

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.050/13/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000179973-20
Impugnação: 40.010133057-19
Impugnante: Ícone Material Odontológico e Hospitalar Ltda - EPP
IE: 433184135.00-99
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

ICMS - ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA – SIMPLES NACIONAL - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. Constatado que a Autuada declarou, nas Declarações Anuais do Simples Nacional (DASN), vendas de mercadorias sujeitas ao regime de apuração ICMS - Substituição Tributária (ICMS/ST) maior que o real, de forma a reduzir a base de cálculo dos tributos do Programa Simples Nacional. Exigências do ICMS devido (alíquota conforme art. 18 da Lei Complementar nº 123/06) e da Multa de Revalidação, conforme art. 44, inciso I da Lei Federal nº 9.430/96. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS decorrente de informações indevidas nas Declarações Anuais do Simples Nacional (DASN), no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010.

Constatou o Fisco que a Autuada declarava na DASN um percentual de vendas de mercadorias sujeitas ao regime de apuração ICMS - Substituição Tributária (ICMS/ST) maior que o real, restando incorreta a base de cálculo para a apuração do ICMS normal.

No caso de contribuinte credenciado como distribuidor hospitalar, os produtos constantes do item 15 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 estão dispensados da retenção e/ou recolhimento de ICMS/ST na indústria, porque pelo menos 80% de sua receita bruta correspondem a vendas para órgãos públicos, hospitais, clínicas, laboratórios e assemelhados não contribuintes desse imposto.

Por se tratar, a Autuada, de distribuidor hospitalar e considerando que existe uma gama expressiva de produtos médico-hospitalares não sujeitos ao ICMS/ST, a informação de grandes percentuais das vendas como ICMS/ST foi indício à conclusão fiscal de recolhimento a menor do ICMS normal.

Para constituir o crédito tributário, o Fisco considerou as alíquotas do Simples Nacional, que variaram entre 3,45% (três inteiros e quarenta e cinco centésimos por cento) e 3,51% (três inteiros e cinquenta e um centésimos por cento), conforme o faturamento apurado nos 12 (doze) meses anteriores.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se ICMS acrescido de Multa de Revalidação de 75 % (setenta e cinco por cento) do imposto devido, prevista no art. 44, inciso I da Lei Federal nº 9.430 de 27/12/96, lei do Imposto de Renda, conforme determina o art. 35 da Lei Complementar Federal nº 123/06.

O processo foi instruído com Auto de Intimação (fl. 02); Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF (fl. 03); Auto de Infração – AI (fls. 04/05); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 06/07); Planilha com demonstrativo de situação tributária corrigida por produto (fls. 09/185); Planilha com correção dos valores de revenda de mercadorias sem ICMS/ST, por mês (fls. 186/187); Planilha com resumo da situação tributária após correção (fl. 188); Demonstrativo do Crédito Tributário (fl. 189); Demonstrativo das Alíquotas Apuradas – Simples Nacional (fl. 190) e cópias das Declarações Anuais do Simples Nacional – DASN (fls. 191/212).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 220/226, juntando documentos às fls. 227/244, em que alega, resumidamente, que:

- a legislação é de dúbia interpretação, o que deixaria até o Fisco em dúvida, pois, ao mesmo tempo em que não se aplica o ST, também se aplica a ST, o que a levou à interpretação de que, como está estabelecida em Minas Gerais, seria aplicada a norma do art. 59-B do Anexo XV do RICMS/02 e estaria pagando o ICMS/ST não recolhido nas entradas, as quais estão relacionados no item 15 da Parte 2 do mesmo Anexo, e nos demais produtos oferecidos à tributação normal;

- o Fisco, ao se deparar com o erro, deveria tê-la orientado antes de autuá-la, já que o Código de Defesa do Contribuinte (Lei Estadual nº 13.515/00) em seu art. 4º, inciso IV, garante aos contribuintes o direito à Educação Tributária;

- recolheu por denúncia espontânea, após receber intimação do Fisco, o ICMS/ST relativo às entradas de diversos produtos, inclusive medicamentos, adquiridos no exercício de 2009 e estar-se-ia agora cobrando ICMS normal desses produtos;

- os demonstrativos do trabalho fiscal não são suficientes para identificar se houve pagamento de ICMS/ST nas entradas de produtos que foram levados à base de cálculo do ICMS Simples Nacional;

- existe erro no trabalho fiscal, pois o mesmo trata a tributação como se Débito/Crédito fosse, com reflexos na apuração do SIMPLES NACIONAL;

- o Fisco não excluiu notas de vendas canceladas na montagem da Base de Cálculo, apresentando relação de tais notas canceladas à fl. 223.

Exige o cancelamento dos juros cobrados sobre a multa de ofício, pois é inadmissível a cobrança de juros sob a penalidade imposta de multa de ofício, por inexistência de previsão legal.

Requer aplicação do permissivo legal para exclusão das multas, quando se refere ao não cumprimento de uma obrigação acessória, conforme art. 55 da CLTA.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Solicita cancelamento do Auto de Infração por total insubsistência do mesmo.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em bem fundamentada Manifestação de fls. 249/258, refuta os argumentos da Defesa e pede que seja julgado procedente o lançamento.

Da Instrução Processual

O Fisco, à vista de publicação de cancelamento de inscrição estadual da Autuada, por encerramento irregular de atividades, fls. 260/261, rerratifica o Auto de Infração (fl. 264) para incluir a sócia administradora Eunice Costa Pereira no polo passivo da obrigação tributária, como coobrigada, nos termos do art. 149 do Código Tributário Nacional (CTN) e do art. 4º, inciso II da Instrução Normativa SCT 001/06.

Aberta vista à Impugnante (fls. 265/270), esta se pronuncia às fls. 271/272, alegando que não encerrou irregularmente suas atividades, apenas as paralisou temporariamente, conforme comunicação ao Fisco, fotocópia às fls. 274/275.

O Fisco, à vista das alegações e dos documentos, rerratifica novamente o AI (fl. 277) para excluir a sócia administradora Eunice Costa Pereira no polo passivo da obrigação tributária, retornando o AI à sua situação inicial.

Comunicada a Autuada, via edital (fl. 280), esta não mais se pronuncia.

DECISÃO

Os fundamentos expostos na manifestação fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações, acréscimos e adaptações de estilo.

Como relatado, versa o presente contencioso sobre pagamento a menor de ICMS decorrente de informações indevidas nas Declarações Anuais do Simples Nacional (DASN), no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010.

A Impugnante declarou na DASN um percentual de vendas de mercadorias sujeitas ao regime de apuração ICMS - Substituição Tributária (ICMS/ST) maior que o real, restando incorreta a base de cálculo para a apuração do ICMS.

No caso de contribuinte credenciado como distribuidor hospitalar, os produtos constantes do item 15 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 estão dispensados da retenção e/ou recolhimento de ICMS/ST na indústria, porque pelo menos 80% de sua receita bruta correspondem a vendas para órgãos públicos, hospitais, clínicas, laboratórios e assemelhados não contribuintes desse imposto.

Por se tratar, a Autuada, de distribuidor hospitalar e considerando que existe uma gama expressiva de produtos médico-hospitalares não sujeitos ao ICMS/ST, a informação de grandes percentuais das vendas como ICMS/ST foi indício à conclusão fiscal de recolhimento a menor do ICMS normal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para constituir o crédito tributário, aplicou-se as alíquotas do Simples Nacional, que variaram entre 3,45% (três inteiros e quarenta e cinco centésimos por cento) e 3,51% (três inteiros e cinquenta e um centésimos por cento), conforme o faturamento apurado nos 12 (doze) meses anteriores, de acordo com o Demonstrativo das Alíquotas Apuradas – Simples Nacional (fl. 190).

A alegação da Defesa de que acreditava estar pagando o ICMS/ST não recolhido nas entradas, com base no art. 59-B do anexo XV do RICMS/02 não pode ser aceita. O Auto de Intimação 058/12 (fl. 02) solicita comprovantes de retenção ou pagamentos de ICMS/ST nas entradas de mercadorias relacionadas no item 15, Parte 2, Anexo XV do RICMS/02. A Impugnante não apresentou nenhum desses comprovantes. Assim estabelece a legislação citada:

ANEXO XV

DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

PARTE 1

DOS REGIMES DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

(...)

CAPÍTULO IX - DAS OPERAÇÕES COM MEDICAMENTOS E OUTROS PRODUTOS FARMACÊUTICOS

Art. 59. Relativamente às mercadorias de que trata o item 15 da Parte 2 deste Anexo, a base de cálculo do imposto devido a título de substituição tributária é:

(...)

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.

Art. 59-B. O distribuidor hospitalar situado neste Estado é responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subseqüentes com as mercadorias de que trata o item 15 da Parte 2 deste Anexo.

Alega, também, a Defesa que recolheu ICMS/ST de medicamentos em 2009, por meio de denúncia espontânea. Realmente houve a denúncia espontânea e o recolhimento do ICMS/ST sobre algumas entradas, mas todas essas entradas referiam-se a produtos não elencados no item 15, Parte 2, Anexo XV do RICMS/02, e tais produtos não foram para a base de cálculo do ICMS Simples Nacional, como se pode ver na relação apresentada pelo Fisco em sua manifestação, à fl. 254. Observa-se, ainda, que os produtos na denúncia espontânea são fio dental, escova, escova de dentes, algodão, tesoura, creme dental e sabonete, que não são medicamentos.

Ao contrário do que a Defesa tenta sugerir, o trabalho fiscal foi bastante criterioso e organizado. A planilha “DEMONSTRATIVO DE SITUAÇÃO TRIBUTÁRIA CORRIGIDA POR PRODUTO”, fls. 09/185, traz a situação tributária

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

correta de cada produto, demonstrando aqueles que realmente estão sujeitos à ST e não deveriam ir para a base de cálculo do ICMS Simples Nacional.

Configurada a infração, foi corretamente exigido o ICMS recolhido a menor, acrescido de Multa de Revalidação de 75 % (setenta e cinco por cento) do imposto devido, prevista no art. 44, inciso I da Lei Federal nº 9.430 de 27/12/96, lei do Imposto de Renda, conforme determina o art. 35 da Lei Complementar Federal nº 123/06, dispositivos legais abaixo transcritos:

Lei Complementar nº 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.

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)

No mesmo sentido apresenta-se o Acórdão nº 20.493/11/1ª, desse Conselho de Contribuintes de Minas Gerais.

Com relação ao pedido de cancelamento ou redução das penalidades, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente porque a infração resultou em falta de pagamento do imposto.

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 3º - A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

(...)

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado **falta de pagamento do tributo**. (Grifou-se)

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Orias Batista Freitas (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 03 de julho de 2013.

José Luiz Drumond
Presidente

René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator

R

CC/MG