

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.341/19/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001179210-74
Impugnação: 40.010147500-40, 40.010147553-35 (Coob.)
Impugnante: HPF Surgical Ltda
IE: 062820364.00-35
Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte (Coob.)
IE: 062856647.00-86
Proc. S. Passivo: Felipe Derick Martins/Outro(s), Marco Antônio Cintra Gouveia/Outro(s)
Origem: DF/BH-4 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA. Nos termos do art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial aplicável ao lançamento de ofício é contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. No caso dos autos, não se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário. **RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SUJEITO PASSIVO – FUNDAMENTAÇÃO LEGAL INCORRETA.** Incabível a inclusão no polo passivo, como Coobrigado, de estabelecimento adquirente de mercadorias ao argumento de que haveria “interesse comum” com o respectivo vendedor. Inaplicável, *in casu*, o disposto no art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional, razão de exclusão da Coobrigada do polo passivo do lançamento.

NÃO INCIDÊNCIA – DESCARACTERIZAÇÃO. Constatada a falta de destaque nas notas fiscais e do recolhimento do ICMS devido pela Autuada (contribuinte de direito), em relação às remessas de mercadorias para a Coobrigada (Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte, contribuinte de fato), tendo em vista a descaracterização da não-incidência (imunidade tributária), prevista na alínea “c” do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal de 1988. Infração caracterizada, uma vez que “a imunidade tributária retro aplica-se a seus beneficiários na posição de contribuinte de direito, mas não na de simples contribuinte de fato”, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Crédito tributário reformulado pelo Fisco para excluir os equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, isentos nos termos do item 107 da Parte 1 do anexo I do RICMS/02. Corretas as exigências remanescentes de ICMS e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Decadência não reconhecida. Decisão unânime.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A presente autuação versa sobre a falta de consignação da base de cálculo do ICMS, nos documentos fiscais emitidos pela Autuada no período de 01/01/13 a 31/12/13, em decorrência da descaracterização da não incidência (imunidade tributária) a que se refere o art. 150, inciso VI, alínea “c”, da Constituição da República de 1988 – CR/88.

Consoante esclarecido no Relatório do Auto de Infração, referida imunidade tributária havia sido inicialmente reconhecida no âmbito do Mandado de Segurança nº 1.0000.09.506713-8/000, impetrado pela Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte, decisão esta que foi posteriormente reformulada mediante juízo de retratação proferido com supedâneo no disposto no art. 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

A Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte, destinatária das mercadorias, foi incluída no polo passivo da obrigação tributária, juntamente com a Autuada, nos termos do disposto no art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional - CTN.

Exige-se nestes autos, o ICMS e a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 17/26.

Também inconformada, a Coobrigada, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, apresenta Impugnação às fls. 94/104, requerendo, ao final, a procedência da impugnação.

A Fiscalização reformula o lançamento às fls. 167/181.

Aberta vista, a Impugnante não se manifesta.

A Fiscalização manifesta-se sobre as impugnações às fls. 187/190, requerendo a procedência parcial do lançamento nos termos reformulados.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre a falta de destaque de ICMS nas notas fiscais e do recolhimento do imposto devido pela Autuada, no período de 01/01/13 a 31/12/13, em relação às remessas de mercadorias para a Coobrigada (Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte), tendo em vista a descaracterização da não incidência (imunidade tributária), prevista na alínea “c” do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal de 1988.

Exige-se, nestes autos, o ICMS e a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Ressalta-se, a priori, que a Autuada requer a realização de prova pericial sem, contudo, formular os quesitos pertinentes.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse sentido, prescreve o art. 142, § 1º, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08):

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

I - não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;

(...)

Não bastasse, verifica-se que a produção de prova pericial é totalmente desnecessária em face dos fundamentos e documentos constantes dos autos.

Inicialmente os Impugnantes pleiteiam que seja considerado decaído o direito da Fazenda Pública de lançar o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no período anterior à 20/12/13 (Autuada) e anterior a 28/12/13 (Coobrigada), em face do disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN.

O dispositivo legal apontado pelos Impugnantes para defender a decadência do crédito tributário está relacionado à homologação ficta ou tácita do imposto que foi efetivamente declarado e pago, o que não é o caso da exigência fiscal contida no Auto de Infração, na medida em que as irregularidades tributárias apuradas pelo Fisco resultaram em imposto devido que não foi declarado e nem pago.

Portanto, não há que se falar em homologação do lançamento, e sim, em exigência de ofício do tributo devido, com os acréscimos legais, no prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I, do CTN, que assim prescreve:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(...)

Sobre o tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 76977 RS 2011/0191109-3, de 12/04/12:

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

(...)

2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCÔNFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149),

INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME

Mais recentemente, pronunciou-se o STJ, no Agravo Regimental nos EDcl no REsp 1264479/SP, em acórdão de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, publicado em 10/08/16:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. ART. 173, I, DO CTN. VÍCIO NA NOTIFICAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. A PRIMEIRA SEÇÃO, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC, FIRMOU O ENTENDIMENTO DE QUE A DECADÊNCIA PARA A CONSTITUIÇÃO DE TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO DEVE SER CONTADA NA FORMA DO ART. 173, I, DO CTN, PARA OS CASOS EM QUE A LEI NÃO PREVÊ O PAGAMENTO ANTECIPADO OU QUANDO, EXISTINDO TAL PREVISÃO LEGAL, O RECOLHIMENTO NÃO É REALIZADO.

2. A ALEGAÇÃO DE QUE A NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO NÃO OCORREU DENTRO DO PRAZO DECADENCIAL NÃO FOI ENFRENTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO, RAZÃO PELA QUAL INCIDE, NO PONTO, O ENTENDIMENTO CONTIDO NA SÚMULA 282 DO STF.

3. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

E também no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 533.405–RS (2014/0144927-8):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. ARTIGO 173, I, DO CTN. ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP 973.733/SC, SOB O RITO DO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. A PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC, FIRMOU A COMPREENSÃO DE QUE NOS CASOS DE TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO NÃO HÁ O PAGAMENTO ANTECIPADO – CASO DOS AUTOS - O PRAZO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É AQUELE ESTABELECIDO NO ART.173, I, DO CTN.

2. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO

Ressalta-se que este Conselho tem decidido, reiteradamente, em situações semelhantes, que a decadência é regida pelo art. 173, inciso I do CTN, o qual determina que o prazo de cinco anos conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ressalta-se, que decisões deste Conselho envolvendo a mesma matéria, relativamente ao exercício de 2013, decidiram na mesma linha de entendimento, tanto em relação à decadência, quanto ao mérito da questão, conforme se observa no Acórdão nº 23.245/19/3ª, confirmado pelo 5.268/19/CE.

Portanto, da análise das peças que compõem os autos, tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2013, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 01/01/14, findando-se em 31/12/18. Considerando-se que o Auto de Infração foi lavrado em 20/12/18 e que as Impugnantes foram intimadas em 28/12/18 (AR fls. 13/14), verifica-se que não ocorreu a decadência do direito de a Fiscalização formalizar o crédito tributário ora em exame.

Quanto ao mérito propriamente dito, como destacado pela Fiscalização, a Coobrigada Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte impetrou mandado de segurança contra ato do Secretário de Estado de Fazenda de Minas Gerais, para que se determinasse a suspensão da exigibilidade do ICMS na compra de insumos, medicamentos e serviços em geral, em razão da imunidade tributária prevista na alínea “c” do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal de 1988, obtendo decisão a ela favorável (data da publicação: 14/10/11).

O Supremo Tribunal Federal publicou, em 27/09/17, o acórdão de mérito da questão constitucional suscitada no *Leading Case* RE nº 608.872/MG (Tema 342 da repercussão geral) em que se discutia “a imunidade tributária, ou não, de entidades filantrópicas, relativamente ao ICMS cobrado de seus fornecedores (contribuintes de direito) e a elas repassados como consumidora (contribuinte de fato)”, fixando a tese de que **“a imunidade tributária subjetiva aplica-se a seus beneficiários na posição de contribuinte de direito, mas não na de simples contribuinte de fato, sendo irrelevante para a verificação da existência do beneplácito constitucional a repercussão econômica do tributo envolvido”**. Confira-se:

EMENTA

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. IMUNIDADE DO ART. 150, INCISO VI, ALÍNEA A, CF. ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS). AQUISIÇÃO DE INSUMOS E PRODUTOS NO MERCADO INTERNO NA QUALIDADE DE CONTRIBUINTE DE FATO. BENEPLÁCITO RECONHECIDO AO CONTRIBUINTE DE DIREITO. REPERCUSSÃO ECONÔMICA. IRRELEVÂNCIA.

1. HÁ MUITO TEM PREVALECIDO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL O ENTENDIMENTO DE QUE A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA SUBJETIVA SE APLICA A SEUS BENEFICIÁRIOS NA POSIÇÃO DE CONTRIBUINTES DE DIREITO, MAS NÃO NA DE SIMPLES

CONTRIBUINTES DE FATO, SENDO IRRELEVANTE PARA A VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO BENEPLÁCITO CONSTITUCIONAL A DISCUSSÃO ACERCA DA REPERCUSSÃO ECONÔMICA DO TRIBUTO ENVOLVIDO. PRECEDENTES.

2. NA PRIMEIRA METADE DA DÉCADA DE SESSENTA, ALGUNS JULGADOS JÁ TRATARAM DO TEMA, ENSEJANDO A EDIÇÃO DA SÚMULA Nº 468/STF. CONFORME O ENUNCIADO, APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 5, DE 21/11/1961, O IMPOSTO FEDERAL DO SELO ERA DEVIDO PELO CONTRATANTE NÃO BENEFICIÁRIO DE DESONERAÇÃO CONSTITUCIONAL (CONTRIBUINTE DE DIREITO) EM RAZÃO DE CONTRATO FIRMADO COM A UNIÃO, ESTADO, MUNICÍPIO OU AUTARQUIA, AINDA QUE A ESSES ENTES IMUNES FOSSE REPASSADO O ENCARGO FINANCEIRO DO TRIBUTO POR FORÇA DA REPERCUSSÃO ECONÔMICA (CONTRIBUINTES DE FATO).

3. A SÚMULA Nº 591, APROVADA EM 1976, PRECONIZA QUE “A IMUNIDADE OU A ISENÇÃO TRIBUTÁRIA DO COMPRADOR NÃO SE ESTENDE AO PRODUTOR, CONTRIBUINTE DO IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS”.

4. CUIDANDO DO RECONHECIMENTO DA IMUNIDADE EM FAVOR DE ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL QUE VENDIA MERCADORIAS DE SUA FABRICAÇÃO (CONTRIBUINTE DE DIREITO), ADMITE O TRIBUNAL A IMUNIDADE, DESDE QUE O LUCRO OBTIDO SEJA APLICADO NAS ATIVIDADES INSTITUCIONAIS.

5. À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA CONSAGRADA NA CORTE, A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA SUBJETIVA (NO CASO DO ART. 150, VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM RELAÇÃO AOS IMPOSTOS) APLICA-SE AO ENTE BENEFICIÁRIO NA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE DE DIREITO, SENDO IRRELEVANTE, PARA RESOLVER ESSA QUESTÃO, INVESTIGAR SE O TRIBUTO REPERCUTE ECONOMICAMENTE.

6. O ENTE BENEFICIÁRIO DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA SUBJETIVA OCUPANTE DA POSIÇÃO DE SIMPLES CONTRIBUINTE DE FATO – COMO OCORRE NO PRESENTE CASO –, EMBORA POSSA ARCAR COM OS ÔNUS FINANCEIROS DOS IMPOSTOS ENVOLVIDOS NAS COMPRAS DE MERCADORIAS (A EXEMPLO DO IPI E DO ICMS), CASO TENHAM SIDO TRANSLADADOS PELO VENDEDOR CONTRIBUINTE DE DIREITO, DESEMBOLSA IMPORTE QUE JURIDICAMENTE NÃO É TRIBUTO, MAS SIM PREÇO, DECORRENTE DE UMA RELAÇÃO CONTRATUAL.

A EXISTÊNCIA OU NÃO DESSA TRANSLAÇÃO ECONÔMICA E SUA INTENSIDADE DEPENDEM DE DIVERSOS FATORES EXTERNOS À NATUREZA DA EXAÇÃO, COMO O MOMENTO DA PACTUAÇÃO DO PREÇO (SE ANTES OU DEPOIS DA CRIAÇÃO OU DA MAJORAÇÃO DO TRIBUTO), A ELASTICIDADE DA OFERTA E A ELASTICIDADE DA DEMANDA, DENTRE OUTROS.

7. A PROPÓSITO, TAL ORIENTAÇÃO ALINHA-SE AOS PRECEDENTES DESTA CORTE NO SENTIDO DE SER A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA SUBJETIVA CONSTANTE DO ART. 150, VI, C, DA

CONSTITUIÇÃO APLICÁVEL À HIPÓTESE DE IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS PELAS ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL PARA USO OU CONSUMO PRÓPRIOS.

ESSAS ENTIDADES OSTENTAM, NESSA SITUAÇÃO, A POSIÇÃO DE CONTRIBUINTES DE DIREITO, O QUE É SUFICIENTE PARA O RECONHECIMENTO DO BENEPLÁCITO CONSTITUCIONAL. O FATO DE TAMBÉM SEREM APONTADAS, COSTUMEIRA E CONCOMITANTEMENTE, COMO CONTRIBUINTES DE FATO É IRRELEVANTE PARA A ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA. PRECEDENTES.

8. EM RELAÇÃO AO CASO CONCRETO, DOU PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARA DECLARAR NÃO SER APLICÁVEL À RECORRIDA A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA CONSTANTE DO ART. 150, VI, C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SEM CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS, NOS TERMOS DA SÚMULA Nº 512/STF. CUSTAS EX LEGE.

9. EM RELAÇÃO AO TEMA Nº 342 DA GESTÃO POR TEMAS DA REPERCUSSÃO GERAL DO PORTAL DO STF NA INTERNET, FIXA-SE A SEGUINTE TESE: “A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA SUBJETIVA APLICA-SE A SEUS BENEFICIÁRIOS NA POSIÇÃO DE CONTRIBUINTE DE DIREITO, MAS NÃO NA DE SIMPLES CONTRIBUINTE DE FATO, SENDO IRRELEVANTE PARA A VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO BENEPLÁCITO CONSTITUCIONAL A REPERCUSSÃO ECONÔMICA DO TRIBUTO ENVOLVIDO. (GRIFOS ACRESCIDOS).

Em razão da orientação firmada pelo Tribunal Superior retro, sobre o caso em exame, o TJMG entendeu cabível o juízo de retratação, na forma prevista no art. 1.040, inciso II, do CPC (*quando o julgamento constante do acórdão impugnado diverge da decisão paradigma, submetida ao regime de repercussão geral*), denegando a segurança em relação ao mandado de segurança impetrado pela Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte (decisão publicada em 06/07/18).

Pois bem, feitas as observações retro, verifica-se que no caso em exame resta inaplicável a imunidade tributária prevista na alínea “c” do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal de 1988, estando correta, pois, a acusação fiscal de falta de destaque e recolhimento do ICMS devido pela Autuada (contribuinte de direito) em relação às remessas de mercadorias para a Coobrigada (Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte) - contribuinte de fato.

Isso porque, com a denegação do mandado de segurança impetrado pela Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte (decisão publicada em 06/07/18), retornam-se os fatos ao status quo, em juízo de retratação, compete ao Fisco a cobrança do crédito tributário na sua integralidade dos Sujeitos Passivos (Autuada, na qualidade de contribuinte do imposto, e da Coobrigada, na qualidade de responsável solidário), uma vez que a Coobrigada perdeu a proteção judicial que lhe autorizou a aquisição de medicamentos, dentre outros, sem a incidência do imposto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse diapasão, vale trazer à baila o significado gramatical do termo “retratar”, conforme verbetes do vocábulo constante do dicionário (Aurélio Buarque de Holanda):

"Retratar. [Do lat. *retractare*, 'puxar para trás'.] V. t. d.
1. Retirar (o que se disse); dar como não dito: *A Justiça obrigará os caluniadores a retratarem as acusações*. 2. Tornar a tratar (um assunto): *Não retrataremos propostas estudadas e recusadas*. P. 3. Retirar o que disse; desdizer-se: *O acusador retratou-se*. 4. Confessar que errou, que procedeu mal: *O orgulhoso jamais se retrata*. [Pres. subj.: *retrate, retrates, retrate, retratem, retrateis, retratem*. Cf. *retráteis*, pl. de *retrátil*.]"

Ressalta-se que a determinação do Supremo Tribunal Federal de devolução dos autos ao Tribunal *a quo* para exercício do juízo de retratação (art. 1.040, inciso II, do CPC) determina que seja feito um novo julgamento, conforme entendimento do TJMG:

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DEVOUÇÃO DOS AUTOS PARA EXERCÍCIO DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO. VINCULAÇÃO DA TURMA JULGADORA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 80 DO RITJMG.

A DETERMINAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE DEVOUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL PARA EXERCÍCIO DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO (ART. 1.040, II, CPC) NÃO IMPLICA NOVA DISTRIBUIÇÃO DO RECURSO, **MAS SIM NOVO JULGAMENTO**, FICANDO VINCULADOS OS DESEMBARGADORES QUE PARTICIPARAM DO JULGAMENTO ANTERIOR, NOS TERMOS DO ARTIGO 80, V E 517, §§ 3º E 4º DO RITJMG.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA ACOLHIDO EM PARTE.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.0024.03.026756-1/008
- COMARCA DE BELO HORIZONTE - SUSCITANTE:
ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO JD CONVOCADO JUNTO À 3ª CÂMARA CÍVEL - SUSCITADO(A): JUDIMAR BIBER DESEMBARGADOR(A) DA 3ª CÂMARA CÍVEL - INTERESSADO(S): FUND CLOVIS SALGADO, ASSOC FUNCIONARIOS FUND CLOVIS SALGADO

ACÓRDÃO

VISTOS ETC., ACORDA, EM TURMA, A 1ª SEÇÃO CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, NA CONFORMIDADE DA ATA DOS JULGAMENTOS, EM ACOLHER EM PARTE O CONFLITO DE COMPETÊNCIA.

DESA. ALBERGARIA COSTA

RELATORA.

Nesse novo julgamento, adotando-se a tese firmada pelo Tribunal superior (art. 1.040, inciso III, do CPC), foi denegado o mandado de segurança impetrado pela ora Coobrigada. Examine-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

NÚMERO DO 1.0000.09.506713-8/000

RELATOR: DES.(A) CARLOS LEVENHAGEN

RELATOR DO ACORDÃO: DES.(A) CARLOS LEVENHAGEN

DATA DO JULGAMENTO: 27/06/2018

DATA DA PUBLICAÇÃO: 06/07/2018

EMENTA: JUÍZO DE RETRATAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS - ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA (ART. 150, INCISO VI, ALÍNEA A DA CRFB/88) – AQUISIÇÃO DE INSUMOS E PRODUTOS NA QUALIDADE DE CONTRIBUINTE DE FATO - PARADIGMA DO TRIBUNAL SUPERIOR (RE 608.872/MG) - REPERCUSSÃO GERAL - ARTIGO 1.040, II, DO CPC/2015 - JUÍZO DE RETRATAÇÃO.

- CONSOANTE ORIENTAÇÃO FIRMADA POR TRIBUNAL, SUPERIOR EM JULGAMENTO SUBMETIDO AO REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL, "A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA SUBJETIVA APLICA-SE A SEUS BENEFICIÁRIOS NA POSIÇÃO DE CONTRIBUINTE DE DIREITO, MAS NÃO NA DE SIMPLES CONTRIBUINTE DE FATO, SENDO IRRELEVANTE PARA A VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO BENEPLÁCITO CONSTITUCIONAL A REPERCUSSÃO ECONÔMICA DO TRIBUTO ENVOLVIDO".

- CABÍVEL O JUÍZO DE RETRATAÇÃO, NA FORMA PREVISTA PELO ARTIGO 1.040, II, DO CPC/2015, QUANDO O JULGAMENTO CONSTANTE DO ACÓRDÃO IMPUGNADO DIVERGE DA DECISÃO PARADIGMA, SUBMETIDA AO REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.09.506713-8/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - IMPETRANTE(S): SANTA CASA MISERICÓRDIA BELO HORIZONTE - AUTORI. COATORA: SECRETARIO ESTADO FAZENDA MINAS GERAIS.

Em situação semelhante a ora discutida, reza a Súmula 405 do STF: “denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”.

Assim, repita-se, com a denegação do mandado de segurança impetrado pela Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte (decisão publicada em 06/07/18), **retornam-se os fatos ao status quo**, coube ao Fisco a cobrança do crédito tributário na sua integralidade dos Sujeitos Passivos (Autuada, na qualidade de contribuinte do imposto, e da Coobrigada, na qualidade de responsável solidário), uma vez que esta perdeu a proteção judicial que lhe autorizou a aquisição de medicamentos, dentre outros, sem a incidência do imposto.

Importa repisar que a denegação do mandado de segurança restabelece o *status quo ante*, obrigando o contribuinte a adequar-se aos imperativos da lei questionada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, o recolhimento do tributo, antes com a exigibilidade suspensa, torna-se devido, prevalecendo, inclusive, a regra definidora do prazo normal para pagamento.

Restou, assim, caracterizada a ocorrência do fato gerador do ICMS promovido pela Autuada (contribuinte do imposto), conforme estabelece a Lei nº 6.763/75:

Art. 5º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior:

§ 1º O imposto incide sobre:

1. Operação relativa à circulação de mercadoria, inclusive o fornecimento de alimentação e bebida em bar, restaurante ou estabelecimento similar;

(...)

Art. 6º Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

(...)

Art. 14. Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço, descrita como fato gerador do imposto.

§ 1º A condição de contribuinte independe de estar a pessoa constituída ou registrada, bastando que pratique com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial a operação ou a prestação definidas como fato gerador do imposto.

(...)

A Impugnante reconhece que, no período autuado, deixou de consignar a base de cálculo do ICMS nas notas fiscais emitidas à Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte, bem como recolher o imposto. Nesse sentido, aponta o que entende devido.

Dessa forma, além do argumento da decadência, pede a exclusão das exigências aplicada às operações com mercadorias destinadas à Santa Casa de Misericórdia que estavam sob a égide da isenção, no exercício de 2013.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Fiscalização acata o argumento de Defesa, excluindo da composição do crédito tributário os equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, isentos nos termos do item 107 da Parte 1 do anexo I do RICMS/02.

A apuração do ICMS remanescente exigido encontra-se nas planilhas contidas no Termo de Rerratificação do Auto de Infração às fls. 167/169.

Constata-se das planilhas de apuração do imposto em exame (foi exigido somente ICMS operação própria/valor das operações constantes das notas fiscais com aplicação da alíquota no percentual de 12% - doze por cento).

Inferre-se dos autos que as mercadorias objeto da autuação são medicamentos e outros produtos farmacêuticos, sujeitas ao recolhimento do ICMS por substituição tributária.

No caso em epígrafe, por não existir operações subsequentes com as mercadorias vendidas, a Fiscalização somente exigiu o ICMS operação própria não destacado e não recolhido pela Autuada (distribuidora de medicamentos e materiais hospitalares).

A Fiscalização exigiu o ICMS com aplicação da alíquota no percentual de 12% (doze por cento), prevista para as mercadorias, no período autuado, na subalínea b.47, inciso I do art. 42 do RICMS/02:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

b) 12 % (doze por cento), na prestação de serviço de transporte aéreo e nas operações com as seguintes mercadorias:

(...)

Efeitos de 11/12/2013 a 31/12/2015 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 9º, ambos do Dec. nº 46.368, de 10/12/2013:

"b.47) medicamentos, máquinas, equipamentos, aparelhos e instrumentos médico-hospitalares e material de uso médico, odontológico ou laboratorial, destinados a fornecer suporte a procedimentos diagnósticos, terapêuticos ou cirúrgicos, promovidas pelo estabelecimento industrial fabricante ou pelo distribuidor hospitalar, desde que destinados a distribuidor hospitalar ou a órgãos públicos, hospitais, clínicas e assemelhados não-contribuintes do imposto e a operadoras de planos de saúde para fornecimento a hospitais e clínicas;"

Efeitos de 21/02/2013 a 10/12/2013 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 2º, ambos do Dec. nº 46.156, de 20/02/2013:

"b.47) medicamentos, máquinas, equipamentos, aparelhos e instrumentos médico-hospitalares e material de uso médico, odontológico ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

laboratorial, destinados a fornecer suporte a procedimentos diagnósticos, terapêuticos ou cirúrgicos, promovidas pelo estabelecimento industrial fabricante ou pelo distribuidor hospitalar, desde que destinados a distribuidor hospitalar ou a órgãos públicos, hospitais, clínicas e assemelhados, não-contribuintes do imposto;"

Efeitos de 1º/06/2008 a 20/02/2013 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.823, de 30/05/2008:

"b.47) medicamento acondicionado em embalagem hospitalar, máquinas, equipamentos, aparelhos e instrumentos médico-hospitalares e material de uso médico, odontológico ou laboratorial, destinado a fornecer suporte a procedimentos diagnósticos, terapêuticos ou cirúrgicos, promovidas pelo estabelecimento industrial fabricante ou pelo distribuidor hospitalar, desde que destinados a distribuidor hospitalar ou a órgãos públicos, hospitais, clínicas e assemelhados, não-contribuintes do imposto;"

(...)

Assim, caracterizada as infringências à legislação tributária, corretas são as exigências remanescentes de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, 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.

(...)

Quanto à sujeição passiva da Coobrigada "Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte", impõe-se que este aspecto do lançamento seja analisado à luz dos fundamentos que orientaram o trabalho fiscal.

Nesta perspectiva, segundo expressamente consignado no relatório do Auto de Infração, a Fiscalização imputou tal responsabilidade com base na disposição contida no art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional, que assim dispõe, *in litteris*:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em sede de manifestação fiscal, a Autoridade lançadora deixou consignado, *in verbis*:

Por último, entende a Fiscalização ser correta a inclusão da Santa Casa de Misericórdia na condição de coobrigada pelo crédito tributário, nos termos do art. 124 do inciso I do CTN, já que tanto o remetente, HPF Surgical LTDA, quanto o destinatário, Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte, se beneficiaram economicamente da redução dos preços dos medicamentos comercializados entre ambos.

Entretanto, falece razão à Fiscalização, consoante os argumentos a seguir replicados do Acórdão nº 5.268/19/CE.

Em que pese o fato de, inquestionavelmente, haver um vínculo (jurídico e econômico) entre comprador e vendedor (no caso, entre a HPF Surgical LTDA e a Santa Casa de Misericórdia), não se afigura correto concluir, a partir daí que estaria configurado o “interesse comum” a que se refere o art. 124, inciso I, do CTN.

Em outras palavras, conforme reiteradamente consignado em sede doutrinária, os conceitos de “vínculo econômico/jurídico” e de “interesse comum” (na dicção adotada pelo Código Tributário Nacional) **não** são equivalentes.

Para ilustrar tal assertiva, cita-se, à guisa de exemplo, o escólio doutrinário de Luciano Amaro (“Direito Tributário Brasileiro”, 14ª edição, Ed. Saraiva, págs. 315/315) que, ao tratar especificamente desta distinção, deixou assentado, *in litteris*:

Sabendo que a eleição de terceiro como responsável supõe que ele seja *vinculado* ao fato gerador (art. 128), é preciso distinguir, de um lado, as situações em que a responsabilidade do terceiro deriva do fato de ele ter “interesse comum” no fato gerador (o que dispensa previsão na lei instituidora do tributo) e, de outro, as situações em que o terceiro tenha *algum outro interesse (melhor se diria, as situações com as quais ele tenha algum vínculo) em razão do qual ele possa ser eleito como responsável.*

(...)

Por outro lado, o só fato de o Código Tributário Nacional dizer que, em determinada operação (por exemplo, a alienação de imóvel), a lei do tributo pode eleger qualquer das partes como contribuinte não significa que, tendo eleito *uma* delas, a *outra* seja solidariamente responsável. (...) **Até porque nessa hipótese o interesse de cada uma das partes no negócio não é comum, não é o mesmo; o interesse do vendedor é na alienação, o do comprador é na aquisição. Se, porém, houver dois vendedores ou dois compradores (co-propriedade), aí sim teremos interesse comum** (dos vendedores ou dos compradores, respectivamente), de modo que, se a lei

definir como contribuinte a figura do comprador, ambos os compradores serão responsáveis solidários, não porque a lei tenha eventualmente vindo a proclamar essa solidariedade, mas sim porque ela decorre do *interesse comum* de ambos no fato da aquisição. (destacou-se)

Deste entendimento também não discrepa Rubens Gomes de Sousa (“Compêndio de Legislação Tributária”. Rio de Janeiro. Edições Financeiras. 1060):

São solidariamente obrigadas pelo crédito tributário as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, segundo prevê o art. 124, I, do CTN. **O interesse comum das pessoas não é revelado pelo interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, mas pelo interesse jurídico, que diz respeito à realização comum ou conjunta da situação que constitui o fato gerador.** (destacou-se).

De igual modo, podem ser citadas também as lições de Hugo de Brito Machado (“Curso de Direito Tributário”. Ed. Malheiros.2007):

(...) **o interesse comum** na situação que constitua o fato gerador da obrigação, cuja presença cria a solidariedade, **não é um interesse meramente de fato, e sim um interesse jurídico. Interesse que decorre de uma situação jurídica.** (destacou-se).

Em linha com os entendimentos doutrinários, também a jurisprudência dos nossos tribunais se consolidou no mesmo sentido, consoante se pode constatar no julgado cujo excerto encontra-se adiante reproduzido, *in verbis*:

STJ - ARESP 1198146 / SP 2017/0284018-7 JULGAMENTO: 04/12/2018 / DATA DA PUBLICAÇÃO:18/12/2018

RELATOR: MINISTRO GURGEL DE FARIA

O "INTERESSE COMUM" DE QUE TRATA O PRECEITO EM DESTAQUE REFERE-SE ÀS PESSOAS QUE SE ENCONTRAM NO MESMO POLO DO CONTRIBUINTE EM RELAÇÃO À SITUAÇÃO JURÍDICA ENSEJADORA DA EXAÇÃO, NO CASO, A VENDA DA MERCADORIA, SENDO CERTO QUE ESSE INTERESSE NÃO SE CONFUNDE COM A VONTADE OPOSTA MANIFESTADA PELO ADQUIRENTE, QUE NÃO É A DE VENDER, MAS SIM DE COMPRAR A COISA. (DESTACOU-SE).

Pelo exposto, tendo presente que o único fundamento legal adotado pela Fiscalização para justificar a atribuição da responsabilidade tributária à Coobrigada “Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte” consistiu exatamente na disposição contida no art. 124, inciso I, do CTN, e sendo tal dispositivo, como visto, inaplicável à hipótese dos autos, afigura-se evidenciado o descabimento da sua inclusão no polo passivo, daí resultando a necessidade de reformulação do lançamento neste ponto.

Como se não bastassem os fundamentos supramencionados, é de se destacar, ademais, que ao adotar, como motivo e fundamento da Coobrigação, exclusivamente a disposição contida no art. 124, inciso I, do CTN, a Fiscalização acaba por vincular o respectivo ato administrativo à prevalência e validade do motivo apontado.

Com efeito, tal assertiva é confirmada em reiteradas lições doutrinárias.

À guisa de ilustração, cita-se, por exemplo, Maria Silvia Zanella di Pietro (“Direito Administrativo”, 23ª edição, Ed. Atlas):

Motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo.

(...)

Ainda relacionada com o motivo, há a teoria dos motivos determinantes, em consonância com a qual **a validade do ato administrativo se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade.** Por outras palavras, quanto a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija esta motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros. (grifou-se)

No mesmo sentido é o escólio de Celso Antonio Bandeira de Mello (“Curso de Direito Administrativo”, 26ª edição, Ed. Malheiros):

Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.

(...)

Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enuncia-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam. (grifou-se)

De igual modo também se posiciona Hely Lopes Meirelles (“Direito Administrativo Brasileiro”, 36ª edição, Ed. Malheiros):

Quer quando obrigatória, quer quando facultativa, se for feita, a motivação atua como elemento vinculante da Administração aos motivos declarados como determinantes do ato. Se tais motivos são falsos ou inexistentes, nulo é o ato praticado. (grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por fim, dentre os doutrinadores da nova geração, mencione-se também Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (“Direito Administrativo Descomplicado”, 21ª edição, Ed. Método), para os quais a motivação dos atos administrativos visa:

“explicitar que a administração pública está sujeita ao controle administrativo e judicial (portanto, controle de legalidade ou legitimidade) relativo à existência e à pertinência ou adequação dos motivos – fático e legal – que ela declarou como causa determinante da prática de um ato.

(...)

Caso seja comprovada a não ocorrência da situação declarada, ou a inadequação entre a situação ocorrida (pressuposto de fato) e o motivo descrito na lei (pressuposto de direito), o ato será nulo.

Destarte, tendo presente a fundamentação adotada pela Autoridade lançadora, incabível a manutenção da Coobrigada no polo passivo da obrigação tributária.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, quanto à prejudicial de mérito, à unanimidade, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 167 a 181 e, ainda, para excluir do polo passivo a Coobrigada. Vencidos, em parte, os Conselheiros Wagner Dias Rabelo (Relator) e Luiz Geraldo de Oliveira, que não a excluam. Designada relatora a Conselheira Ivana Maria de Almeida (Revisora). Conforme art. 163, § 2º do RPTA, 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, 11 de dezembro de 2019.

Ivana Maria de Almeida
Relatora designada

Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente

P

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão:	22.341/19/2ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.001179210-74	
Impugnação:	40.010147500-40, 40.010147553-35 (Coob.)	
Impugnante:	HPF Surgical Ltda IE: 062820364.00-35 Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte (Coob.) IE: 062856647.00-86	
Proc. S. Passivo:	Felipe Derick Martins/Outro(s), Marco Antônio Cintra Gouveia/Outro(s)	
Origem:	DF/BH-4 - Belo Horizonte	

Voto proferido pelo Conselheiro Wagner Dias Rabelo, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CCMG.

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

A autuação versa sobre a falta de consignação da base de cálculo do ICMS, nos documentos fiscais emitidos pela Autuada no período de 01/01/13 a 31/12/13, em decorrência da descaracterização da não incidência (imunidade tributária) a que se refere o art. 150, inciso VI, alínea “c”, da Constituição da República de 1988 – CR/88.

Consoante esclarecido no Relatório do Auto de Infração, referida imunidade tributária havia sido inicialmente reconhecida no âmbito do Mandado de Segurança nº 1.0000.09.506713-8/000, impetrado pela Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte, decisão esta que foi posteriormente reformulada mediante juízo de retratação proferido com supedâneo no disposto no art. 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

A Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte, destinatária das mercadorias, foi incluída no polo passivo da obrigação tributária, juntamente com a Autuada, nos termos do disposto no art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional - CTN.

Exigências do ICMS e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Coobrigada, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, apresenta Impugnação às fls. 17/26 requerendo, ao final, a procedência da impugnação.

Questiona a aplicação do art. 124, inciso I do CTN, alegando que para que haja interesse comum não basta a existência de interesse econômico das partes, sendo fundamental que haja interesse jurídico, o que ocorre somente se as partes estiverem do mesmo lado, praticando em conjunto o fato gerador do tributo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cita excertos de doutrina, julgado deste Conselho de Contribuintes, decisões do STJ e parecer da Receita Federal, com intuito de corroborar o seu entendimento de que a solidariedade prevista no art. 124, inciso I do CTN não se aplica ao caso dos autos.

Por sua vez, como foi dito acima, em razão da orientação firmada pelo Tribunal Superior retro, sobre o caso em exame, o TJMG entendeu cabível o juízo de retratação, na forma prevista no art. 1.040, inciso II, do CPC (quando o julgamento constante do acórdão impugnado diverge da decisão paradigma, submetida ao regime de repercussão geral), denegando a segurança em relação ao mandado de segurança impetrado pela Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte (decisão publicada em 06/07/18).

Portanto, verifica-se que no caso em exame resta inaplicável a imunidade tributária prevista na alínea “c” do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal de 1988, estando correta, pois, a acusação fiscal de falta de destaque e recolhimento do ICMS devido pela Autuada (contribuinte de direito) em relação às remessas de mercadorias para a Coobrigada (Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte) - contribuinte de fato.

Com a denegação do mandado de segurança impetrado pela Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte (decisão publicada em 06/07/18), retornam-se os fatos ao *status quo*, em juízo de retratação, competindo ao Fisco a cobrança do crédito tributário na sua integralidade dos Sujeitos Passivos (Autuada, na qualidade de contribuinte do imposto, e da Coobrigada, na qualidade de responsável solidário), uma vez que a Coobrigada perdeu a proteção judicial que lhe autorizou a aquisição de medicamentos, dentre outros, sem a incidência do imposto.

É no tocante à eleição da Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte para o polo passivo da obrigação tributária, que se funda a divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência. Extrai-se dos autos, conforme já relatado, que os atos da referida Coobrigada concorrerem para o não recolhimento do tributo, conforme descrito no inciso XII, art. 21 da Lei nº 6.763/75.

A condição de Coobrigada da Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte reside não somente no interesse econômico, mas também jurídico.

O interesse jurídico fica substanciado quando se observa que as duas partes se agarraram à decisão judicial para negociar as mercadorias por preços abaixo dos normalmente praticados no mercado.

A decisão judicial que beneficiava a Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte (e aí não se faz nenhuma crítica se esta decisão era favorável à sociedade de uma maneira geral) foi transmitida aos seus fornecedores por esta instituição. As duas partes, fornecedores e a destinatária, foram beneficiadas, estando a Fazenda Pública na outra ponta dessa relação.

Portanto, resta afastado o argumento quanto à inaplicabilidade do disposto no art. 124, inciso I, do CTN, configurando-se, dessa forma, a solidariedade.

Assim, correta a eleição da Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte para o polo passivo como Coobrigada (responsável solidária), nos estritos termos do art. 121, parágrafo único, inciso II c/c o art. 124, inciso II, todos do Código Tributário Nacional (CTN), que não exigem conduta dolosa e que assim dispõem:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

(...)

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

(...)

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

(...)

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

(...)

(Destacou-se).

O art. 121, parágrafo único, II do CTN prevê que o responsável tributário é sujeito passivo da obrigação principal, cuja obrigação decorre de disposição expressa da lei, sem que o mesmo tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador.

Por outro lado, o art. 124, inciso II do CTN prescreve que “são solidariamente obrigadas as pessoas expressamente designadas por lei”.

Dos ensinamentos do Mestre Hugo de Brito Machado, veja-se:

“Diz o CTN que são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal (art. 124, inc. I) e também as pessoas expressamente designadas por lei (art. 124, inc. II).

As pessoas com interesse comum na situação que constitui fato gerador da obrigação de pagar um tributo são solidariamente obrigadas a esse pagamento, mesmo que a lei específica do tributo em questão não o diga. É uma norma geral, aplicável a todos os tributos.

Também são solidariamente obrigadas as pessoas expressamente designadas por lei, isto é, a lei pode estabelecer a solidariedade entre pessoas que não tenham interesse comum na situação que constitui o fato gerador do tributo. Se há interesse comum, a

solidariedade decorre do próprio Código Tributário Nacional. Independe de dispositivo da lei do tributo. Se não há interesse comum, a existência de solidariedade depende de previsão expressa da lei do tributo.” (Machado, Hugo de Brito – Curso de Direito Tributário – 28ª Edição – Malheiros Editores – fl. 174).

Por sua vez, o art. 21, inciso XII, da Lei nº 6.763/75, dispõe:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não recolhimento do tributo por estes.

(...)

Acresça-se, ainda, o comando inserto no art. 207 da Lei nº 6.763/75:

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, (...);

Ainda que a capitulação legal utilizada pela Fiscalização para incluir a Coobrigada no polo passivo como responsável solidária (art. 124, inciso I do CTN) seja diversa dos dispositivos aqui adotados, incisos II do art. 124 do CTN e XII do art. 21 da Lei nº 6.763/75, deve prevalecer o conteúdo do Auto de Infração.

Assim, pelas razões acima expostas, restou comprovado nos autos que os atos e omissões da empresa Coobrigada, Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte, concorreram para o não recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos pela Contribuinte. Legítimas, portanto, a sua manutenção no polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 124, inciso II do CTN c/c art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75.

Sala das Sessões, 11 de dezembro de 2019.

**Wagner Dias Rabelo
Conselheiro**