribuinte declarou receitas numa condição de isenção não contemplada na LC 123/08, de forma que, deixou de oferecer à tributação as receitas auferidas com as vendas de suas mercadorias conforme determinação do art. 18 a 21 da referida Lei, incorrendo, assim, nas infrações de omissão de recolhimento e recolhimento a menor do ICMS – Simples Nacional.”

Em sua defesa, a empresa autuada alega que a fiscalização exigiu o pagamento do imposto sobre mercadorias destinadas a animais de grande porte, produtos agropecuários, que gozam do benefício fiscal de isenção conforme determinado no art. 264 do RICMS/BA.

Não há como prosperar este argumento. O Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar 123/2006,

que estabelece um 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, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

O Art. 13 da referida Lei determina que através de um único recolhimento mensal, o contribuinte efetue o pagamento de diversos impostos e contribuições:

I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ;

II - Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;

IV - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

V - Contribuição para o PIS/PASEP, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar;

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

Por outro lado o inciso XIII do §1º do artigo anteriormente citado dimensiona, especificamente as operações alcançadas pelo ICMS que estão excluídas do cálculo do Simples Nacional:

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

a) nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;

b) por terceiro, a que o contribuinte se ache obrigado, por força da legislação estadual ou distrital vigente;

c) na entrada, no território do Estado ou do Distrito Federal, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gaseosos dele derivados, bem como energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou industrialização;

d) por ocasião do desembarque aduaneiro;

e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal;

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;

2. 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;

h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

Já o art. art. 320 do RICMS/BA assim determina:

“Art. 320. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos fiscais relativos ao ICMS, bem como não poderão utilizar qualquer valor a título de incentivo fiscal.”

Ressalto que o ingresso ao Simples Nacional é uma prerrogativa do contribuinte. Compete a ele avaliar se é vantajoso ou não essa opção em comparação com a adoção do regime normal de apuração do imposto, que utiliza o regime de conta - corrente fiscal. Neste caso, às operações isentas não são oferecidas à tributação, o

que não é o caso ora analisado já que o contribuinte é optante pelo Simples Nacional.

Dessa forma entendo correto o procedimento do autuante em calcular o imposto considerando às operações beneficiadas com a isenção, nas infrações 01 e 02, entretanto, observo em relação à infração 02, que no demonstrativo de fl. 29, que serviu de base para a exigência de ambas infrações, não foi considerado nos meses de julho e dezembro de 2015 o valor do ICMS declarado no Extrato do Simples Nacional, conforme documentos de fls. 20 e 25, nos valores de R\$49,41 e R\$ 325,46, respectivamente. Feita a devida exclusão, o valor da infração 02 referentes aos meses de julho e dezembro fica alterado para R\$8.826,12 e R\$11.145,22, respectivamente, totalizando o montante de R\$20.001,34.

Assim, concluo pela subsistência total da infração 01 e parcialmente a infração 02.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário, irresignado, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, às fls. 71/81, discorre sobre a decisão da 3ª JJF, a tempestividade do recurso ora apresentado e da necessidade de revisão do julgamento.

Passa a analisar as infrações imputadas e trechos do acórdão em lide para apontar: (...) que: *Com base no relatório e fundamentação apontada pelo Acórdão ora recorrido, o órgão julgador chegou à conclusão exarada tomando por base as informações prestadas pelo agente fiscal autuante que, em sua interpretação da legislação entende, basicamente, que empresas optantes pelo Simples Nacional não podem gozar de benefícios fiscais de isenção e que, supostamente haveria falta de autorização legal. Fez citação à LC 123/06 e ao RICMS/BA.*

Aduz que o autuante fundamentou a sua acusação alegando que o Contribuinte havia declarado receitas em uma condição de isenção não contemplada na LC 123/06, para apontar que essa mesma lei, no § 20 do art. 18, assim estabelece:

§20 Na hipótese em que o Estado, o Município ou o Distrito Federal concedam isenção ou redução do ICMS ou do ISS devido por microempresa ou empresa de pequeno porte, ou ainda determine recolhimento de valor fixo para esses tributos, na forma do § 18 deste artigo, será realizada redução proporcional ou ajuste do valor a ser recolhido, na forma definida em resolução do Comitê Gestor.

E, assim, aponta:

Vale dizer, em se tratando de ICMS, em que pesa a competência e autonomia de cada estado, certos aspectos necessitam regulação em caráter nacional para evitar conflito interestadual. Este é o caso dos benefícios fiscais. Através do Conselho Nacional de Fazenda – CONFAZ, convênios são firmados entre os entes estaduais para que não haja a chamada guerra fiscal. Ou seja, embora tenha autonomia, um determinado estado para instituir certa benesse fiscal tem de ser autorizado via Convenio CONFAZ, como sói ocorrer no caso em debate.”

E conclui:

Portanto, ao contrário do afirmado pelo agente autuante, existe, sim, previsão legal para a concessão e gozo de benefícios/incentivos fiscais por parte de empresas optantes do Simples Nacional.

Argui a nulidade do auto de infração, por ter o ato administrativo violado ao princípio da legalidade e a fundamentação do Auto de Infração equivocado, impossível de ser emendado e convalidado.

Salienta que: *Ao verificar a fundamentação das infrações, percebemos os motivos que levaram, em tese, o agente a praticar tal ato. No entanto, não se pode olvidar no que tange ao embasamento legal utilizado. Importante destacar aqui que, não basta apenas indicar o motivo de forma clara. A fundamentação deve indicar de forma expressa e precisa qual ou quais dispositivos encontram-se infringidos, sob pena de cerceamento de defesa e ofensa direta ao princípio da legalidade, inclusive com desvio de finalidade do ato.*

Pois bem. Neste aspecto, o Auto de Infração incorre em erro pois, o enquadramento legal utilizado pelo agente fiscal autuante para as duas infrações apuradas foi o art. 21, inciso I, da LC 123/06, transscrito abaixo:

Art. 21. Os tributos devidos, apurados na forma dos arts. 18 a 20 desta Lei Complementar, deverão ser pagos:

I - por meio de documento único de arrecadação, instituído pelo Comitê Gestor;

E aponta: *Ora, a grande dúvida que surge, então, da leitura do auto é: a autuação se deu porque não houve qualquer recolhimento no período? Ou porque recolheu, mas o fez com a guia equivocada e por isso, o sistema de controle do Fisco não reconheceu o pagamento?*

O agente fiscal não deixou isso claro. No enquadramento legal das infrações deveria ter determinado, de forma precisa, a matéria tributável com a indicação do artigo de lei correto, tal como prevê o art. 142, do CTN. Afinal, ainda que se trate de um auto de infração, este também é uma forma de lançamento do crédito tributário e não podem haver vícios em sua constituição.

Portanto, o que se verifica é uma incongruência entre a conduta fática apurada pelo fiscal e o respectivo enquadramento legal formalizado no auto de infração. Como bem ressaltado acima, durante a autuação, o preposto deveria observar tais parâmetros ao enquadra a conduta fática, o que não fez. Nesta senda, outra solução não há senão pela improcedência do auto de infração haja vista grave defeito na sua fundamentação, em violação direta ao art. 142, CTN.

Destaca ainda que questão que impele a reforma da decisão recorrida, no que tange a clareza dos argumentos que embasaram o julgamento realizado.

In verbis:

Os dois primeiros pontos grifados, dizem respeito a própria fundamentação da autuação. Como se percebe, na primeira infração, o preposto fazendário consignou que foi apurado o período compreendendo os meses de janeiro a novembro de 2015, ao passo que na segunda infração apurou-se, especificamente, os meses de julho e dezembro de 2015. A dúvida surge quanto a um possível bis in idem pelo agente fiscalizador quando consigna os períodos acima destacados, especialmente no que tange ao mês de julho de 2015 que, conforme faz prova a afirmação contida no auto pode ter sido objeto de dupla tributação e penalizado em duplicidade, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, o trecho que causa maior preocupação é o seguinte:

“Da leitura dos mencionados dispositivos legais constato que o cálculo do imposto devido pelas empresas optantes pelo Simples Nacional deve ser efetuadas sobre a receita bruta auferida no mês sendo excluídas em relação ao ICMS, as operações elencadas no inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123 acima transcrita não incluindo portanto, as operações alcançadas pelo benefício da isenção como questionado pelo sujeito passivo. (sic)”

Afinal, exclui ou não exclui da base de cálculo as operações alcançadas pelo benefício da isenção? E se exclui, por que então a Recorrente foi objeto de autuação, se as receitas que foram analisadas dizem respeito justamente àquelas beneficiadas pela isenção prevista no art. 264, do RICMS, autorizada pelo Convenio CONFAZ 100/97?

Não há resposta que se possa extrair do auto de infração impugnado para as dúvidas acima ventiladas. Isto porque o próprio auto possui defeitos que impedem a sua plena compreensão.

Daí que tais imprecisões não podem prosperar. Diversos são os pontos controversos no julgamento e os equívocos apontados geram dúvida razoável para o Contribuinte/Recorrente colocando em xeque o acórdão e, consequentemente, o auto de infração impugnado. Necessário, portanto, o conhecimento e provimento do presente recurso para reformar a decisão proferida pela 3ª Junta para anular o auto de infração recorrido.

Ao final requer:

Ante o exposto, considerando as razões acima aduzidas, o Recorrente pugna que esta colenda Câmara receba e dê provimento ao Recurso Voluntário e, via de consequência, reforme a decisão de 1ª instância, para declarar a improcedência total do Auto de Infração impugnado, ora recorrido, tendo em vista as flagrantes ilegalidades.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, ao rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 3ª JJF deste CONSEF, Acórdão JJF 0199-03/16, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento da exação do tributo apurado na ação fiscal.

Inicialmente, tendo em vista que o Recorrente arguiu a Nulidade do Julgamento, por violação do princípio da legalidade e fundamentação equivocada da decisão que teria defeitos que

impossibilitaria a sua plena compreensão, cabe-me destacar que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram atendidos, inclusive aqueles referentes à LC 123/06. E que as imputações foram lançadas de forma clara, as bases de cálculo restam demonstradas e foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão. Também concluo que estão respeitados neste procedimento administrativo fiscal todos os direitos e garantias do Contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo.

Passando a examinar o mérito verifico que o Recorrente, em suas razões recursais, questiona o entendimento do Autuante quanto à impossibilidade de as empresas optantes pelo regime do Simples Nacional gozarem benefícios fiscais de isenções.

Entendo que razão assiste ao recorrente, tendo em vista que as empresas optantes pelo regime do Simples Nacional, no caso de saídas pela comercialização de produtos com previsão legal de isenção de ICMS, podem, sim, excluir os valores respectivos da base de cálculo do tributo a recolher em relação à parcela correspondente ao ICMS, desde que, conforme pode se constatar na autuação em comento, haja essa previsão na legislação estadual e não havendo qualquer restrição na Lei Complementar nº 123/2006 de modo a afastar aquele benefício.

Devo ressaltar que esse entendimento tem precedente nesse CONSEF, grafado no Voto do i. Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, nesta 2ª CJF, ao julgar o Recurso Voluntário ao Acórdão JJF nº 0055-06/14, referente ao Auto de Infração lavrado contra o contribuinte Igor Sattler Vieira, a seguir transscrito:

(...)

"As alegações recursais, basicamente, se resumem à tese defensiva de que o contribuinte é optante do Simples Nacional, mas que todas as saídas objeto da presente autuação foram de ração animal, que são isentas, a exemplo do que determinam os convênios 70/1991, 100/1997 e 54/2012. Também fundamentou sua tese da isenção com o inciso XVIII, do art. 264 do Decreto 13780/12 (RICMS/12).

Assim, entende que não podem compor a Base de Cálculo do Simples, para fins de ICMS, os produtos amparados por isenção.

Aduz que a restrição trazida pelo art. 24 da LC 123/06 se aplica a incentivos fiscais, que possui conceito jurídico distinto de isenção fiscal, tanto assim é que o próprio sistema gerador do DAS prevê a possibilidade de dedução das vendas isentas e com redução de base de cálculo.

É indubitável a influência que o sistema tributário tem sobre qualquer atividade econômica, principalmente sobre as mais frágeis, que tem suas estruturas fortemente abaladas diante das mínimas variações nos encargos tributários sobre elas.

Atento a esta realidade, o constituinte erigiu expressamente as micro e pequenas empresas a uma situação de indvidoso privilégio, mormente no que tange ao arcabouço tributário incidente sobre elas. De fato, a Carta Magna, em diversos dispositivos ordena o estabelecimento de tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas.

O art. 146, inciso III, alínea "d", da Constituição Federal, insere no rol de matérias tributárias que devem ser estabelecidas através de lei complementar a definição de tratamento diferenciado, favorecido e, ainda, simplificado para as micro e pequenas empresas.

Mais adiante, no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, a Constituição prevê no art. 170 o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte brasileiras como um princípio geral da atividade econômica. O art. 179 reforça o entendimento extraído dos já referidos artigos, direcionando a todos os entes federativos a exigência de atribuir às microempresas e às empresas de pequeno porte o tratamento jurídico diferenciado, de modo a simplificar as suas obrigações não somente tributárias, mas também administrativas, previdenciárias e creditícias.

Considerando a imprescindibilidade de se tratar diferencialmente os desiguais, é de suma importância que se forneça um tratamento privilegiado para quem não detém uma estrutura economicamente robusta. E é neste quadro de fragilidade financeira em que se enquadram as micro e pequenas empresas.

O tratamento privilegiado decorre, ainda, de uma necessidade econômica e social patente: as micro e pequenas empresas são responsáveis no Brasil pelo acolhimento de uma parcela considerável de trabalhadores, seja de modo formal ou informal, servindo de importante via contra o desemprego.

Considerando as diretrizes constitucionais de proteção às microempresas e empresas de pequeno porte, a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, as enquadrou em um regime diferenciado e simplificado de

arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos compartilhado entre os entes federativos, denominado Simples Nacional. Trata-se de um modo facultativo de recolhimento de oito tributos: Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ); Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI); Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL); Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS); Contribuição para o PIS/Pasep; Contribuição Patronal Previdenciária (CPP); Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS); e Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS). Não há dúvidas de que é uma alternativa interessante para as micro e pequenas empresas que desejam diminuir os custos da gestão tributária, dada a sofisticação deste regime simplificado.

Deste introito, percebe-se que própria finalidade de simplificar e diminuir os encargos tributários que recaem sobre as microempresas e empresas de pequeno porte, segundo a determinação da Constituição Federal, acaba por ser vilipendiada pela lógica segundo a qual o contribuinte, ao adotar pelo Simples Nacional, abre mão da isenção que antes lhe beneficiava.

Com efeito, o princípio esculpido na ordem econômica que busca favorecer aquelas empresas por conta da sua fragilidade econômica e pela sua importância social é amesquinhado de modo injustificável. Diversos outros princípios constitucionais ainda são desrespeitados nessa contraditória postura em afastar a isenção instituída pelo Estado da Bahia.

Uma leitura mais atenta aos dispositivos que norteiam o entendimento expresso no voto atacado pelo contribuinte demonstra que, realmente, o ordenamento jurídico não peca pela contradição supracitada.

De fato, a lei complementar nº 123/2006 não busca onerar o contribuinte que outrora era beneficiado pela isenção, ao estabelecer em seu art. 24, que “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 demonstrado pelo autuado na defesa colacionada aos autos, ao trazer lição de Kiyoshi Harada, torna-se necessário distinguir isenção de incentivo fiscal, de modo que não há que se fazer confusão entre os institutos. Assim, é que naquele diploma supracitado não há qualquer dispositivo que impeça a fruição da isenção por parte da microempresa ou empresa de pequeno porte, ao optar pelo Simples Nacional.

A mesma lei complementar igualmente não afasta a possibilidade de o contribuinte manter a isenção que lhe beneficia quando estabelece no parágrafo único do art. 24 que “Não serão consideradas quaisquer alterações em bases de cálculo, alíquotas e percentuais ou outros fatores que alterem o valor do imposto ou contribuição apurado na forma do Simples Nacional, estabelecidas pela União, Estados, Distrito Federal ou Município, exceto as previstas ou autorizadas nesta Lei Complementar”.

Isso é complementado ao texto expresso do art. 18 da mesma LC que no seu §20 dispõe sobre a possibilidade dos Estados concederem isenção ou redução do ICMS.

E neste sentido vale ressaltar que o art. 20 do RICMS/97 já dispunha sobre a isenção na saída de ração animal. E não se diga que a Lei Complementar é posterior, vez que o RICMS/12 é posterior à mesma e repetiu a mesma isenção no seu art. 264, inc. XVIII.

Ora, diante do referido panorama temos uma Lei Complementar que estabelece um regime diferenciado de tributação para as Microempresas e EPPs, tal lei permite que os Estados fixem isenções ou reduções do ICMS, e no art. 264 do RICMS/12 temos a previsão de uma isenção objetiva, que se aplica a todos os contribuintes do ICMS.

O princípio da igualdade e da tipicidade vedam o tratamento diferenciado nesse caso. Ademais, não é sequer razoável que o Fisco Baiano se beneficie da condição de optante do SIMPLES, isto porque, no regime normal nada receberia a título de ICMS do contribuinte.

Assim, quando se agregam todos os valores de entrada tributáveis e se estipula a receita bruta que servirá ao cálculo dos tributos devidos através do regime do Simples Nacional, não há que se considerar inserida naquela receita os valores resultantes de operações isentas. Trata-se de uma conclusão lógica a partir da compreensão dos elementos constantes da teoria geral do Direito Tributário.

Não havendo, portanto, nenhum empecilho à manutenção de isenções estaduais que beneficiam as microempresas e empresas de pequeno porte e considerando a previsão constante do inciso XVIII, do art. 264 do Decreto 13780/12 (RICMS/12), que apenas confirma a isenção já prevista nos Regulamentos pretéritos, há de se reconhecer que o autuado agiu em conformidade com a legislação vigente.

Afastam quaisquer dúvidas acerca desta conclusão quando a análise da imagem presente na defesa do contribuinte que traz a tela do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS). Este, expressamente, prevê a possibilidade de declarar as operações abarcadas por eventual isenção, de modo que tal valor não seja considerado tributável e não se insira na receita bruta a que se refere a Lei Complementar 123/2006.

Com a devida vênia, me parecem limitadas a análise do fiscal diligente e da PGE/PROFIS foram absolutamente superficiais sobre o tema.

A diligente afirma que é possível conferir isenções estaduais para optantes do SIMPLES, e afirma que o Estado assim o fez no art. 277 do RICMS/BA. Mas onde está previsto na LC 123 que apenas pode ser concedida uma única isenção a tais contribuintes? Não há nenhuma vedação ao número de isenções, e nem restrições se as mesmas serão dadas em razão da receita bruta ou do produto comercializado. Não havendo vedação legal, e devendo a legislação tributária ser interpretada restritivamente não há como sustentar a impossibilidade de aplicação do art. 264 do RICMS/12.

Por sua vez, a PGE/PROFIS afirma que na sistemática do SIMPLES não importa o produto comercializado. De fato, isto é verdade, entretanto para a regra geral, não para a isenção, uma vez que não há nenhuma vedação da LC 123 para que os Estados exerçam o seu direito de conceder isenções aos optantes do SIMPLES com base em produtos comercializados.

Portanto, prevendo a legislação estadual (Regulamento do ICMS do Estado da Bahia) a possibilidade de isenção para acobertar as operações realizadas pelo autuado e não havendo qualquer restrição na lei complementar nº 123/2006 de modo a afastar aquele benefício, conclui-se pela adequação da sua prática e, consequentemente, pela insubsistência do auto de infração.”

Assim, voto pelo PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida por julgar **IMPROCEDENTE** Auto de Infração nº 232331.0001/16-0, lavrado contra **HEALTH BRASIL COMÉRCIO ATACADISTA DE MEDICAMENTOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de janeiro de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS