

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.929/25/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.003283443-36
Impugnação: 40.010156925-15, 40.010156948-36 (Coob.)
Impugnante: Biohosp Produtos Hospitalares S/A
IE: 002163182.00-79
Fundação São Francisco Xavier (Coob.)
IE: 313253561.00-78
Proc. S. Passivo: Diego Caldas Rivas de Simone/Outro(s), Otto Carvalho Pessoa de Mendonça.
Origem: DF/BH-4 - Belo Horizonte.

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SUJEITO PASSIVO - CORRETA A ELEIÇÃO. Restou comprovado que os atos e omissões da Coobrigada concorreram para o não recolhimento do imposto e acréscimos legais, devidos pela Contribuinte. Legítima, portanto, a sua manutenção no polo passivo da obrigação tributária, respondendo pelo ICMS e multas, em face das disposições contidas no art. 124, inciso II do CTN c/c art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75.

NÃO INCIDÊNCIA – DESCARACTERIZAÇÃO - UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Constatada a falta de recolhimento do ICMS operação própria, em decorrência da descaracterização da não-incidência (imunidade tributária) a que se refere o art. 150, inciso VI, alínea “c”, da Constituição Federal de 1988 – CF/88. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Infração parcialmente caracterizada tendo em vista a existência de decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário (RE) nº 608.872/MG, Tema nº 342, sob o rito de repercussão geral, que reformou a decisão do processo de Apelação Cível nº 1.0.13.04.150611-1/0011, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que reconhecia a imunidade tributária para a Coobrigada. Contudo, excluem-se, ainda, as exigências anteriores a junho de 2022, data do despacho que tornou sem efeitos a Certidão emitida pelo Secretário da Fazenda que reconhecia a referida imunidade. Corretas as exigências remanescentes em relação à Autuada e à Coobrigada, de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - EMISSÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL - FALTA DE INDICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. Constatou-se que a Autuada deixou de consignar em documento fiscal a base de cálculo do ICMS operação própria, devido nas operações em que foi descaracterizada a não-incidência (imunidade tributária). Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Infração parcialmente caracterizada tendo em vista a existência de decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário (RE) nº 608.872/MG, Tema nº 342, sob o rito de repercussão geral, que reformou a

decisão do processo de Apelação Cível nº 1.0.13.04.150611-1/0011, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que reconhecia a imunidade tributária para a Coobrigada. Contudo, excluem-se as exigências anteriores a junho de 2022, data do despacho que tornou sem efeitos a Certidão emitida pelo Secretário da Fazenda que reconhecia a referida imunidade. Correta a exigência remanescente, em relação à Autuada, da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75. Em relação à Coobrigada, exclui-se, a referida multa isolada. Crédito tributário reformulado pelo Fisco.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

- falta de recolhimento do ICMS operação própria nas saídas realizadas pela Autuada (contribuinte de direito), contribuinte enquadrado como distribuidor hospitalar, em decorrência da descaracterização da não-incidência (imunidade tributária) prevista na alínea “c” do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal de 1988 – CF/88, relativa às operações com mercadorias destinadas à Coobrigada (contribuinte de fato), nos períodos de 01/12/18 a 30/09/20 e de 11/10/22 a 30/06/23.

Exige-se ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

- falta de consignação da base de cálculo do ICMS operação própria em documentos fiscais emitidos pela Autuada, para os quais houve descaracterização da não-incidência (imunidade tributária).

Exige-se Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75.

Destaca a Fiscalização que tais operações estão relacionadas nas planilhas em Excel denominadas Anexo 5 – “Demonstr Apuração ICMS 12-2018 a 09-2020 e 10-2022 a 06-2023 BIOHOSP–FSFX–AI e-PTA” e Anexo 7 - “NF-e Saídas Por Amostragem– 002.163182.0079 BIOHOSP – FSFX – AI e-PTA” (Anexo Provas).

Consoante esclarecido no Relatório do Auto de Infração, a imunidade tributária na aquisição de mercadorias pela destinatária (Fundação São Francisco Xavier), destinadas à realização de suas atividades filantrópicas no âmbito do estado de Minas Gerais, havia sido inicialmente reconhecida devido a uma decisão judicial, transitada em julgado, no processo de Apelação Cível nº 1.0.13.04.150611-1/0011, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG.

Consta dos autos que, especificamente no caso da Fundação São Francisco Xavier, ora Coobrigada, tendo em vista o trânsito em julgado de decisão favorável ao pleito imunitório, o Secretário da Fazenda de Minas Gerais inclusive emitiu, em 26/01/15, certidão atestando que a entidade “obteve decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, transitada em julgado (Apelação Cível nº 1.0313.04.150611-1/001), reconhecendo a imunidade objetiva, em relação ao ICMS, na aquisição, no Estado de Minas Gerais, de mercadoria efetuadas pela Fundação e destinadas à

realização de suas atividades filantrópicas, no âmbito do Estado de Minas Gerais.” (Certidão Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais -SEF/MG 36382359).

Desse modo, as notas fiscais de saída emitidas pela Autuada, destinadas à referida Fundação, foram emitidas sem o destaque do ICMS operação própria.

Ocorre que em 27 de setembro de 2017, o Supremo Tribunal Federal - STF, no Recurso Extraordinário (RE) nº 608.872/MG, fixou a Tese nº 342 de Repercussão Geral, com o seguinte teor: “*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*”.

Em junho de 2022, a citada Autoridade Fazendária, por sua vez, proferiu Despacho tornando sem efeito a mencionada certidão emitida.

Diante disso, o Fisco intimou a Contribuinte em questão a apresentar esclarecimentos sobre o tema, a qual quedou-se inerte.

Registra-se que foi incluída no polo passivo da obrigação tributária, como Coobrigada, a Fundação São Francisco Xavier, destinatária das mercadorias, nos termos do art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75 c/c art. 124, inciso II do Código Tributário Nacional – CTN.

Da Impugnação

Inconformadas, a Autuada e a Coobrigada, por procurador regularmente constituído, apresentam, tempestivamente, Impugnações anexas aos autos.

A Coobrigada, na oportunidade, promove a juntada do Parecer Advocacia Geral do Estado (AGE) nº 16.455, de 17 de maio de 2022 (Anexo à impugnação).

Pedem a procedência das impugnações.

Da reformulação do lançamento

Nos termos do art. 145, inciso I do Código Tributário Nacional - CTN, a Fiscalização procedeu à reformulação do lançamento, em razão de acatamento parcial da impugnação apresentada pela Autuada (conforme documentos às págs. 808/815).

Esclarece a Fiscalização que, após análise dos argumentos e documentos apresentados, entendeu que assiste razão, em parte, à Defesa em relação à seguinte alegação: Foram considerados na exigência do Auto de Infração medicamentos sujeitos à isenção de ICMS, nos termos dos Convênios ICMS nºs 162/94, 140/01 e 132/11.

Explica a Fiscalização que considerou, equivocadamente, na planilha denominada Anexo 5 – “Demonstr Apuração ICMS 12-2018 a 09-2020 e 10-2022 a 06-2023 BIOHOSP-FSFX-AI e-PTA” alguns medicamentos sujeitos à isenção de ICMS nos termos previstos nos Convênios ICMS acima descritos.

O acatamento parcial da impugnação reduziu o crédito tributário nos valores individualizados por rubrica e competência constantes do “Demonstrativo de Valores Excluídos”, anexo ao Termo de Reformulação do Lançamento.

Assim, o crédito tributário remanescente consta de forma detalhada no novo Demonstrativo do Crédito Tributário (DCT).

Em razão das modificações realizadas, foram incluídas nos autos novas planilhas – Grupo Reformulação do Lançamento. • Planilha “Novo Demonst. Crédito Tributário (DCT) – Biohosp – FSFX- AI e-PTA” (substitui o Anexo 6): - Novo Demonstrativo do Crédito Tributário – DCT – dos valores de ICMS, das multas de revalidação e isolada em cada período de apuração; • Planilha “Demonstrativo dos valores excluídos Auto de Infração (AI) nº 01.003283443-36 - Biohosp” – Demonstrativo dos produtos, por data de saída, que foram excluídos da apuração.

Considerando que os demais itens do lançamento permanecem inalterados, as Autuadas foram cientificadas da reabertura do prazo para aditamento da impugnação, pagamento ou parcelamento do crédito tributário por 10 (dez) dias, nos termos do art. 120, inciso II e § 2º do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA.

A Autuada e a Coobrigada aditam a peça de defesa reiterando as impugnações.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização manifesta-se nos autos, oportunidade em que refuta as alegações das Impugnantes e pugna pela procedência do lançamento.

Da Instrução Processual

A Assessoria do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais -CCMG (págs. 961) decide encaminhar os autos à Advocacia-Geral do Estado, nos termos do art. 105 do RPTA, para que ela se manifestasse em relação à decisão judicial proferida na Ação Declaratória nº 1.0313.04.150611-1/001 em favor da Fundação São Francisco Xavier, transitada em julgado em 28/09/09, que lhe garantiu o direito ao não pagamento do imposto na condição de contribuinte de fato, por se tratar de fundação beneficiada pela imunidade tributária prevista no art. 150, inciso VI, alínea “c”, da CF/88, quanto aos seguintes aspectos:

- informar se, na presente data, referida decisão judicial transitada em julgado continua válida e produzindo os efeitos que lhe são próprios;
- informar a data a partir da qual a citada decisão tenha deixado de produzir seus efeitos, caso tal evento modificativo tenha ocorrido.

A Advocacia-Geral do Estado manifesta-se às págs. 962/963 e colaciona aos autos os documentos relativos ao processo judicial movido pela Coobrigada (ação declaratória c/c repetição de indébito tributário) às págs. 964/1.037. Manifesta-se, objetivamente, às págs. 1.038/1.044.

Em apertada síntese, a Advocacia-Geral do Estado deixou consignado que “a matéria objeto da dúvida relativamente às repercussões da Ação Declaratória nº 1.0313.04.150611-1/001 foi exaustivamente analisada pela Consultoria Jurídica da Advocacia Geral do Estado de modo conclusivo no Parecer Jurídico nº 16.455/2022 e

Nota Jurídica nº 6.354, de 2023”, reportando aos fundamentos do referido parecer/nota jurídica.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CCMG, em Parecer de págs. 1.045/1.063, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas, pelo indeferimento da prova pericial requerida e, no mérito pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário às págs. 808/815 e, ainda, para que sejam excluídas as exigências anteriores a junho de 2022, em relação à Autuada e à Coobrigada.

Em sessão realizada em 12/03/25, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 10/04/25. Pela Impugnante Fundação São Francisco Xavier, assistiu à deliberação o Dr. Dr. Otto Carvalho Pessoa de Mendonça, pela Impugnante Biohosp Produtos Hospitalares SA, assistiu à deliberação o Dr. Pedro Colarossi Jacob e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Patrícia Pinheiro Martins.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CCMG foram, em grande parte, os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo as partes em que a decisão foi divergente.

Da Preliminar

Da alegação de nulidade do lançamento

Em apertada síntese, alega a Impugnante/Autuada que a autuação padece de vício de nulidade por total ausência de descrição clara e precisa dos fatos e da fundamentação legal. Sustenta que a Fiscalização não expõe por qual motivo ou fundamento legal a decisão proferida no Recurso Extraordinário (RE) 608.872 desconstituiria a decisão transitada em julgado.

Sem razão à Defesa, verifica-se que o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 todos do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Observa-se que consta do campo “Relatório” do Auto de Infração, bem como do “Relatório Fiscal” anexo ao Auto de Infração (AI) explicação detalhada do trabalho fiscal desenvolvido e toda a capitulação legal aplicável ao caso.

No aspecto apontado pela Impugnante, verifica-se que constou no relatório fiscal menção ao Tema nº 885 da repercussão geral:

Também em Repercussão Geral no julgamento do RE n.º 955.227, decisão constante do Anexo 2, o STF

decidiu que uma decisão definitiva sobre tributos recolhidos de forma continuada, perde seus efeitos caso a Corte se pronuncie em sentido contrário, tendo sido firmado o Tema 885:

“As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo.

2. Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo.” (grifos apostos pelo Fisco).

Ademais, conforme se verifica pelas Peças de Defesa apresentadas, as Impugnantes compreenderam perfeitamente o lançamento e se defenderam de maneira clara e consistente da acusação fiscal, abordando de forma completa todos os aspectos relacionados com a situação, razão pela qual não merecem prosperar as alegações de falta de motivação e de cerceamento de defesa

Rejeitam-se, portanto, as prefaciais arguidas.

Do Mérito

Como se verifica, a Fiscalização exige o ICMS e acréscimos em decorrência da descaracterização da não-incidência (imunidade tributária) a que se refere o art. 150, inciso VI, alínea “c”, da Constituição Federal, nos períodos de 01/12/18 a 30/09/20 e de 11/10/22 a 30/06/23.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75.

Registra-se que foi incluída no polo passivo da obrigação tributária, como Coobrigada, a Fundação São Francisco Xavier, destinatária das mercadorias, nos termos do art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75 c/c art. 124, inciso II do Código Tributário Nacional - CTN.

A Impugnante/Autuada requer a realização de prova pericial para que seja esclarecida a aplicação da isenção do ICMS, nos termos dos Convênios ICMS nºs 162/94, 140/01, 87/02 e 132/21, sobre diversas mercadorias que aponta, especialmente os dados por ela trazidos na Planilha “Análise AI nº 01.003283443-36 x MG – Biohosp” (doc. nº 6).

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Defesa e pela Fiscalização, revelam-se suficientes para a elucidação da questão posta quanto à aplicação da isenção a alguns dos produtos objeto de exigência, inclusive a Fiscalização, analisando de forma detida a planilha retro, acatou parcialmente as alegações da Defesa e procedeu à reformulação do lançamento.

No tocante aos itens remanescentes, a Fiscalização analisou, também de forma detalhada, fundamentado a não sujeição deles à norma de isenção, conforme se verá adiante.

Ademais, é sabido que, segundo a doutrina, “em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, da análise da questão posta pela Defesa, é verificado que as informações e documentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

Desse modo, como a análise do quesito proposto não demanda especialista com conhecimentos técnicos específicos e a resposta ao questionamento encontra-se no conjunto probatório constante dos autos, opina-se pelo indeferimento do pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão da irregularidade apurada nos termos do art. 142, § 1º, inciso II, alíneas “a” e “c” do RPTA.

Consoante esclarecido no Relatório do Auto de Infração, a imunidade tributária na aquisição de mercadorias pela destinatária (Fundação São Francisco Xavier), destinadas à realização de suas atividades filantrópicas no âmbito do estado de Minas Gerais, havia sido inicialmente reconhecida devido a uma decisão judicial, transitada em julgado, no processo de Apelação Cível nº 1.0.13.04.150611-1/0011 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG.

Consta dos autos que, especificamente no caso da Fundação São Francisco Xavier, ora Coobrigada, tendo em vista o trânsito em julgado de decisão favorável ao pleito imunitório, o Secretário da Fazenda de Minas Gerais emitiu, em 26/01/15, certidão atestando que a entidade “obteve decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, transitada em julgado (Apelação Cível nº 1.0313.04.150611-1/001), reconhecendo a imunidade objetiva, em relação ao ICMS, na aquisição, no Estado de Minas Gerais, de mercadoria efetuadas pela Fundação e destinadas à realização de suas atividades filantrópicas, no âmbito do estado de Minas Gerais.” (Certidão Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais (SEF/MG) 36382359).

Desse modo, as notas fiscais de saída da Autuada para a referida Fundação foram emitidas sem o destaque do ICMS operação própria.

Ocorre que em 27 de setembro de 2017, o Supremo Tribunal Federal - STF, no Recurso Extraordinário nº 608.872/MG, fixou a Tese nº 342 da Repercussão Geral, com o seguinte teor: “A imunidade tributária subjetiva aplica-se a seus beneficiários na posição de contribuinte de direito, mas não na de simples contribuinte de fato, 23.929/25/2ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sendo irrelevante par a verificação da existência do beneplácito constitucional a repercussão econômica do tributo envolvido”.

Somente em junho de 2022, a citada Autoridade Fazendária, por sua vez, proferiu Despacho tornando sem efeito a mencionada certidão emitida.

Diante disso, o Fisco intimou a Contribuinte em questão a apresentar esclarecimentos sobre o tema, o qual ficou inerte conforme consta da manifestação fiscal.

Pois bem, consoante se extrai dos autos, referida imunidade tributária havia sido inicialmente reconhecida no âmbito de ação judicial interposta pela Coobrigada.

Contudo, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 608.872 pelo STF, cuja decisão foi publicada em 27/09/17, estabeleceu-se a Tese nº 342 de Repercussão Geral, supra destacada.

Dessa forma, a partir do pronunciamento do STF no RE nº 608.872/MG, com repercussão geral reconhecida, não subsiste, no período autuado, a decisão transitada em julgado obtida por algumas das entidades, como a Coobrigada, para adquirir mercadorias para seu uso com imunidade do ICMS.

Como se verifica, somente foram objeto do presente Auto de Infração operações que ocorreram ao abrigo indevido da imunidade ocorridas a partir de dezembro 2018, portanto, posteriores à publicação e aos efeitos da decisão do STF relativa ao RE 608.872/MG, cuja publicação ocorreu em 27/09/17.

Com a interpretação conferida pelo STF ao preceito imunitório, surge no mundo jurídico uma nova norma que, a par de reconhecer a validade do art. 150, inciso VI, alínea “c” da Constituição Federal de 1988 – CF/88, determina que, repita-se, “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” (Tese nº 342 de Repercussão Geral).

Todavia, merece reparo o lançamento em relação às operações anteriores a junho de 2022, conforme restou decidido no Acórdão nº 23.710/24/2ª, relativo ao julgamento do PTA nº 01.003426254-28, que versa sobre discussão idêntica à dos presentes autos e também tem a Coobrigada no polo passivo da obrigação tributária.

Como destacado, o Secretário de Estado de Fazenda de Minas Gerais, no caso presente, emitiu certidão, em 26/01/15, atestando que a referida Fundação obteve decisão judicial reconhecendo a imunidade de ICMS nas aquisições internas de mercadorias destinadas à realização de suas atividades filantrópicas em Minas Gerais (Certidão Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais -SEF/MG 36382359).

Essa mesma Autoridade Fazendária, por sua vez, também proferiu Despacho tornando sem efeito a mencionada certidão. Mas, fez isso somente em junho de 2022.

Como relatado, Assessoria do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CCMG (págs. 961) encaminhou os presentes autos à Advocacia-Geral do Estado, nos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

termos do art. 105 do RPTA, para que ela se manifestasse em relação à decisão judicial proferida na Ação Declaratória nº 1.0313.04.150611-1/001 em favor da Fundação São Francisco Xavier, transitada em julgado em 28/09/09, que lhe garantiu o direito ao não pagamento do imposto na condição de contribuinte de fato, por se tratar de fundação beneficiada pela imunidade tributária prevista no art. 150, inciso VI, alínea “c”, da CR/88, quanto aos seguintes aspectos:

- informar se, na presente data, referida decisão judicial transitada em julgado continua válida e produzindo os efeitos que lhe são próprios;

- informar a data a partir da qual a citada decisão tenha deixado de produzir seus efeitos, caso tal evento modificativo tenha ocorrido.

A Advocacia-Geral do Estado manifesta-se, objetivamente, às págs. 1.038/1.044.

Em apertada síntese, a Advocacia-Geral do Estado deixou consignado que “a matéria objeto da dúvida relativamente às repercussões da Ação Declaratória nº 1.0313.04.150611-1/001 foi exaustivamente analisada pela Consultoria Jurídica da Advocacia Geral do Estado de modo conclusivo no Parecer Jurídico nº 16.455/2022 e Nota Jurídica nº 6.354, de 2023”.

Registra-se que, em resposta ao segundo questionamento da Assessoria (*informar a data a partir da qual a citada decisão tenha deixado de produzir seus efeitos, caso tal evento modificativo tenha ocorrido*), a AGE assim se pronunciou: A data a partir do qual a citada decisão deixou de produzir seus efeitos será aquela - para a Fundação São Francisco Xavier - em que a Secretaria de Estado de Fazenda tenha cassado a certidão emitida anteriormente que concedia a imunidade, no intuito de preservar a segurança das relações jurídicas”.

Assim, apesar de não ser vinculante para este Conselho de Contribuintes, o Parecer Jurídico da AGE nº 16.455/2022, aprovado pelo Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica e pelo Advogado-Geral do Estado, foi ratificado pela Nota Jurídica nº 6.354, de 28 de agosto de 2023 e, agora, novamente confirmado pela AGE em sua resposta ao encaminhamento realizado com fulcro no art. 105 do RPTA, como se viu alhures.

Por essas razões, verifica-se que esta Câmara de Julgamento do CCMG se se alinha ao entendimento constante em tal parecer, o qual, inclusive, já foi adotado pelo Conselho de Contribuintes em recente julgamento que resultou no Acórdão nº 23/710/24/2ª.

Do referido parecer, extrai-se as seguintes assertivas:

PROCEDÊNCIA: SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA

INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA

NÚMERO: 16.455 DATA: 17 DE MAIO DE 2022

CLASSIFICAÇÃO TEMÁTICA: CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE. EMENTA: DIREITO
CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DECISÃO
TRANSITADA EM JULGADO QUE DISCIPLINA RELAÇÃO

JURÍDICA CONTINUATIVA. EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE DIFUSO. COISA JULGADA. EFEITOS FUTUROS. STF. TEMAS 881 E 885.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS: CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 337, §§ 2º E 4º, ART. 502, ART. 505, ART. 927, ARTS. 1.036 A 1.041, TODOS DO CPC/2015.

(...)

6. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO – PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E BOA-FÉ OBJETIVA

86. NO CASO SOB ANÁLISE, AINDA HÁ UM ELEMENTO ADICIONAL QUE CERTAMENTE INDUZIU NOS CONTRIBUINTES À CONFIANÇA DE QUE O ICMS NÃO PRECISARIA SER DESTACADO E RECOLHIDO PELOS FORNECEDORES DA ENTIDADE FILANTRÓPICA, EM VIRTUDE DE DECISÃO JUDICIAL QUE LHE ERA FAVORÁVEL. TRATA-SE DA CERTIDÃO SEF (36382359) EMITIDA EM 26.01.2015 QUE ATESTA:

O SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA, no uso de suas atribuições e tendo em vista o disposto na Lei Federal nº 9.051, de 18 de maio de 1995, **CERTIFICA**, a pedido do interessado, com base em informação da Advocacia-Geral do Estado, que **FUNDAÇÃO SÃO FRANCISCO XAVIER**, inscrita no CNPJ sob o nº 19.878.404/0001-00, com sede na Av. Kiyoshi Tsunawaki, nº 41, Bairro das Águas, Ipatinga, MG, obteve decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, transitada em julgado (Apelação Cível nº 1.0313.04.150611-1/001), reconhecendo a imunidade objetiva, em relação ao ICMS, na aquisição, no Estado de Minas Gerais, de mercadorias efetuadas pela Fundação e destinadas à realização de suas atividades filantrópicas, no âmbito do Estado de Minas Gerais.

O contribuinte de ICMS inscrito no Estado que remeter mercadoria à **FUNDAÇÃO SÃO FRANCISCO XAVIER** sem o destaque do imposto, com base na decisão supramencionada, deverá promover o estorno dos créditos de ICMS relativos à mercadoria, nos termos do disposto no art. 71, I, do Regulamento do ICMS (Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002).

(...)

87. EMBORA REFERIDA CERTIDÃO TENHA SIDO EMITIDA DOIS ANOS ANTES DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO TEMA 342, ELA CONTINUA SENDO UTILIZADA PELA FUNDAÇÃO PARA GARANTIR A SEUS FORNECEDORES QUE NÃO NECESSITAM DESTACAR E RECOLHER O ICMS NAS OPERAÇÕES DE VENDA QUE TENHAM A ENTIDADE COMO DESTINATÁRIA, CONFORME NOTICIA A CONSULENTE NO OFÍCIO SEF/SRE Nº. 16/2022.

88. O FATO É QUE SE PODE CONSIDERAR QUE REFERIDA CERTIDÃO LEVA OS FORNECEDORES DA ENTIDADE A DEDUZIR

QUE A PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO RECONHECE A NÃO INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA, O QUE FAZ COM QUE, ALÉM DE DEIXAREM DE RECOLHER, DEIXEM DE DESTACÁ-LO NO DOCUMENTO FISCAL E, PORTANTO, DEIXEM DE REPASSÁ-LO AO CONSUMIDOR FINAL, QUE IN CASU, É A ENTIDADE FILANTRÓPICA.

89. POR OUTRO LADO, NESSA OPERAÇÃO, INEXISTE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE A ENTIDADE (CONSUMIDOR FINAL) E O FISCO, FAZENDO COM QUE O TRIBUTO NÃO POSSA SER DELA COBRADO, UMA VEZ QUE O SEU FORNECEDOR É QUEM É O SUJEITO PASSIVO DA OPERAÇÃO.

90. PODERIA O FISCO COBRAR O TRIBUTO DIRETAMENTE DO FORNECEDOR? AO NOSSO VER, TAL MEDIDA CONFIGURARIA SITUAÇÃO DE EXTREMA INJUSTIÇA, UMA VEZ QUE ELE DEIXOU DE RECOLHER AMPARADO EM UM ATO ADMINISTRATIVO VÁLIDO QUE ATESTAVA A INEXISTÊNCIA DESSA OBRIGAÇÃO. ADEMAIS, ELE NÃO TERIA COMO REPASSAR O ÔNUS DESSE PAGAMENTO AO CONSUMIDOR, UMA VEZ JÁ EXAURIDA A RELAÇÃO DE CONSUMO E PAGO O VALOR DAS MERCADORIAS ADQUIRIDAS, SEM O DESTAQUE DO IMPOSTO.

91. EMBORA NOSSA CONSTITUIÇÃO NÃO RECONHEÇA O PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE EM RELAÇÃO AOS ATOS DO PODER EXECUTIVO, COMO DEVEM RESPEITAR E CUMPRIR AS LEIS ESTRITAMENTE, E COMO AS LEIS NÃO RETROAGEM, PORQUE ISSO É DA NATUREZA DAS LEIS, NÃO PODEM TAIS ATOS RETROAGIR.

92. DEVE-SE, CONTUDO, DIFERENCIAR AQUI OS DECRETOS, CRIADORES DE EXPECTATIVAS NORMATIVAS MAIS FORTES, DOS ATOS COMPLEMENTARES, CUJA RETROAÇÃO SE ADMITE, SEM A APLICAÇÃO, NO ENTANTO, DE JUROS E PENALIDADES, CONFORME MITIGAÇÃO EXPRESSA NO PRÓPRIO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL:

(...)

93. NO ENTANTO, SE O ATO ADMINISTRATIVO PRECEDENTE TRADUZIR INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE, PARA PARCELA IMPORTANTE DA DOCTRINA, A POSTERIOR ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO, POR AGRAVAR A SITUAÇÃO DO CONTRIBUINTE, NÃO PODERIA, EM PRESTÍGIO AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E DA BOA-FÉ OBJETIVA, RETROAGIR. SOCORREMO-NOS, NOVAMENTE, DAS LIÇÕES DE MISABEL DERZI:

(...)

94. E, TRATANDO ESPECIFICAMENTE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS INDIVIDUAIS – A EXEMPLO DA CERTIDÃO DE QUE ORA TRATAMOS – PONDERA A AUTORA:

(...)

95. TAL ARGUMENTO VEM REFORÇADO NO ART. 146 DO CTN, QUE CONSAGRA A IRRETROATIVIDADE DOS CRITÉRIOS JURÍDICOS UTILIZADOS PARA O LANÇAMENTO:

96. EMBORA O DISPOSITIVO, EM TESE, APARENTE LEGITIMAR A COBRANÇA DO ICMS QUE DEIXOU DE SER DESTACADO E RECOLHIDO PELO FORNECEDOR DESDE A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO DO STF NO RE-RG N° 608.872, A EXISTÊNCIA DE UMA CERTIDÃO DA SEFAZ QUE ATESTAVA A DESONERAÇÃO, AO NOSSO VER, ATRAI A APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA NO DIREITO TRIBUTÁRIO (FUNDADA E JUSTIFICADA NA RESPONSABILIDADE PELA CONFIANÇA GERADA).

97. INOBTANTE, COM A REVOGAÇÃO EXPRESSA DA CERTIDÃO MENCIONADA, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM ATO INDUTOR DE CONFIANÇA, OU EM BOA-FÉ, SENDO, PORTANTO, ATO QUE SE IMPÕE COM A MÁXIMA URGÊNCIA, UMA VEZ QUE A NORMA JUDICIAL EXTRAÍDA DA DECISÃO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JÁ NÃO MAIS SUSTENTA OS FUNDAMENTOS QUE ENSEJARAM NO PASSADO A SUA EXPEDIÇÃO". DESTA TRANSCRIÇÃO, AS SEGUINTE CONCLUSÕES SÃO POSSÍVEIS:

(A) A COBRANÇA DO TRIBUTO CONTRA O FORNECEDOR DA FSFX CONFIGURARIA SITUAÇÃO DE EXTREMA INJUSTIÇA, SEJA PORQUE O FORNECEDOR DEIXOU DE RECOLHER O TRIBUTO AMPARADO EM UM ATO ADMINISTRATIVO VÁLIDO QUE ATESTAVA A INEXISTÊNCIA DESSA OBRIGAÇÃO, SEJA PORQUE O FORNECEDOR NÃO TERIA COMO REPASSAR O ÔNUS DESSE PAGAMENTO À FSFX (UMA VEZ JÁ EXAURIDA A RELAÇÃO DE CONSUMO E PAGO O VALOR DAS MERCADORIAS ADQUIRIDAS, SEM O DESTAQUE DO IMPOSTO);

(B) EMBORA O ART. 146 DO CTN, EM TESE, APARENTE LEGITIMAR A COBRANÇA DO ICMS QUE DEIXOU DE SER DESTACADO E RECOLHIDO PELO FORNECEDOR DA FSFX DESDE A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO DO STF NO RE-RG N. 608.872, A EXISTÊNCIA DE UMA CERTIDÃO DA SEFAZ QUE ATESTAVA A DESONERAÇÃO ATRAI A APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA NO DIREITO TRIBUTÁRIO (FUNDADA E JUSTIFICADA NA RESPONSABILIDADE PELA CONFIANÇA GERADA);

(C) COM A REVOGAÇÃO EXPRESSA DA CERTIDÃO MENCIONADA, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM ATO INDUTOR DE CONFIANÇA, OU EM BOA-FÉ." (GRIFOU-SE).

Especialmente sobre as teses firmadas nos Temas n°s: 881 e 885 ambos de Repercussão Geral e o alcance delas ao caso em exame, constou na Nota Jurídica n° 6.354/23 da AGE as seguintes conclusões:

(...)

CONCLUSÕES

26. DIANTE DO EXPOSTO, PASSAMOS A RESPONDER.

1. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 955.227 (TEMA 885) E RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 949.297 (TEMA 881), ESTÃO PENDENTES DE ANÁLISE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PELO STF, PORTANTO PODERIAM SER APLICADOS NO PRESENTE CASO?

27. SIM. O FATO DE RESTAREM PENDENTES EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO JULGAMENTO DOS TEMAS 881 E 885 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO ALTERA AS CONCLUSÕES DISPOSTAS NO PARECER JURÍDICO Nº 16.455/2022, OU SEJA, NÃO MAIS PREVALECE A DECISÃO JUDICIAL QUE AMPARAVA A CONDUTA DOS FORNECEDORES DA FUNDAÇÃO DE NÃO RETER NEM RECOLHER O ICMS DEVIDO QUANDO DAS OPERAÇÕES A ELA DESTINADAS.

2. A DECISÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 608.872/MG ESTARIA, NO PRESENTE MOMENTO, AINDA SOB EMBARGOS DE DECLARAÇÃO A FIM DE SE ANALISAR, OU PRONUNCIAR, SOB A POSSÍVEL QUEBRA DE DECISÕES INTERPARTES COM TRÂNSITO EM JULGADO?

28. NÃO. A DECISÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 608.872/MG (TEMA 342) TRANSITOU EM JULGADO EM 23.10.2017 E, PORTANTO, NÃO HÁ PENDÊNCIA DE NENHUM RECURSO, NEM MESMO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

3. EXISTE UMA ALEGAÇÃO QUE OS TEMAS 881 E 885 SE APLICAM SOMENTE ÀS DECISÕES JUDICIAIS QUE DECLAREM A INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA SOB O FUNDAMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO, E QUE A RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA É AQUELA CONSIDERADA COMO DE TRATO SUCESSIVO E CONTINUADO. POR OUTRO, LADO O TJMG NA AÇÃO DECLARATÓRIA Nº 1506111-81.2004.8.13.0313 NÃO DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE, TENDO RECONHECIDO A INEXIGIBILIDADE DO ICMS NOS TERMOS DO ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA “C”. EXISTE FUNDAMENTO PARA ESTA TESE? QUAL O ENTENDIMENTO?

29. POR ÓBVIO QUE AO RECONHECER A INEXIGIBILIDADE DO ICMS COM BASE NO ART. 150, VI, C, O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS O FEZ POR ENTENDER À ÉPOCA QUE A EXIGÊNCIA SERIA INCONSTITUCIONAL POR SUPOSTAMENTE FERIR O PRECEITO IMUNITÓRIO.

PORÉM, AINDA QUE ASSIM NÃO FOSSE, AS CONCLUSÕES CONSTANTES DO PARECER JURÍDICO Nº 16.455/2022 SEQUER SE ANCORARAM NAS DECISÕES DO STF NOS TEMAS 881 E 885, EMBORA POSSAM-LHE SER APLICADOS OS MESMOS FUNDAMENTOS.

30. AO JULGAR O RE-RG Nº 608.872/MG, CONFERINDO AO ART. 150, VI, C DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA INTERPRETAÇÃO NO SENTIDO DE QUE A IMUNIDADE ALI PREVISTA NÃO ALCANÇA AS OPERAÇÕES EM QUE A ENTIDADE FILANTRÓPICA ESTEJA NA QUALIDADE DE CONTRIBUINTE DE FATO DO IMPOSTO, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CRIOU UMA NOVA NORMA JURÍDICA, DIVERSA DAQUELA QUE EMBASOU O PEDIDO E A DECISÃO NA AÇÃO DECLARATÓRIA Nº 1506111-81.2004.8.13.0313, EM MOMENTO POSTERIOR AO TRÂNSITO EM JULGADO DAQUELA DECISÃO.

31. AQUI NÃO SE PODE FALAR SEQUER EM RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA, COMO PRETENDEM ALGUNS. ISSO PORQUE, TRATANDO-SE DE RELAÇÃO JURÍDICA DE TRATO CONTINUADO, SOBREVEIO MODIFICAÇÃO NO ESTADO DE DIREITO, SENDO INOPONÍVEL, NO CASO, A OBJEÇÃO DA COISA JULGADA.

32. A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JURÍDICAS EXISTENTES AO TEMPO DA PROLAÇÃO DAQUELA DECISÃO JUDICIAL FEZ SURGIR UMA RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA NOVA, QUE, POR ESSA RAZÃO, NÃO É ALCANÇADA PELOS LIMITES QUE BALIZARAM REFERIDA DECISÃO.

33. COM A INTERPRETAÇÃO CONFERIDA PELO STF AO PRECITO IMUNITÓRIO, SURGE NO MUNDO JURÍDICO UMA NOVA NORMA QUE, A PAR DE RECONHECER VALIDADE DO ART. 150, VI, C, DETERMINA 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” (TESE 342 DA REPERCUSSÃO GERAL).

(...)

Portanto, adotando-se os fundamentos constantes do aludido parecer/nota jurídica, verifica-se que o Fisco Estadual somente estaria autorizado a cobrar o ICMS com relação aos fatos geradores ocorridos após a revogação expressa da certidão mencionada (com base na aplicação da teoria da aparência no Direito Tributário).

Como a revogação se deu em 1º de junho de 2022, somente a partir desse marco temporal é que o ICMS passaria a ser devido ao estado de Minas Gerais, haja vista o reconhecimento pela Fazenda Pública Estadual (certidão de 26/01/15) de que as operações estavam albergadas pela imunidade.

Destaca-se a seguinte passagem do citado Parecer AGE:

106. EMBORA O DISPOSITIVO, EM TESE, APARENTE LEGITIMAR A COBRANÇA DO ICMS QUE DEIXOU DE SER DESTACADO E RECOLHIDO PELO FORNECEDOR DESDE A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO DO STF NO RE-RG N° 608.872, A EXISTÊNCIA DE UMA CERTIDÃO DA SEFAZ QUE ATESTAVA A DESONERAÇÃO, AO NOSSO VER, ATRAI A APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA AO DIREITO TRIBUTÁRIO (FUNDADA E JUSTIFICADA NA RESPONSABILIDADE PELA CONFIANÇA GERADA). (GRIFOU-SE).

Portanto, repita-se, alinhando-se aos fundamentos retro, as exigências fiscais anteriores a junho de 2022 devem ser excluídas.

Quanto às exigências de junho de 2022 em diante, verifica-se que resta inaplicável a imunidade tributária, 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 (Fundação São Francisco Xavier) - contribuinte de fato.

Isso porque, retornam-se os fatos ao *status quo*, competindo ao Fisco a cobrança do crédito tributário remanescente 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 mercadorias sem a incidência do imposto.

Como já salientado, a Fiscalização acatou parcialmente as alegações da Defesa quanto aos medicamentos albergados pela isenção, conforme detalhado na reformulação do lançamento. Observa-se que a Fiscalização deixou consignado que os demais itens apontados pela Defesa não estão sujeitos à isenção, nos termos seguintes:

(...)

No tocante à alegação de que foi ignorado que parte dos medicamentos comercializados pela Requerente está sujeita à isenção de ICMS, nos termos previstos nos Convênios ICMS n° 162/94, 140/01, 87/02 e 132/21, cabe destacar que assiste razão em parte à Defesa, conforme descrito a seguir.

Cumpra aqui citar que a legislação do Estado de Minas Gerais recepcionou as isenções constantes dos convênios supracitados em seu Anexo I do RICMS/02, nos itens 87 (Convênios n° 162/94 e n° 132/21), 124 (Convênio n° 140/01) e item 130 (Convênio n° 87/02).

A Autuada anexa à Impugnação planilha denominada “Análise AI n° 01.003283443-36 x MG – Biohosp” (doc. n° 6), na qual relaciona todas as operações realizadas com a Fundação que ela entende serem objeto das isenções previstas nos referidos convênios.

Ressalta-se que, conforme relatado anteriormente, foi acatado parcialmente as razões apresentadas pela Defesa, em relação à alguns medicamentos relacionados na planilha supracitada cuja descrição ou princípio ativo consta dos anexos dos convênios n° 162/94, 140/01 e 132/21, os quais foram retirados do presente Auto de Infração através do Termo de Reformulação do Lançamento.

Observa-se, entretanto, conforme mencionado pela Impugnante, que o convênio 132/21 acima citado alterou o Convênio 162/94 que autoriza os Estados e o Distrito Federal conceder isenção do ICMS nas operações com medicamentos destinados ao tratamento de câncer, incluindo os itens 83 a 169 no Anexo Único do referido Convênio.

Cabe ressaltar, que a referida ampliação da relação de medicamentos isentos, teve efeitos apenas a partir de 1° de janeiro de 2023, não cabendo, portanto, a isenção a esses medicamentos que tiveram operações de saídas anteriores à essa data.

Dessa forma, verifica-se que a Impugnante relacionou alguns medicamentos indevidamente como isentos na planilha constante do doc. nº 06.

Para melhor entendimento segue abaixo recorte da planilha “Análise AI nº 01.003283443-36 x MG – Biohosp” (doc. nº 6) apresentada pela Autuada com o acréscimo da identificação dos produtos que não estão sujeitos ao benefício da isenção disposta no item 87 (Convênios nº 162/94) em função da comercialização ter ocorrido em data anterior à sua vigência:

(...)

Importante frisar que os medicamentos cloridrato de palonosetrona e fluconazol relacionados no recorte acima são os únicos medicamentos destacados pela Autuada em uma tela extraída do Convênio 162/94 em seu Aditamento da Impugnação como produtos que seriam isentos e que não foram acatados pelo Fisco.

Da mesma forma, a Impugnante equivoca-se ao se embasar no Convênio 87/02 para a aplicação da isenção em determinados medicamentos relacionados na sua planilha “Análise AI nº 01.003283443-36 x MG – Biohosp” (doc. nº 6).

Ocorre que a isenção do ICMS concedida no respectivo Convênio, refere-se às operações com fármacos e medicamentos relacionados em Anexo Único do Convênio, destinados a órgãos da Administração Pública Direta Federal, Estadual e Municipal e a suas fundações públicas.

Conforme verifica-se em consulta à situação cadastral de pessoa jurídica junto a Receita Federal, a Fundação São Francisco Xavier trata-se de empresa de natureza jurídica privada, não se aplicando a isenção do Convênio 87/02 nas operações destinadas a ela.

Foi elaborada planilha intitulada “Demonstrativo dos Valores Excluídos AI nº 01.003283443-36 Biohosp” constando o respectivo princípio ativo do medicamento, bem como a legislação do enquadramento da isenção prevista no Anexo I do RICMS/02 para o mesmo.

Assim, o crédito tributário foi devidamente reformulado conforme informações mencionadas na Instrução Processual.

Diante disso, corretas as exigências remanescentes, em relação à Autuada e à Coobrigada, do ICMS e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, em relação à exigência remanescente da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75, em face da Fundação São Francisco Xavier (Coobrigada), o trabalho fiscal merece reparo. Registra-se, por oportuno que referida norma trata de falta de consignação da base de cálculo em documento fiscal, confira-se:

Lei nº 6.763/75

Art. 55 (...)

(...)

XXXVII - por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, a base de cálculo prevista na legislação, ou consigná-la com valor igual a zero, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento, suspensão, isenção ou não incidência, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária - 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo;

(...)

Pertinente esclarecer que uma fundação que não é contribuinte do ICMS e está ligada ao terceiro setor econômico, não detém legitimidade para exigir de um terceiro este cumprimento. Não tem legitimidade para “consignar” e nem para “mandar consignar” ou ainda consignar valores zerados ou iguais a zero. Esse *mister* é do fornecedor emitente do documento fiscal, sendo, portanto, uma sanção de caráter absolutamente personalíssima em desfavor de quem é positivamente obrigado a tal consignação.

Assim, não se verifica legitimidade passiva para que a Coobrigada, Fundação São Francisco Xavier, responda pela penalidade isolada remanescente e incidente ao caso a partir de junho de 2022, tendo em vista seu caráter personalíssimo de incidência nestes autos.

Dessa forma deverá ser excluída a multa isolada remanescente em relação à Coobrigada, sendo correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75 apenas da Autuada.

As Impugnantes pleiteiam o cancelamento das multas e juros com base no art. 100, incisos I e III c/c parágrafo único do CTN. Veja-se a legislação mencionada:

CTN

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

(...).

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Contudo, não há que se falar na aplicação do disposto no parágrafo único do art. 100 do CTN, pois, a partir de junho de 2022, período relativo às exigências remanescentes, não se verifica que as Autuadas observaram qualquer ato normativo ou prática reiterada sobre a matéria em análise.

Esclareça-se, por oportuno, que a incidência dos juros de mora sobre a multa de mora encontra suporte legal no art. 2º da Resolução nº 2.880/97, que disciplina sobre os créditos tributários do estado de Minas Gerais:

Resolução nº 2.880/97

Art. 2º Os juros de mora incidirão tanto sobre a parcela do tributo, quanto sobre a de multa, inclusive a de mora, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito até a data do efetivo pagamento, observando-se:

I - quando as multas forem pagas com redução, considera-se, para efeitos de cobrança dos juros moratórios, o valor efetivamente pago;

II - tratando-se de multa isolada, o termo inicial para a cobrança dos juros de mora será o primeiro dia do mês subsequente ao do recebimento do Auto de Infração (AI). (Grifou-se)

No tocante à eleição da Fundação São Francisco Xavier para o polo passivo da obrigação tributária, extrai-se dos autos que os atos da referida Coobrigada concorreram para o não recolhimento do tributo e acréscimos, conforme descrito no inciso XII do art. 21 da Lei nº 6.763/75.

Assim, correta a eleição para o polo passivo da Fundação São Francisco Xavier, como Coobrigada (responsável solidária), nos estritos termos do art. 121, parágrafo único, inciso II c/c o art. 124, inciso II, ambos do Código Tributário Nacional (CTN), que assim dispõem:

CTN

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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem. (Grifou-se)

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

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

(...) (Grifou-se)

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

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,

(...)

Nesse sentido, correta a manutenção da Coobrigada no polo passivo da obrigação tributária.

Diante disso, tendo em vista a exclusão das exigências fiscais anteriores a junho de 2022, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências remanescentes de ICMS e multa de revalidação (MR) exigidas no Auto de Infração em comento em relação à Autuada e à Coobrigada. Correta também a exigência da Multa Isolada, remanescente, prevista no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75 em relação à Autuada.

Assim observada a reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às págs. 808/815, exclusão das exigências anteriores a junho de 2022, em relação à Autuada e a Coobrigada, e ainda exclusão da multa isolada em relação à Coobrigada, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências remanescentes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, pelo voto de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às págs. 808/815 e, ainda, para que sejam excluídas as exigências anteriores a junho de 2022, em relação à Autuada e à Coobrigada e, em relação à Coobrigada, para excluir também a multa isolada. Vencidos, em parte, os Conselheiros Wertson Brasil de Souza (Relator) e Ivana Maria de Almeida, que o julgavam parcialmente procedente para, além da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às págs. 808/815, apenas excluir as exigências anteriores a junho de 2022, em relação à Autuada e à Coobrigada, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Designada relatora a Conselheira Juliana de Mesquita Penha (Revisora). Pela Impugnante Fundação São Francisco Xavier, sustentou oralmente o Dr. Otto Carvalho Pessoa de Mendonça e, pela Impugnante Biohosp Produtos Hospitalares SA, sustentou oralmente o Dr. Pedro Colarossi Jacob e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Patrícia Pinheiro Martins. 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, 10 de abril de 2025.

Juliana de Mesquita Penha
Relatora designada

Antônio César Ribeiro
Presidente

CS/D

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.929/25/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.003283443-36
Impugnação: 40.010156925-15, 40.010156948-36 (Coob.)
Impugnante: Biohosp Produtos Hospitalares S/A
IE: 002163182.00-79
Fundação São Francisco Xavier (Coob.)
IE: 313253561.00-78
Proc. S. Passivo: Diego Caldas Rivas de Simone/Outro(s), Otto Carvalho Pessoa de Mendonça.
Origem: DF/BH-4 - Belo Horizonte.

Voto proferido pelo Conselheiro Wertson Brasil de Souza, nos termos do art. 83 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 2ª Câmara de Julgamento, pelo voto de qualidade, decidiu excluir a Coobrigada do polo passivo no tocante à Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, da Lei nº 6.763/75, a saber:

Lei nº 6.763/75

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:

(...)

XXXVII - por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, a base de cálculo prevista na legislação, ou consigná-la com valor igual a zero, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento, suspensão, isenção ou não incidência, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária - 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo;

(...)

(Grifou-se)

Em situação normal, não se haveria, de fato, razão de incluir a Coobrigada no polo passivo para a Multa Isolada. Seria o caso, por exemplo, de infração cometida por única e exclusiva responsabilidade do emitente dos documentos fiscais.

Ocorre, entretanto, que a Autuada emitiu os documentos fiscais em obediência a orientação da Coobrigada, ao argumento de que a mesma possuía decisão judicial e certidão do Secretário de Estado de Fazenda nas quais se admitia a imunidade da Coobrigada em virtude de ela ser reconhecida como contribuinte de fato do imposto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Fiscalização procedeu à 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 aplica-se, somente, a seus beneficiários na posição de contribuinte de direito, mas não na de simples contribuinte de fato, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 608.872/MG, sob o rito da repercussão geral.

A Assessoria deste CCMG, em sede de Parecer, assim se manifestou:

Parecer da Assessoria

Em face do exposto e tendo em vista o que dispõe a legislação tributária, opina-se, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e pelo indeferimento da prova pericial requerida. No mérito, opina-se pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário às págs. 808/815 e, ainda, para que sejam excluídas as exigências anteriores a junho de 2022, em relação à Autuada e à Coobrigada.

Note-se que o Parecer supra não cita a exclusão da Coobrigada do polo passivo da Multa Isolada, pois, semelhantemente a este conselheiro, a Assessoria do CCMG também entende que a Coobrigada concorreu, ativamente, para que a Autuada cometesse o ilícito de não destacar os valores da base de cálculo e do ICMS nos documentos fiscais por ela emitidos.

Nesse sentido, uma vez mais, cumpre citar excerto do Parecer da Assessoria deste CCMG:

Parecer da Assessoria

Registra-se que a Multa Isolada prevista no inciso XXXVII do art. 55 da Lei nº 6.763/75, capitulada nos autos, é aplicada por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento, suspensão, isenção **ou não incidência**, a base de cálculo prevista na legislação, fato adstrito ao emitente do documento fiscal, no caso a Impugnante/Atuada. (Grifos do original)

Contudo, verifica-se dos autos que a Coobrigada praticou atos que deram causa à falta de consignação da base de cálculo prevista na legislação, especialmente no tocante às notas fiscais emitidas a partir de junho de 2022, tendo em vista que ela não comunicou ao fornecedor sobre a revogação da certidão da SEF/MG, sequer exigiu dele o destaque da base de cálculo e do imposto.

(Grifou-se)

Por fim, convém repisar que, se a 2ª Câmara de Julgamento admite a Coobrigada no polo passivo da obrigação principal, deveria, forçosamente e por

coerência, mantê-la no polo passivo da obrigação acessória, porque a infração a esta somente ocorreu porque houve infração àquela.

Sala das Sessões, 10 de abril de 2025.

**Wertson Brasil de Souza
Conselheiro**

CCMIG