

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.395/17/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000432738-21
Impugnação: 40.010140817-92
Impugnante: Stockfarma Ltda - EPP
IE: 518154321.00-95
Coobrigados: André Yoshida Rojas
CPF: 277.762.888-29
Gustavo Ferraz Pereira
CPF: 283.863.748-70
João Orologio Marchiori
CPF: 988.566.008-97
Sandra Cristina Pereira
CPF: 140.329.038-59
Origem: DF/Poços de Caldas

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Comprovado nos autos o poder de gerência dos sócios, nos termos do art. 135, inciso III do CTN, c/c art. 21 § 2º, inciso II, da Lei nº 6763/75, pelos atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei.

MERCADORIA – ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS/ PRODUTOS FARMACÊUTICOS. Constatou-se, mediante levantamento quantitativo, a ocorrência de entrada, saída e manutenção em estoque de medicamentos e produtos farmacêuticos desacobertados de documentação fiscal. Irregularidades apuradas por meio de procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, inciso III do RICMS/02. Exigências de ICMS/ST relativo às operações de entrada e estoque de mercadorias desacobertadas, acrescido da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III do mesmo artigo e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, todos da Lei nº 6.763/75. Para as saídas de mercadorias desacobertadas, exigiu-se apenas a citada multa isolada. Infração caracterizada. Crédito tributário parcialmente reconhecido e parcelado pela Autuada, sendo corretas as exigências fiscais remanescentes.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente lançamento é decorrente da constatação fiscal de entrada, estoque e saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal no exercício de 2014, apuradas mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – LEQFID.

Exige-se ICMS/ST sobre as entradas e estoques desacobertos, Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III do mesmo artigo e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, todos da Lei nº 6.763/75. Para as saídas desacobertas, exigiu-se somente a referida multa isolada.

A inclusão no polo passivo da obrigação tributária dos sócios-administradores da empresa deu-se nos termos do art. 135, inciso III do CTN (art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75).

Na apuração da base de cálculo do ICMS/ST exigido sobre entradas e dos estoques desacobertos, a Fiscalização aplicou o PMC - Preço Máximo ao Consumidor, conforme determina a Legislação Tributária de Minas Gerais. Em 26/10/16 a Autuada protocolou na Administração Fazendária de Poços de Caldas o Pedido de Reconhecimento Parcial do Crédito Tributário, apresentando novo cálculo considerando a MVA - Margem de Valor Agregado, para as entradas e estoques desacobertos.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 95/107, com a juntada dos docs. de fls. 108/122, oportunidade em que alega, em síntese:

- diz que sempre atuou com observância da legislação tributária e que adquire mercadorias de empresas sérias e idôneas, que não comercializam mercadorias desacobertas de documentação fiscal, e também são revendidos igualmente para empresas sérias e idôneas, que não adquirem produtos sem nota fiscal;

- esclarece que é administrada no seu dia a dia pelo sócio Gustavo, o qual tem que prestar contas aos demais sócios, com retidão, para manter a confiança de todos;

- argumenta que o setor de medicamentos tem uma fiscalização implacável dos órgãos envolvidos, de modo que práticas afeitas a outros ramos de atividade não se aplicam ao mercado de medicamentos;

- alega que as supostas irregularidades arguidas pela Fiscalização possuem expressão ínfima, em termos quantitativos ou de valores, em relação ao volume total de mercadorias compradas e vendidas pela Impugnante;

- exemplifica com o produto Sinvastatina, do qual foram vendidas 200.000 unidades no período e apurada divergência de 5.055 unidades, que representa 2,5% (dois e meio por cento) de diferença;

- conclui que as irregularidades apuradas decorrem de pequenas quebras ocorridas no estoque, que não foram escrituradas, ou mais provavelmente erros na migração de dados dos controles de estoque;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- diz que está realizando levantamentos para comprovar os fatos que geraram os erros apontados nos levantamentos fiscais, que por serem complexos, o prazo para impugnação não foi suficiente para fazê-los;
- requer a concessão do prazo de 90 (noventa) dias para a apresentação dos levantamentos;
- na sequência afirma que a base de cálculo utilizada para a apuração do ICMS/ST, bem como das multas, é ilegal e inconstitucional;
- cita o art. 150, inciso II e art. 152, ambos da CF/88, que proíbem tratamento desigual a contribuintes em situação equivalente e o estabelecimento de diferença tributária em razão da procedência ou destino da mercadoria, respectivamente;
- em relação à aplicação do Preço Médio a Consumidor (PMC) para cálculo da ST, afirma que o art. 59, inciso II do Anexo XV do RICMS/02 criou distinções em razão da condição do contribuinte e da procedência das mercadorias em afronta à Constituição Federal (CF/88);
- ainda, pelo fato de que a aplicação do PMC se dar em razão da condição do remetente ou destinatário das mercadorias, bem como da procedência, alguns contribuintes foram ao judiciário questionar a exigência, que segundo alega, o judiciário considerou inválida, conforme agravo de instrumento em Mandado de Segurança do TJMG, que menciona;
- destaca que a aplicação do PMC gera enormes distorções na tributação de mercadorias, mencionando, exemplificativamente, o caso do produto Sinvastatina, concluindo que a base de cálculo pelo PMC leva ao confisco do seu patrimônio;
- alega que a legislação que determinava a aplicação do PMC foi alterada para corrigir as distorções, sendo que hoje está sujeita à MVA;
- requer a adequação da base de cálculo do ICMS/ST de forma que se adote a MVA para cálculo do imposto devido e respectivas penalidades;
- alega, ainda, que a Fiscalização exigiu incorretamente imposto de produtos isentos, o que se pode verificar pela cobrança de ICMS/ST sobre preservativos, cuja isenção está prevista no item 96 do Anexo I do RICMS/02;
- discute a formação do polo passivo da obrigação, com a inclusão dos sócios administradores, uma vez que não restou provada a presença de requisitos que autorizem incluí-los, tampouco há menção no relatório fiscal e no campo “Base Legal/Infringência” dos dispositivos legais em que se ampara a inclusão;
- requer a exclusão de todos os Coobrigados do polo passivo da obrigação, tendo em vista a completa ausência de motivação fática e legal para atribuição de responsabilidade solidária aos sócios da Impugnante;
- alega em relação às saídas de mercadorias desacobertas, que não houve prejuízo material ao Erário, posto que o ICMS foi integralmente pago pela entrada e, dessa forma, entende presentes os requisitos para aplicação do permissivo legal, consoante dispõe o art. 53, § 3º da Lei nº 6763/75.

Requer, ao final:

- a improcedência do lançamento;
- pelo princípio da eventualidade, caso o pedido anterior não seja acatado, sejam os valores referentes às operações comprovadamente acobertadas por documentos fiscais deduzidos do Auto de Infração, bem como as respectivas penalidades, e dedução dos valores cobrados de operações isentas e seja a base de cálculo ajustada com a aplicação da MVA;
- a exclusão de todos os Coobrigados do polo passivo da obrigação, pelos motivos já expostos;
- a aplicação do permissivo legal para o cancelamento da multa isolada aplicada em razão de saídas de mercadorias, sujeitas à ST, desacobertadas de documento fiscal, cujo imposto foi pago na sua entrada no estabelecimento da Impugnante;
- a juntada de novos documentos no decorrer do processo, uma vez que o prazo da impugnação não foi suficiente para a produção das provas necessárias a sua defesa.

Da Instrução Processual

Após a Impugnação, a Fiscalização procedeu a retificação do lançamento, conforme Termo de Rerratificação de fls. 125 e docs. de fls.126/129, para inclusão de fundamentação legal atinente à responsabilidade solidária dos sócios, adequar a capitulação legal da multa de revalidação e determinar a reabertura de prazo de 30 (trinta) dias à Impugnante, nos termos do disposto no § 1º do art. 120 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Novamente a Autuada comparece aos autos, às fls. 135/138, e alega que em virtude da dificuldade na produção das provas que pretendia fazer, reconhece parcialmente o crédito tributário e requer parcelamento, conforme planilhas que diz anexar, mas que não se encontram nos autos, esclarecendo que à diferença refere-se à aplicação da MVA ao invés do PMC para cálculo do ICMS/ST devidos.

Diz que permanece a discussão em relação à aplicação do PMC e da responsabilidade solidária dos sócios.

Requer seja lavrado novo Auto de Infração em face do débito reconhecido e concessão de parcelamento.

Foi lavrado o Auto de Infração de fls. 141, para fins de parcelamento, e o Termo de Rerratificação de Auto de Infração de fls. 145, levando-se em conta os valores reconhecidos pela Contribuinte.

Novamente reaberto o prazo de 30 (trinta) dias aos Sujeitos Passivos, que não mais se manifestaram.

Da Manifestação Fiscal

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Fiscalização, ao manifestar-se às fls. 154/165, apesar do reconhecimento parcial do crédito tributário rebate pontualmente todos os argumentos da Defesa, conforme descrito a seguir.

Afirma que o lançamento é uma atividade vinculada e obrigatória, conforme art. 142 do CTN, não cabendo ao Fisco a análise de cunho subjetivo e da intenção do agente.

Argui que a Contribuinte é responsável pela escrituração de seus livros e arquivos com registros eletrônicos, inclusive no caso de extravio, roubo, furto perda ou inutilização, observados os prazos da legislação.

Relata que a regularização de eventuais perdas ou diferenças de estoque deve ser efetivada por meio de documentos fiscais, nos termos do art. 71, inciso V do RICMS/02.

Destaca que a Autuada limitou-se a alegar a existência de “quebra de estoque”, sem, contudo, emitir documento fiscal e registrá-la devidamente em sua escrituração ou mesmo estornar os créditos decorrentes da entrada de tais mercadorias. Desse modo, não restando registrada e comprovada a existência das alegadas perdas, não há que se falar em exclusão das exigências fiscais, restando correto, nesse ponto, o trabalho realizado pela Fiscalização.

Concorda com a Autuada quando ela alega que a ausência de escrituração ou o erro de migração de dados do controle de estoque é um descumprimento de obrigação acessória, mas discorda quando ela afirma que este descumprimento de obrigação acessória não pode ensejar a cobrança do imposto.

Explica que o levantamento quantitativo, por meio da combinação de quantidades e valores (quantitativo financeiro), demonstrou a ocorrência de entradas, saídas e estoques desacobertados de documento fiscal, que por sua vez levaram à falta de recolhimento do ICMS, a obrigação principal.

Sobre o pedido de prorrogação de prazo para apresentação de provas, destaca que a Fiscalização está obrigada ao cumprimento dos prazos previstos no art. 120 do RPTA.

Informa que não existe ilegalidade no lançamento, pois o Auto de Infração foi lavrado em estrito cumprimento das normas tributárias, que se encontram em perfeita consonância com as normas constitucionais. A penalidade imposta está prevista na legislação estadual sendo efetivada nos exatos termos determinados pela Lei nº 6.763/75.

Quanto aos questionamentos sobre o PMC, esclarece que a Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico-ABCFARMA mensalmente divulga tabela com o **Preço Máximo a Consumidor - PMC** dos medicamentos.

Os critérios para fixação e ajuste de preços dos medicamentos divulgados pela Tabela ABCFARMA, são definidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, que tem por objetivos a adoção, implementação e coordenação de atividades relativas à regulação econômica do mercado de medicamentos, voltados a promover a assistência farmacêutica à população, por meio

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor (art. 5º da Lei nº 10.742/03).

Esclarece que a competência para a CMED definir os critérios para fixação e ajuste de preços dos medicamentos encontra-se no art. 6º, inciso II da Lei nº 10.742/03.

Destaca que a Autuada não levou em consideração que a distorção alegada em relação ao produto Sinvastatina encontra-se no valor do preço médio do estoque e na margem de lucro, uma vez que a metodologia do levantamento quantitativo leva em conta as informações por ela prestadas.

Sendo assim, no exemplo demonstrado pela Contribuinte às fls. 102, o preço de custo médio de R\$ 2,78 (dois reais e setenta e oito centavos) é que se encontra distorcido, uma vez que o preço médio do estoque é formado pela média aritmética ponderada (a soma dos valores do estoque inicial + o valor de cada entrada, dividido pela soma da quantidade em estoque + a quantidade de cada entrada).

Dessa forma, como pode ser observado na página 3.543 do levantamento quantitativo apresentado no CD, como a Contribuinte informou o valor de R\$ 0,00 como preço médio e a quantidade de 9.399 (nove mil trezentos e noventa e nove) itens no estoque inicial em 31/12/13, o preço médio só começa a ser maior que R\$ 0,00 a partir da próxima entrada em 06/01/14, quando o valor do estoque ($R\$ 0,00 + R\$ 590,40 = R\$ 590,40$) que é dividido pelo total de unidades ($8485 + 160 = 8645$) levando a um preço médio de estoque de R\$ 0,0683 até ser recalculado com a próxima entrada para formar o preço médio de R\$ 2,7825 em 30/12/14.

Percebe-se dessa forma que houve uma distorção de valores que alterou completamente o valor do estoque médio, que por sua vez causou uma distorção na margem de lucro demonstrada no item 5 de fls. 102.

Para maior compreensão, a Fiscalização imprimiu e anexou a movimentação do produto 216364 SINVASTATINA – 20 mg c/30 Sandoz (páginas 3543 a 3602 do Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – Anexo 5).

Conclui que o valor do estoque em 31/12/13 foi a causa para o preço médio do estoque a valores muito abaixo do custo e da base de cálculo adotada, ao contrário do que alega a Autuada nos parágrafos 3 e 4 de fls. 102.

Quanto à tributação de produtos isentos, esclarece que a isenção prevista para o produto “Preservativo” está condicionada a um acontecimento previsto no item 96 do Anexo I, Parte 1 do RICMS/02, que é a entrada decorrente de importação do exterior ou a saída em operação interna ou interestadual.

No levantamento quantitativo em questão constatou-se a inexistência de estoque do item preservativo no momento da realização da saída deste produto, o que configura entrada sem documento fiscal. Sendo assim, algumas quantidades do item preservativo entraram no estabelecimento da Contribuinte sem nota fiscal, não havendo portanto o cumprimento da condição para que se configure a isenção deste produto.

Quanto à arguida ilegalidade da sujeição passiva dos Coobrigados, a Fiscalização reconheceu a falta de inclusão dos dispositivos legais atinentes à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

responsabilização dos Coobrigados, procedeu à rerratificação do AI e reabriu os prazos aos Sujeitos passivos, conforme fls. 125/130.

Quanto às saídas sem nota fiscal apuradas no levantamento, considera inaceitável o cancelamento da multa isolada, e portanto não prospera a alegação da Impugnante.

Informa que a Impugnante reconheceu o valor do crédito tributário calculado pela MVA e, assim, a Fiscalização procedeu à emissão do AI 01.0006411092-14 para fins exclusivos de parcelamento, e ao Termo de Rerratificação nos termos do art. 120, § 1º do RPTA, excluindo desse AI os valores reconhecidos e parcelados.

Em sessão realizada em 29/03/17, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em deferir o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, nos termos da Portaria nº 04, de 16/02/01, marcando-se extrapauta para o dia 05/04/17, ficando proferidos os votos dos Conselheiros Maria de Lourdes Medeiros (Relatora), Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor) e Geraldo da Silva Datas, que julgavam parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 125 e de fls. 145, neste caso decorrente do Termo de Rerratificação. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. João Henrique Galvão e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume.

Em sessão realizada em 05/04/17, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, nos termos da Portaria 04, de 16/02/01, em deferir o pedido de prorrogação de vista formulado pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, marcando-se extrapauta para o dia 11/04/17.

DECISÃO

Conforme relatado, trata o presente lançamento da constatação, por meio de Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – LEQFID, de entradas, manutenção em estoque, e saídas de mercadorias (medicamentos e produtos farmacêuticos) desacobertadas de documentação fiscal, nos exercícios de 2014.

Exige-se ICMS/ST sobre as entradas e estoques desacobertados, Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III do mesmo artigo da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75. Para as saídas desacobertadas, exigiu-se somente a referida multa isolada.

Insurge-se a Impugnante contra as exigências fiscais apuradas no levantamento quantitativo levado a efeito pela Fiscalização, pretendendo inicialmente a concessão de prazo de 90 (noventa) dias para que pudesse efetuar levantamentos com a finalidade de contraditar o trabalho fiscal.

Todavia, conforme relatado, a Autuada reconheceu parcialmente o crédito tributário, consoante Termo de Reconhecimento de Débito de fls. 139, Termo de Confissão de Dívida com Fiança Pessoa Física de fls. 140 e lavratura do Auto de Infração de fls. 141/143, em razão do pedido de parcelamento. Discorda apenas da

forma de apuração da base de cálculo com a aplicação do PMC e da inclusão dos sócios no polo passivo da obrigação, conforme consta no último parágrafo de fls. 136, no arrazoado de fls. 135/138.

Dessa forma, resta prejudicada a análise do pedido formulado, em razão da perda de seu objeto.

Não obstante, a Fiscalização, ao se manifestar, rebateu pontualmente todos os argumentos da Defesa apresentados na Impugnação de fls. 95/107.

Imperioso ressaltar que as irregularidades foram constatadas por meio de Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – LEQFID, por exercício fechado, sendo utilizadas as informações contidas nos livros e arquivos SPED transmitidos pela Autuada (Registros de Entradas, Saídas e de Inventário).

Cabe esclarecer que o Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (LEQFID) tem por finalidade a conferência das operações de entradas e saídas de mercadorias diariamente, pelo confronto dos estoques inicial e final com as respectivas notas fiscais de entradas e saídas, por produto, emitidas no período.

Por meio da combinação de quantidades e valores (quantitativo financeiro), verifica-se a ocorrência de possíveis irregularidades, utilizando a seguinte equação:

$$\text{Estoque Inicial} + \text{Entradas} - \text{Saídas} = \text{Estoque Final}$$

Trata o LEQFID de procedimento tecnicamente idôneo utilizado pela Fiscalização para apuração das operações e prestações realizadas pelo sujeito passivo, nos termos do art. 194 do RICMS/02:

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

(...)

II - levantamento quantitativo de mercadorias;

III - levantamento quantitativo-financeiro;

(...).

Consiste tal roteiro em uma simples operação matemática de soma e subtração, no qual o resultado é inquestionável, representando exatamente toda a movimentação das mercadorias comercializadas e o estoque existente diariamente.

Logo, é possível verificar, por exemplo, quando ocorre a emissão de documento fiscal de saída de mercadoria sem que haja estoque suficiente para suprir tal saída naquele dia, nesse caso, o levantamento informa que houve “saída sem estoque” (SSE), o que pressupõe a ocorrência de entrada de mercadoria desacobertada de documento fiscal. Ou ainda, se ao final de um determinado período, o levantamento quantitativo apresentar a apuração de estoque de mercadorias menor que o declarado pelo contribuinte no livro Registro de Inventário ou apurado em levantamento físico, verifica-se a ocorrência de estoque de mercadoria desacobertado de documento fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lado outro, se a apuração do saldo final de estoque for maior que o declarado pela Contribuinte, pressupõe-se que houve saída de mercadoria desacoberta de documentação fiscal. Tais ocorrências são constatadas ao final do levantamento quantitativo, quando é apresentado o resumo.

O Resumo Geral do Levantamento Quantitativo Financeiro Diário encontra-se anexado às fls. 21/55 dos autos.

Cabe à Defesa, de forma específica, apresentar as eventuais diferenças e/ou erros que entenda haver no levantamento quantitativo, para que a Fiscalização, caso os acate, promova as devidas correções.

Entretanto, a Impugnante não trouxe qualquer argumentação técnica quanto à apuração dos quantitativos de entradas, estoques e saídas desacobertos e, por fim, reconheceu as irregularidades, conforme já apresentado.

O inconformismo da Impugnante resume-se, então, à eleição dos Sujeitos Passivos e nesse aspecto, quanto à responsabilização dos sócios e à aplicação do PMC para a apuração da base de cálculo do ICMS/ST.

O cálculo das entradas, do estoque desacobertos encontra-se demonstrados às fls. 57/82 dos autos, já que para as saídas exigiu-se tão somente a multa isolada de 20 % (vinte por cento) do valor da operação, tudo consolidado em mídia eletrônica anexada aos autos, às fls. 83.

Conforme se verifica, as mercadorias autuadas encontram-se listadas no item 15 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

No tocante à base de cálculo utilizada para a exigência do tributo devido, cumpre esclarecer que o imposto foi exigido tomando por base as disposições previstas na legislação para fixação da base de cálculo do imposto por substituição tributária.

A base de cálculo relativa ao ICMS/ST incidente sobre medicamentos está definida no art. 59 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, vigente no período autuado:

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:

I - nas operações promovidas pelo fabricante, inclusive quando a responsabilidade couber ao adquirente, a prevista no art. 19, I, "b", 3, desta Parte;

II - nas operações promovidas por contribuinte não fabricante, observada a ordem:

a) o preço estabelecido a consumidor final, único ou máximo, fixado por órgão público competente, ressalvadas as hipóteses previstas na alínea "c";

b) o preço máximo de venda a consumidor divulgado por entidade representativa do segmento econômico

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

para a mercadoria, ressalvadas as hipóteses previstas na alínea "c";

c) a prevista no art. 19, I, "b", 3, desta Parte:
(...)

Efeitos de 12/08/2011 a 27/12/2013 - Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 5º, III, ambos do Dec. nº 45.688, de 11/08/2011:

"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";

b) a prevista no art. 19, I, "b", 3, desta Parte:"

Efeitos de 12/08/2011 a 27/12/2013 - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 5º, III, ambos do Dec. nº 45.688, de 11/08/2011:

"1. quando promovida por industrial detentor do registro da mercadoria junto ao órgão público regulador de que trata o art. 12 da Lei Federal nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, desde que a mercadoria tenha sido recebida de estabelecimento situado em unidade da Federação signatária do Protocolo para aplicação da substituição tributária;

2. quando promovida por importador situado em unidade da Federação signatária do Protocolo para aplicação da substituição tributária e detentor do registro da mercadoria junto ao órgão público regulador de que trata o art. 12 da Lei Federal nº 6.360, de 1976;

3. quando a mercadoria não tiver seu preço máximo de venda a consumidor divulgado por entidade representativa do segmento econômico. (Grifou-se)

Art. 19. A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

I - em relação às operações subseqüentes:

a) tratando-se de mercadoria cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, o preço estabelecido;

b) tratando-se de mercadoria que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, **observada a ordem:**

1. o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) divulgado em portaria da Superintendência de Tributação;

2. o preço final a consumidor sugerido ou divulgado pelo industrial, pelo importador ou por entidade representativa dos respectivos segmentos

econômicos aprovado em portaria da Superintendência de Tributação; ou

3. o preço praticado pelo remetente acrescido dos valores correspondentes a descontos concedidos, inclusive o incondicional, frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquia e de outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecido para a mercadoria na Parte 2 deste Anexo e observado o disposto nos §§ 5º a 8º deste artigo; (grifou-se).

O art. 19 traz a regra geral de determinação da base de cálculo do ICMS/ST aplicável às operações sujeitas à substituição tributária nas remessas de mercadorias ao estado de Minas Gerais. Já o art. 59 apresenta regra específica em relação ao mesmo cálculo, quando se trata de operação com o produto medicamento, situação dos autos.

A análise conjunta dos arts. 19 e 59 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, vigentes à época dos fatos, deixa claro que a base de cálculo do ICMS/ST a ser utilizada, no caso de mercadorias do item 15 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, por parte estabelecimentos não fabricantes dos produtos, é aquela prevista no art. 59, inciso II, alínea “a” do Anexo XV do RICMS (preço máximo de venda a consumidor final divulgado por entidade representativa do segmento econômico para a mercadoria).

Desse modo, corretamente agiu a Fiscalização ao realizar o cálculo do ICMS/ST em relação aos medicamentos, levando-se em conta a legislação de regência.

Com relação aos produtos também enquadrados na Parte 2 do Anexo XV, para os quais não há Preço Máximo a Consumidor publicado, foi adotada, para composição da base de cálculo, a MVA (Margem de Valor Agregado), nos termos do art. 19, I, “b.3” da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

Corretas, portanto, as exigências do ICMS, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, §2º inciso III e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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:

(...)

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida nos incisos II ou XVI do "caput" do art. 55, em se tratando de mercadoria ou prestação sujeita a substituição tributária.

(...).

Correta, também, a exigência da multa isolada retro sobre as saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa em relação à aplicação do PMC, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 182. 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 consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...).

RPTA

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 atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

(...).

Conforme já relatado, a Fiscalização elegeu para o polo passivo da obrigação tributária, além da empresa autuada, os sócios-administradores, conforme se verifica no contrato social da Autuada, cópia às fls. 113/115.

A inclusão no polo passivo da obrigação tributária dos sócios-administradores da empresa deu-se nos termos do art. 135, inciso III do CTN (art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75), *in verbis*:

Código Tributário Nacional

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Lei nº 6763/75

Art. 21- São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 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.

No caso dos autos não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei, para o efeito de extensão da responsabilidade tributária aos referidos Coobrigados, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública Estadual quando da manutenção em estoque, da entrada e da saída de mercadorias sem o devido acobertamento fiscal.

Induvidoso, que os Coobrigados, na qualidade de sócios-administradores da empresa, tinham conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela Autuada, sendo certo que a situação posta nos presentes autos caracteriza a supressão total do ICMS devido nas operações.

No caso dos autos, há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária, sendo correta, portanto, a inclusão na sujeição passiva dos Coobrigados com fulcro no art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 c/c o disposto no art. 135, inciso III do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Registra-se, por oportuno, que a responsabilidade solidária dos Coobrigados está prescrita na Lei nº 6.763/75, em conformidade com os requisitos do CTN.

O Superior Tribunal de Justiça vem consolidando jurisprudência no sentido de que quando há infração à lei, os sócios gerentes, administradores e outros respondem pela obrigação tributária como no AgRg no Ag 775621 / MG, julgado em 2.007, relator Ministro José Delgado, nos seguintes termos:

OS BENS DO SÓCIO DE UMA PESSOA JURÍDICA COMERCIAL NÃO RESPONDEM, EM CARÁTER SOLIDÁRIO, POR DÍVIDAS FISCAIS ASSUMIDAS PELA SOCIEDADE. A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA IMPOSTA POR SÓCIO-GERENTE, ADMINISTRADOR, DIRETOR OU EQUIVALENTE SÓ SE CARACTERIZA QUANDO HÁ DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE OU SE COMPROVA INFRAÇÃO À LEI PRATICADA PELO DIRIGENTE.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, decidiu, por unanimidade, no Processo nº 1.0479.98.009314-6/001(1), relator Desembargador Gouvêa Rios, quando firmou o seguinte entendimento, conforme ementa:

(...) O NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO CONSTITUI INFRAÇÃO À LEI TRIBUTÁRIA, RAZÃO POR QUE OS SÓCIOS-GERENTES PODEM SER RESPONSABILIZADOS PESSOALMENTE PELOS CRÉDITOS RELATIVOS ÀS OBRIGAÇÕES CONSTITUÍDAS À ÉPOCA DO GERENCIAMENTO, NOTADAMENTE SE CONSTATADA A INTENÇÃO DE BURLAR O FISCO ESTADUAL, UTILIZANDO INDEVIDAMENTE DE BENEFÍCIO FISCAL (ALÍQUOTA REDUZIDA) DESTINADO ÀS EXPORTAÇÕES. (...).

No mesmo processo, acompanhando o relator, a Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, após algumas considerações, concluiu:

ISTO COLOCADO, VÊ-SE, NO CASO CONCRETO, QUE SE ENCONTRA COMPROVADO NOS AUTOS (F. 28 E 37) A ADMINISTRAÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE COM O USO INDEVIDO DA ALÍQUOTA REDUZIDA E DA VENDA MERCANTIL FRAUDULENTE, PELO QUE RESPONDEM OS SÓCIOS SOLIDARIAMENTE.

Assim, correta a inclusão dos Coobrigados no polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, c/c o art. 135, inciso III do CTN.

As demais alegações da defesa são insuficientes para elidir as acusações fiscais.

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, em razão da vedação constante no item 3 do § 5º:

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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.

(...)

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 05/04/17. ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 125, e Termo de Rerrificação de fls. 145, neste caso, decorrente do Termo de Reconhecimento Parcial de Débito de fls. 139/140. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor) e Geraldo da Silva Datas.

Sala das Sessões, 11 de abril de 2017.

**Sauro Henrique de Almeida
Presidente**

**Maria de Lourdes Medeiros
Relatora**

T