

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.775/12/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000167325-94
Impugnação: 40.010129155-99
Impugnante: Foto Atacado Ltda (incorporada por Retes Imagens Serviços e Consultoria Ltda)
IE: 062495616.00-02
Coobrigados: Ervê Retes
CPF: 001.648.366-91
João Carlos Miligrana Retes
CPF: 132.705.326-87
Ana Paula Retes Ziller
CPF: 500.770.076-20
Cláudio Miligrana Retes
CPF: 217.539.036-53
Consuelo Maria Retes Martinho
CPF: 132.705.676-34
Proc. S. Passivo: Ângelo Ferreira dos Santos/Outro(s)
Origem: DF/BH-4 - Belo Horizonte

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - FALTA DE PREVISÃO LEGAL - ELEIÇÃO ERRÔNEA. Exclusão dos sócios da empresa autuada da condição de Coobrigados da obrigação tributária por falta de previsão legal.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST -MEDICAMENTOS/PRODUTOS FARMACÊUTICOS - INTERNA E PROTOCOLO/CONVÊNIO . Constatada a entrada, no estabelecimento da Autuada, de medicamentos e outros produtos farmacêuticos sujeitos à substituição tributária com recolhimento a menor do ICMS/ST nos termos dos arts. 14 e 15 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02. Corretas as exigências do ICMS/ST e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e § 2º da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - INTERNA - DIVERSAS MERCADORIAS. Constatada a falta de recolhimento de ICMS/ST, devido pelas operações subsequentes com diversas mercadorias relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, nos termos do art. 14 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, uma vez que se tratava, à época, de substituição tributária de âmbito interno. Exigência de ICMS/ST e Multa de

Revalidação capitulada no art. 56, inciso II. Crédito tributário reformulado pelo Fisco.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1) falta de recolhimento de ICMS/ST, no período de janeiro a abril de 2007, devido pelas operações subsequentes com pilhas descritas na Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) nº 8506.80.90 (subitem 8.1 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02) nos termos do art. 15 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 (essa irregularidade não está sendo cobrada neste PTA em razão de desmembramento pelo Fisco em cumprimento à diligência determinada pela 1ª Câmara de Julgamento);

2) recolhimento a menor de ICMS/ST, no período de junho de 2008 a agosto de 2009, devido pelas operações subsequentes com medicamentos relacionados no subitem 15.1 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, nos termos dos arts. 14 (junho de 2008 a julho de 2009) e 15 (agosto de 2009) da Parte 1 do referido anexo, sendo remetente dos medicamentos o estabelecimento atacadista situado no Estado de São Paulo;

3) falta de recolhimento de ICMS/ST, no período de dezembro de 2006 a outubro de 2008, devido pelas operações subsequentes com diversas mercadorias relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, nos termos do art. 14 da Parte 1 do referido anexo, uma vez que se tratava, à época, de substituição tributária de âmbito interno.

Exige-se ICMS/ST e multa de revalidação.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 184/203 anexando Documentos de Arrecadação Estadual (DAE) e Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE) relativos à parte das irregularidades descritas no item 3 do Auto de Infração, qual seja a falta de recolhimento de ICMS/ST, devido no período de dezembro de 2006 a outubro de 2008, pelas operações subsequentes com diversas mercadorias.

O Fisco se manifesta às fls. 337/341, oportunidade em que acata os documentos apresentados pela Impugnante e reformula o crédito tributário, conforme Anexos 1 e 1-A, Demonstrativo do Crédito Tributário, Relatório Fiscal e Demonstrativo de Correção Monetária e Multas (DCMM), de fls. 342/369.

Aberta vista para a Impugnante, que se manifesta às fls. 371 com juntada de documentos de fls. 372/373, demonstrando erro na apuração do ICMS, pelo Fisco, no mês de junho de 2008.

O Fisco declara, às fls. 375, que assiste razão à Contribuinte e reformula, novamente, o crédito tributário conforme anexos de fls. 376/381 e DCMM de fls. 382/383.

Aberta vista para a Impugnante, às fls. 384/385, que não se manifesta.

Às fls. 388, na sessão de julgamento realizada em 19/07/11, a 1ª Câmara de Julgamento, observando a existência de substituição tributária interna e por convênio ou protocolo no período autuado, diligenciou ao Fisco para que desmembrasse a autuação, de forma a separar a parte do crédito tributário referente à substituição tributária originária de convênio ou protocolo e, em relação a essa parte, incluir o contribuinte substituto (remetente) no polo passivo, bem como a Contribuinte mineira substituída (destinatária), na qualidade de responsável solidária, em face do disposto no art. 22, §§ 18, 19 e 20 da Lei nº 6.763/75.

Posto isso, o Fisco procede à reformulação do crédito tributário às fls. 394/405, desmembrando, deste PTA, a parte do crédito tributário originário de convênio ou protocolo, relativamente à mercadoria pilhas, descrita na NCM nº 8506.80.90 (subitem 8.1 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02).

Aberta vista para a Impugnante e Coobrigados que não se manifestam.

A 3ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada em 12/04/12, converte o julgamento em diligência de fls. 422.

Em atendimento a decisão prolatada pela 3ª Câmara de Julgamento, o Fisco intima a sucessora da Autuada, Retes Imagens Serviços e Consultoria Ltda, que não se manifesta.

DECISÃO

Cuida o presente contencioso, como relatado, sobre a constatação de que a Contribuinte incorreu nas seguintes irregularidades:

1) recolhimento a menor de ICMS/ST devido pelas operações subsequentes com medicamentos relacionados no subitem 15.1 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, nos termos dos arts. 14 (junho de 2008 a julho de 2009) e 15 (agosto de 2009) da Parte 1 do referido anexo, uma vez que utilizou, para cálculo do imposto, a base de cálculo estabelecida pelo inciso I do art. 59 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, quando deveria ter utilizado a base de cálculo estabelecida pelo inciso II do mesmo art. 59 (a partir de 01/08/09, inciso II, alínea “a” do art. 59, redação dada pelo Decreto nº 45.138 de 20/07/09), sendo o remetente dos medicamentos o estabelecimento atacadista Zydus Healthcare Brasil Ltda, CNPJ 05.254.971/0001-81, situado no Estado de São Paulo, conforme demonstrado no Anexo 2 do Auto de Infração. Exige-se ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada, para o período de junho de 2008 a julho de 2009, no art. 56, II da Lei nº 6.763/75 e, para o período de agosto de 2009, no art. 56, II e § 2º do citado diploma legal;

2) falta de recolhimento de ICMS/ST devido, no período de dezembro de 2006 a outubro de 2008, pelas operações subsequentes com diversas mercadorias relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, nos termos do art. 14 da Parte 1 do referido anexo, uma vez que se tratava, à época, de substituição tributária de âmbito interno, conforme demonstrado nos Anexos 1 e 1-A do Auto de Infração. Exige-se ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, II da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto ao mérito propriamente dito, tem-se que as infrações são objetivas e a exigência do ICMS/ST está caracterizada conforme disposto nos arts. 14 e 15 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02:

Art. 14. O contribuinte mineiro, inclusive o varejista, destinatário de mercadoria relacionada na Parte 2 deste Anexo, em operação interestadual, é responsável pela apuração e pelo recolhimento do imposto devido a este Estado, a título de substituição tributária, no momento da entrada da mercadoria em território mineiro, quando a responsabilidade não for atribuída ao alienante ou ao remetente.

Parágrafo único. A responsabilidade prevista no caput deste artigo aplica-se também ao estabelecimento depositário, na operação de remessa de mercadorias para depósito neste Estado.

Art. 15. O estabelecimento destinatário de mercadoria relacionada na Parte 2 deste Anexo, inclusive o varejista, é responsável pelo imposto devido a este Estado a título de substituição tributária, quando o alienante ou o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto.

Parágrafo único. A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao destinatário de mercadoria desacompanhada do comprovante de recolhimento, na hipótese em que o imposto deveria ter sido recolhido por ocasião da saída da mercadoria, por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais.

Em relação às operações com medicamentos, algumas peculiaridades na legislação devem ser observadas, como o inciso II do art. 59 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, com destaque ao item 15.1 da Parte 2 do mesmo diploma legal, *in verbis*:

RICMS/02 - Anexo XV - Parte 1

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:

(...)

II - nas operações promovidas por contribuinte não fabricante:

- a) o preço máximo de venda a consumidor divulgado por entidade representativa do segmento econômico para a mercadoria, ressalvadas as hipóteses previstas na alínea "b";

RICMS/02 - Anexo XV - Parte 1

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

15. MEDICAMENTOS E OUTROS PRODUTOS FARMACÊUTICOS						
Âmbito de Aplicação da Substituição Tributária						
Interno e nas seguintes unidades da Federação: São Paulo e Distrito Federal (Protocolo ICMS 37/09).						
Subitem	Código NBM/SH	Descrição	* MVA (%)			
			Lista Negativa	Lista Positiva	Lista Neutra	
15.1	30.03 30.04	Medicamentos, exceto para uso veterinário	33	38,24	41,38	

Alega, a Impugnante, que os medicamentos foram importados pela empresa remetente e fabricante Zydus Healthcare Brasil Ltda, CNPJ 05.254.971/0001-81, e que, portanto, utilizou-se para apuração do ICMS devido por substituição tributária a Margem de Valor Agregado (MVA) nos termos do art. 59, I da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

Entretanto, cumpre esclarecer que a Classificação Nacional de Atividade Econômica (CNAE) do citado estabelecimento é o de nº 46.44-3-01 e sua atividade preponderante é comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano, conforme consta do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica da Receita Federal do Brasil, na data da sua situação cadastral, 03/11/05, documento às fls. 243.

Em razão disso, para fins de cálculo do ICMS devido por substituição tributária pelas operações subsequentes com os medicamentos adquiridos da Zydus Healthcare Brasil Ltda, a base de cálculo é a estabelecida pelo art. 59, II c/c art. 19, ambos da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, redação vigente à época.

Importante esclarecer que a mencionada legislação determina que a base de cálculo do ICMS/ST nas aquisições de atacadistas é o Preço Máximo ao Consumidor (PMC) que, no caso, é o preço máximo de venda a consumidor divulgado por entidade representativa do segmento econômico.

Quanto à alegação da Impugnante de que o Fisco não apontou a tabela e origem do PMC utilizado para cálculo do ICMS/ST, insta destacar que a entidade representativa do segmento econômico em questão (setor de medicamentos) é a ANVISA e o PMC consta de tabelas que podem ser obtidas em seu *site* e em revistas distribuídas pelo setor e é de amplo conhecimento do segmento.

Entende, ainda, a Impugnante que, com base no art. 19 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, há necessidade de portaria da Superintendência de Tributação aprovando o PMC.

Entretanto, cabe esclarecer que o § 4º do art. 59 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 dispõe que, para os efeitos de cálculo do imposto devido a título de substituição tributária, o preço máximo de venda a consumidor divulgado por entidade representativa do segmento econômico não está sujeita a aprovação em portaria da Superintendência de Tributação.

A irregularidade descrita no item 3 do Auto de Infração, qual seja a falta de recolhimento de ICMS/ST devido, no período de dezembro de 2006 a outubro de 2008, pelas operações subsequentes com diversas mercadorias relacionadas na Parte 2 do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Anexo XV do RICMS/02, restou caracterizada nos termos do art. 14 da Parte 1 do citado diploma legal, uma vez que se tratava, à época, de substituição tributária de âmbito interno.

Importante reforçar que, relativamente à irregularidade supramencionada, a Impugnante apresentou diversos Documentos de Arrecadação Estadual (DAE) e Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), os quais foram analisados e acatados pelo Fisco, sendo deduzidos do crédito tributário.

Portanto, corretas as exigências fiscais nos termos da reformulação de fls. 404/405.

Quanto à alegação da Impugnante de que o valor da multa fere os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da capacidade contributiva e da vedação ao confisco, insta observar que a própria Impugnante reconhece que as multas aplicadas atendem ao princípio da legalidade (item 10, § 3º da peça impugnatória). Portanto, concorda que as multas têm embasamento legal.

Com efeito, como consta do Auto de Infração, as multas aplicadas estão previstas no art. 56, inciso II e § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

§ 2º As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

(...)

II - por falta de pagamento do imposto nas hipóteses previstas nos §§ 18, 19 e 20 do art. 22;

Assim, não há que se falar em violação ao princípio do não confisco em se tratando de multa que está prevista na legislação estadual, efetivada nos exatos termos determinados pela Lei nº 6.763/75 e o Auto de Infração lavrado em estrito cumprimento das normas tributárias mineiras às quais se encontra o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, a teor do art. 110 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que assim determina:

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

Acrescente-se que a Constituição Federal vigente (art. 150, IV) proíbe a cobrança de tributo com características de confisco e não de penalidade.

A eleição dos sócios, pelo Fisco, no polo passivo deve-se ao fato de que a Impugnante, Foto Atacado Ltda, por ter sido incorporada, teve a sua atividade encerrada. Portanto, no entendimento do Fisco, tem-se que a nova empresa, Retes Imagens Serviços e Consultoria Ltda, assume todas as obrigações da empresa Foto Atacado Ltda, caracterizando que a empresa encerrou as atividades, devendo os sócios ser arrolados como coobrigados no polo passivo.

Entretanto, o fato da empresa autuada ter sido incorporada, não justifica, por si só, a inclusão de seus sócios no polo passivo da exigência tributária.

Importante destacar que, nos termos do art. 227 da Lei nº 6.404/76, a incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Na incorporação, a sociedade incorporada deixa de existir, mas a empresa incorporadora continuará com a sua personalidade jurídica, *in verbis*:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Posto isso, não está caracterizada a inclusão dos Coobrigados no polo passivo, devendo ser excluídos da responsabilidade tributária.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 404/405 e, ainda, para excluir os Coobrigados. Vencidos, em parte, os Conselheiros Eduardo de Souza Assis (Revisor) e Fernando Luiz Saldanha, que não excluía os Coobrigados. Conforme art. 163, § 2º do RPTA/MG, esta decisão estará sujeita a Recurso de Revisão, interposto de ofício pela Câmara, ressalvado o disposto no § 4º do mesmo artigo. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 29 de agosto de 2012.

André Barros de Moura
Presidente

Sauro Henrique de Almeida
Relator

M/R

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	19.775/12/2ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000167325-94	
Impugnação:	40.010129155-99	
Impugnante:	Foto Atacado Ltda (incorporada por Retes Imagens Serviços e Consultoria Ltda)	
	IE: 062495616.00-02	
Coobrigados:	Ervê Retes	
	CPF: 001.648.366-91	
	João Carlos Miligrana Retes	
	CPF: 132.705.326-87	
	Ana Paula Retes Ziller	
	CPF: 500.770.076-20	
	Cláudio Miligrana Retes	
	CPF: 217.539.036-53	
	Consuelo Maria Retes Martinho	
	CPF: 132.705.676-34	
Proc. S. Passivo:	Ângelo Ferreira dos Santos/Outro(s)	
Origem:	DF/BH-4 - Belo Horizonte	

Voto proferido pelo Conselheiro Eduardo de Souza Assis, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Pelo voto de qualidade, foi definida a exclusão dos Coobrigados do polo passivo da lide pelo entendimento de que o fato da empresa autuada ter sido incorporada não justifica, por si só, a inclusão de seus sócios no polo passivo da exigência tributária.

A discordância está fundamentada em diversos dispositivos da legislação mineira, também apresentados no Auto de Infração em comento, quais sejam:

Lei nº 6.763/75

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

(...)

2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

(...)

Art. 207 - Constitui infração toda ação ou omissão voluntária ou involuntária, que importe em inobservância, por parte da pessoa física ou jurídica, de norma estabelecida por lei, por regulamento ou pelos atos administrativos de caráter normativo destinados a complementá-los.

§ 1º - Respondem pela infração:

1 - conjunta ou isoladamente, todos os que, de qualquer forma, concorrerem para a sua prática, ou dela se beneficiarem, ressalvado o disposto no item seguinte;

IN SCT 001/06

Art.3º A formalização de crédito tributário, mediante Auto de Infração (AI) e Notificação de Lançamento (NL), de responsabilidade de contribuinte que desapareceu ou não mais exerce suas atividades no endereço por ele indicado, será antecedida do cancelamento da inscrição estadual respectiva, de acordo com a norma prevista no art. 108, alíneas "b" e "c" do inciso II do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, na forma do § 3º do referido artigo, observando-se, ainda, o seguinte:

I - os sócios-gerentes, diretores ou administradores serão identificados no AI ou na NL na condição de coobrigados pelo crédito tributário;

Portanto, uma vez que “a incorporadora declarará extinta a incorporada”, nos termos do art. 1.118 do Código Civil Brasileiro, instituído pela Lei nº 10.406/02, seus sócios continuam sendo responsáveis pelos atos praticados durante a administração.

Importante ressaltar que os sócios da empresa autuada são os mesmos da incorporadora, havendo, assim, outro ponto de discordância da decisão proferida, lastreado na citada legislação pátria regente da matéria base (Código Civil Brasileiro),

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

qual seja a incorporação da sociedade comercial, da qual se extrai, do disposto no art. 1.116, que *“na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”*.

Há de ser observada a vontade dos sócios que ora figuram como Coobrigados, em assumir o domínio da incorporada e com isto a responsabilidade solidária por todo o ativo e o passivo envolvidos no negócio comercial.

Não é admissível dissociar a incorporação dos bens materiais e seus efeitos econômicos no negócio jurídico, dos atos praticados pelos administradores objetivando o sucesso do empreendimento. Caso contrário, aos credores prejudicados pela má administração de uma determinada sociedade, restaria a cobrança dos devedores desprovidos do patrimônio que gerou o prejuízo, fato que a normatização citada pretende impedir.

Consolidando a responsabilidade solidária, o art. 265 do mesmo diploma, prevê a necessidade da lei para este intento e, nesse sentido, é encontrado no inciso I do art. 124 do Código Tributário Nacional, instituído pela Lei nº 5.172/66, combinado com o inciso XII do art. 21 da Lei nº 6.763/75, a vinculação de interesse comum na situação que constituiu o fato gerador do lançamento sob enfoque.

Posto isto, julgo parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário feito pelo Fisco às fls. 404/405, com a manutenção dos Coobrigados no polo passivo da obrigação tributária.

Sala das Sessões, 29 de agosto de 2012.

Eduardo de Souza Assis
Conselheiro