

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.493/11/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000169302-64
Impugnação: 40.010129623-68
Impugnante: Hiper Distribuidora de Produtos Médicos Ltda
IE: 433293684.00-43
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

ICMS – ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA – DIVERGÊNCIA DE VALOR – RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. Constatado que a Autuada deixou de lançar no livro Registro de Saídas diversas notas fiscais de vendas realizadas para órgãos públicos de forma a reduzir a base de cálculo dos tributos do Programa Simples Nacional. Exigências do ICMS devido (alíquota conforme art. 18 da LC nº 123/06 e Res. 51 CGSN) e multa de revalidação de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre o valor do imposto conforme art. 44, I c/c § 1º da Lei Federal nº9430 de 27/ 12/96. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre omissão de faturamento nos extratos (PGDAS) do Programa Simples Nacional, entre Janeiro de 2009 e Outubro de 2010, e, conseqüentemente, pagamento a menor de ICMS devido no período.

Exige-se o ICMS devido e multa de revalidação de 150% (cento e cinquenta por cento) prevista no art. 44, inciso I, c/c § 1º da Lei Federal nº 9.430 de 27/12/96.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 43/45, contra a qual o Fisco se manifesta às fls.80/99.

Aberta vista para a Impugnante que não se manifesta.

DECISÃO

Do Mérito

O Lançamento examinado constatou que a autuada omitiu parte de seu faturamento nos extratos (PGDAS) do Programa Simples Nacional, entre Janeiro de 2009 e Outubro de 2010, e, conseqüentemente, pagou a menor o ICMS devido no período.

O Fisco constatou, por meio da consulta às Notas Fiscais Eletrônicas emitidas pelo contribuinte que o faturamento real no período autuado foi R\$ 2.972.030,99. Que as vendas ocorreram para órgãos públicos (principalmente prefeituras).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Porém, no extrato PGDAS, o contribuinte declarou apenas R\$ 629.316,84, resultando numa omissão de receita no valor de R\$ 2.342.714,15.

Para constituir o Crédito Tributário, aplicou-se as alíquotas do Simples Nacional, que variaram entre 3,07% e 3,88% considerando o faturamento nos 12 (doze) meses anteriores, conforme Demonstrativo da Apuração de Alíquota às fls. 08 do PTA.

Após apurar a alíquota, apurou-se o ICMS não recolhido, que perfez o montante de R\$ 80.649,46 no período analisado.

A Multa de Revalidação aplicada foi a mesma prevista para o Imposto de Renda, conforme art. 35 da Lei Complementar Federal nº 123/06.

Lei Complementar 123/2006

Art. 35. Aplicam-se aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS.

A referida multa, que a princípio, pela Lei Federal nº 9.430/96, seria de 75% (setenta e cinco por cento) do valor do tributo não recolhido, foi dobrada por se caracterizar como as situações de sonegação e fraude previstas na Lei Federal nº 4.502/64.

Lei Federal nº 9.430 / 1996

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007) (grifou-se)

Lei Federal nº 4.502/1964

Art . 71. Sonegação é tãda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Como o contribuinte emitia Notas Fiscais Eletrônicas com o valor real das operações, não havia motivo para desconhecer seu faturamento verdadeiro, caracterizando-se assim omissão intencional no PGDAS, de modo a reduzir o pagamento do ICMS devido.

Inconformada, a Autuada sustenta que, conforme “Anexo I – Partilha do Simples Nacional – Comércio – Seção II: Receitas decorrentes da revenda de mercadorias sujeitas a substituição tributária, exceto as receitas decorrentes da revenda de mercadorias para exportação, para a RECEITA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, O ICMS TEM ALIQUOTA 0,00”.

Alega que, baseado na legislação retrocitada, o Fisco não poderia cobrar o ICMS das suas vendas cujas mercadorias estavam sujeitas à Substituição Tributária.

Apresenta planilha (fls.44/45) dividindo as receitas mensais (valores reais, apurados pelo Fisco) por CFOP (Código Fiscal de Operações e Prestações), ou seja, divide em dois grupos de mercadorias vendidas: sujeitas à ST (CFOP 5403) e não sujeitas à ST (CFOP 5102).

Solicita que o Fisco reveja os valores lançados no Auto de Infração, retificando o valor do ICMS para R\$ 62.873,48, sendo R\$ 21.748,53 referentes a 2009 e R\$41.124,95 referentes a 2010.

Importante ressaltar que em momento algum a impugnante nega a infração apurada pelo Fisco, apenas discute os valores, pleiteando uma redução de 22,04% em relação ao valor original de ICMS lançado.

O argumento do contribuinte não se sustenta conforme explicaremos a seguir.

A impugnante omitiu um ponto fundamental em sua defesa: a empresa era credenciada como Distribuidor Hospitalar durante todo período da autuação. O credenciamento aconteceu em 01/12/08, conforme Portaria nº 31/08 da SUTRI (Superintendência de Tributação da Secretaria de Fazenda de Minas Gerais), gerando efeitos a partir de 03/12/08.

Uma vez credenciada, a empresa se tornou desobrigada a recolher ou reter substituição tributária nas entradas (independente do fornecedor) e nas saídas (desde

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que para órgãos públicos, hospitais, clínicas e assemelhados) de quaisquer mercadorias presente no item 15, Parte 2, do Anexo XV do Regulamento do ICMS. A seguir, trechos da legislação que tratam do conceito de Distribuidor Hospitalar, não obrigação de recolher ST, bem como a relação de mercadorias do item 15.

Regulamento do ICMS - Decreto 43.080 de 13/12/2002

Parte Geral

Art. 222. Para os efeitos de aplicação da legislação do imposto:

(...)

Efeitos de 1º/06/2008 a 30/11/2010 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec.nº 44.823, de 30/05/2008:

XVII - distribuidor hospitalar é o estabelecimento atacadista, independentemente do ramo de atividade, cujas vendas destinadas a hospitais, clínicas ou a órgãos da Administração Pública representem, no mínimo, 80% (oitenta por cento) da sua receita operacional anual (...)"

Anexo XV - Parte 1 - Capítulo IX

Art. 59-A. A substituição tributária não se aplica à operação que destinar a distribuidor hospitalar mercadoria de que trata o item 15 da Parte 2 deste Anexo.

Anexo XV - Parte 2 - Item 15 (Vide Anexo a relação de mercadorias)

A argumentação do contribuinte perde o sentido ao constarmos sua condição de Distribuidor Hospitalar no período da autuação. Por ser credenciado, não deveria arcar com o ICMS-ST nas entradas. Apesar de não existir a substituição tributária, a tributação normal (no caso, pelas regras do Simples Nacional) ocorre normalmente, uma vez que não há isenção nem redução de base de cálculo ou alíquota para os produtos do item 15, Parte 2, do Anexo XV do RICMS/02.

A defesa do contribuinte não apresenta nenhum comprovante de pagamento ou retenção de ST. Sendo assim, mesmo se a ST fosse exigida, a empresa estaria em desacordo com a legislação.

Como agravante, registre-se o fato de que nos extratos PGDAS não há nenhuma menção às supostas vendas de mercadoria sujeitas à ST, o que dificultaria a ação do Fisco, e constituiria descumprimento de obrigação acessória, mesmo se o argumento do contribuinte estivesse correto.

Para tentar comprovar que as mercadorias vendidas com Nota Eletrônica e não declaradas na apuração do imposto, já tiveram o ICMS-ST recolhido anteriormente, o contribuinte oferece como prova apenas o código CFOP 5403 (Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

substituição tributária, na condição de contribuinte substituto) emitido em sua própria Nota Fiscal (não traz documentos de terceiros para provar retenção anterior).

O Fisco consultou todos os itens vendidos no período (registro 54) e os agrupou por CFOP, conforme planilha anexa (fls.87/99) intitulada “Demonstrativo de produtos consignados com CFOP 5403 e sua real situação”.

Há dois motivos para desconsiderar o CFOP emitido equivocadamente pelo contribuinte: em primeiro lugar, ele não deveria recolher ST na entrada nem destacar na saída, por ser Distribuidor Hospitalar; em segundo lugar, mesmo usando o CFOP de substituto, ele não destaca ICMS-ST nas notas fiscais, basta verificar-se, na planilha, que a coluna “vlr BC ST” tem somatório igual a zero.

Há uma pequena quantidade (constantes na planilha “Demonstrativo de produtos sujeitos à ST fora do item 15, mas sem recolhimento comprovado”) às fls.86, de produtos sujeitos à ST e que não se encontram no item 15, Parte 2, do Anexo XV. Esses poderiam ser passíveis de exclusão da base cálculo se tivessem comprovação do pagamento do ICMS-ST ou se tivessem sido informados nos PGDAS. O que não restou comprovado, motivo pelo qual foram mantidos no cálculo do imposto devido na autuação.

Desta forma, resta plenamente caracterizada a infração fiscal e corretas as exigências consubstanciadas na presente Notificação de Lançamento.

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 25/08/11. ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Danilo Vilela Prado e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 30 de agosto de 2011.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente / Revisor

Fernando Luiz Saldanha
Relator