

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.503/09/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000156443-31
Recurso de Revisão: 40.060125514-60, 40.060125515-32 (Coob.)
Recorrente: Rogério D'Assunção Leite
CPF: 997.494.326-49
Promedon do Brasil Produtos Médico-Hospitalares Ltda
(Coob.)
CNPJ: 00.028682/0001-40
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Cláudio de Abreu/Outro(s)(Aut. e Coob.)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SUJEITO PASSIVO - SOLIDARIEDADE. O Autuado (administrador) é responsável pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto, nos termos do art. 135 do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - PESSOA FÍSICA NÃO INSCRITA NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES. Constatou-se a realização de operações de vendas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, mediante a análise de notas fiscais de mercadorias recebidas por pessoa física, não inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS, supostamente a título de mostruário, empréstimo e consignação. Corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II da Lei nº. 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE INSCRIÇÃO ESTADUAL. Constatou-se a prática de atividades comerciais em estabelecimento não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS da SEF/MG. Infração caracterizada nos termos do art. 16, inciso I da Lei nº 6.763/75 e art. 96, inciso I da Parte Geral do RICMS/02. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso I da citada lei.

Recursos conhecidos por unanimidade e não providos pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

O presente lançamento versa sobre a constatação de que o Autuado, não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, promoveu, no período de março de 2005 a setembro de 2006, saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, apuradas mediante o exame das notas fiscais referentes às mercadorias a ele remetidas, supostamente, a título de empréstimo, consignação e mostruário, pela empresa

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Promedon do Brasil Produtos Médico-Hospitalares Ltda.”, ora Coobrigada, estabelecida no Estado de São Paulo, sem observância da legislação tributária.

Exigem-se o ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inc. II e Multas Isoladas capituladas no art. 54, inc. I, e no art. 55, inciso II, c/c § 2º, todos da Lei nº. 6.763/75.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 19.242/09/1ª, pelo voto de qualidade, manteve integralmente as exigências fiscais de ICMS, MR e MIs.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, por intermédio de procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 2.654/2.683.

DECISÃO

Superada, de plano, as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, I do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

A autuação versa sobre a constatação de que o Autuado, não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, promoveu, no período de março de 2005 a setembro de 2006, saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, apuradas mediante o exame das notas fiscais referentes às mercadorias a ele remetidas, supostamente, a título de empréstimo, consignação e mostruário, pela empresa “Promedon do Brasil Produtos Médico-Hospitalares Ltda.”, ora Coobrigada, estabelecida no Estado de São Paulo, sem observância da legislação tributária.

Exigem-se o ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inc. II e Multas Isoladas capituladas no art. 54, inc. I, e no art. 55, inciso II, c/c § 2º, todos da Lei nº 6.763/75.

A decisão ora sob análise manteve integralmente a decisão recorrida, não obstante com fundamentação diferente no que tange à responsabilidade tributária dos sujeitos passivos.

Nesse sentido, reproduz-se parte dos fundamentos daquela decisão, acrescentando os fundamentos referentes à responsabilização tributária dos sujeitos passivos.

Da Preliminar

A defesa argui a nulidade do AI, alegando que haveria ilegalidade no ato administrativo, pois a Fiscalização teria se baseado em ficção para autuar operações que não ocorreram e, portanto, estaria sendo violado o artigo 142 do CTN.

Entretanto, não assiste razão aos Impugnantes, haja vista que o procedimento fiscal foi pautado no que prescreve a legislação tributária e que a Fiscalização observou todos os procedimentos preparatórios para o lançamento e para a formalização do crédito tributário previstos nos artigos 69 a 76 e artigos 85 e 89, respectivamente, todos do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários e Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/2008, e, ainda, no artigo 142 do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Foi constatado, conforme será detalhado na análise de mérito, que a pessoa física, ora Autuada, mantinha um estabelecimento comercial funcionando sem inscrição estadual, onde recebia, estocava e realizava operações de vendas de mercadorias, sem a emissão de documentação fiscal.

Como bem fundamentado na Manifestação Fiscal, não se justifica a remessa de mercadorias a título de mostruário, consignação ou empréstimo, para uma pessoa física, ainda que esta pessoa seja empregada da empresa, considerando-se que a Coobrigada possuía um estabelecimento inscrito neste Estado.

Com efeito, a empresa remetente das mercadorias (Promedon do Brasil Produtos Médico-Hospitalares Ltda.), ora Coobrigada, no período em que ocorreram as operações, objeto do presente AI, já possuía uma filial em Belo Horizonte, MG, regularmente inscrita no Cadastro de Contribuintes sob nº. 062.263455-00.30, conforme informações do sistema SICAF/SEF-MG, onde consta o início de atividades desta filial em 24/11/04 e data de inscrição em 22/03/05.

Importante observar, ainda, que a mencionada filial está localizada na Avenida do Contorno nº. 4.747, sala 1.709, Bairro Santa Efigênia, ou seja, no mesmo edifício onde se encontra o estabelecimento do Autuado, divergindo apenas em relação ao número da sala, já que este último está estabelecido na sala 1.503.

Dessa forma, verifica-se que o AI não se baseou em ficção, como querem os Impugnantes, nem houve ofensa ao artigo 142 do CTN, uma vez que, efetivamente, ocorreram as operações de saídas de mercadorias de forma irregular, conforme demonstrado na peça fiscal.

Neste sentido, incabível a preliminar arguida, por não se vislumbrar qualquer ilegalidade ou vício no procedimento fiscal, razão pela qual rejeita-se a nulidade do lançamento.

Do Mérito

Conforme já relatado, trata-se o caso em exame da constatação de operações de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, realizadas por contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, apuradas mediante análise dos documentos fiscais referentes às mercadorias a ele remetidas pela empresa Coobrigada (Promedon do Brasil Produtos Médico-Hospitalares Ltda.), estabelecida no Estado de São Paulo, em supostas operações de mostruário, empréstimo e consignação.

O AI ora examinado traz como anexos o Relatório Fiscal de fls. 11/12, no qual são detalhadas as irregularidades apuradas e demonstrado o crédito tributário exigido, e o Anexo I, às fls. 15/21, onde são relacionadas as notas fiscais objeto da autuação, relativas as mercadorias recebidas pelo Autuado a título de mostruário, consignação e empréstimo.

Nos Anexos II, III e IV (fls. 23/27), a Fiscalização demonstra a apuração mensal do ICMS, da multa de revalidação e das multas isoladas exigidas, cujos totais são sintetizados no Demonstrativo do Crédito Tributário às fls. 12.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Fiscalização apresenta no Anexo V, às fls. 29/52, uma amostragem de comprovantes de transporte das mercadorias recebidas pelo Autuado, por meio dos correios, nos quais são indicadas diversas notas fiscais a ele endereçadas.

Por fim, no Anexo VII (fls. 60/553) são anexadas as cópias de todas as notas fiscais que compõem a presente autuação.

Para desenvolvimento do presente trabalho, o Fiscal autuante solicitou ao Autuado e à Coobrigada a apresentação das notas fiscais de remessa e retorno das mercadorias objeto de operações de mostruário, empréstimo e consignação, bem como a declaração do estoque de mercadorias em poder do destinatário e os respectivos documentos de transporte ou frete que comprovam o retorno físico das mercadorias, conforme intimações de fls. 3/6.

Como se verifica, a Fiscalização constatou que a empresa Promedon do Brasil Produtos Médico-Hospitalares Ltda. possuía uma filial inscrita no Cadastro de Contribuintes deste Estado desde 22/03/05 (IE nº. 062.263455.0030), situada na Avenida do Contorno, nº. 4.747, **Sala nº. 1.709**, Bairro Santa Efigênia, Belo Horizonte, MG, tendo como início de atividades a data de 24/11/04, de acordo com dados constantes do SICAF/SEF-MG (consulta anexa).

Constatou, ainda, que as mercadorias destinadas ao Senhor Rogério D'Assunção Leite pela Coobrigada, a título de mostruário, consignação e empréstimo, foram enviadas na sua totalidade para a Av. Contorno, nº.4.747, **Sala nº. 1.503**, portanto, no mesmo prédio, porém, em andar diferente de onde estava instalada a filial da Promedon do Brasil Produtos Médico-Hospitalares Ltda., local onde eram armazenadas e posteriormente vendidas, pelo destinatário, as mercadorias objeto deste AI.

Assim, diante da situação fática apresentada e de toda a documentação examinada, e considerando a não apresentação de provas referentes ao transporte físico das mercadorias em retorno para o estabelecimento da remetente (Coobrigada) e, ainda, a inexistência de estoques em poder do destinatário, já que, mesmo intimado, não os apresentou, a Fiscalização concluiu que o Autuado, Rogério D'Assunção Leite, mantinha um estabelecimento comercial funcionando sem inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, onde recebia, estocava e realizava operações de vendas de mercadorias neste Estado, sem a devida emissão de documentos fiscais.

Frise-se que os Sujeitos Passivos foram intimados (fls. 02/06) a declararem o estoque de mercadorias existente no endereço autuado e a comprovarem o efetivo transporte das mercadorias que, segundo alegam, teriam retornado ao estabelecimento da Coobrigada no Estado de São Paulo, mas não apresentaram nenhuma relação de estoque e nenhum conhecimento de transporte, recibo de frete ou nota fiscal com carimbo de posto fiscal.

Tal fato veio confirmar a acusação fiscal, no sentido de que as operações de mostruário, consignação e empréstimo eram simuladas, o que levou a Fiscalização a considerar que toda a mercadoria remetida ao Autuado, na realidade, foram revendidas pelo mesmo no Estado de Minas Gerais, dando saída de seu estabelecimento sem documentação fiscal. Assim, as notas fiscais recebidas pelo Autuado foram

relacionadas no Anexo I, às fls. 15/21, e sobre o valor total das mesmas foi exigido o ICMS devido nas operações e as penalidades cabíveis.

Os Impugnantes alegaram, inicialmente, que as mercadorias foram remetidas ao Autuado, na condição de funcionário da empresa Coobrigada, para divulgação de seus produtos no Estado de Minas Gerais, a título de mostruário, consignação e empréstimo de ativo imobilizado. Posteriormente, alegaram que todas as remessas para o mesmo foram, na verdade, a título de mostruário e que algumas notas fiscais indicaram, por equívoco, operações de consignação e empréstimo.

Entretanto, examinando a legislação pertinente à matéria, verifica-se que nenhuma das “naturezas de operações” retromencionadas socorre os Impugnantes, conforme será demonstrado a seguir.

A conceituação de operações com mercadorias para **demonstração e mostruário** na Legislação Estadual encontra-se no Anexo IX, Parte 1, Capítulo LXI, do RICMS/02, *in verbis*:

CAPÍTULO LXI

Das Operações com Mercadorias Destinadas a Demonstração e Mostruário

Art. 452 - Os contribuintes que realizarem operações com mercadorias destinadas a demonstração e mostruário, para cumprimento de suas obrigações tributárias, observarão o disposto nesta Capítulo.

Art. 453 - Considera-se **demonstração** a operação pela qual o contribuinte remete mercadorias a terceiros, em quantidade necessária para se conhecer o produto, desde que retornem ao estabelecimento de origem em 60 (sessenta) dias.

(...)

Art. 454 - Considera-se operação com **mostruário** a remessa de amostra de mercadorias, com valor comercial, a empregado ou representante, desde que retorne ao estabelecimento de origem em 90 (noventa) dias.

§ 1º - **Não se considera mostruário aquele formado por mais de uma peça com características idênticas**, tais como, mesma cor, mesmo modelo, espessura, acabamento e numeração diferente.

§ 2º - Na hipótese de produto formado por mais de uma unidade, tais como, meias, calçados, luvas, brinco, somente será considerado como mostruário se composto apenas por uma unidade das partes que o compõem.

§ 3º - O prazo previsto no caput poderá ser prorrogado, por até igual período, a critério do Chefe da Administração Fazendária a que o remetente estiver circunscrito. (grifou-se)

(...).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Regulamento do ICMS do **Estado de São Paulo**, onde está situada a empresa remetente das mercadorias, ora Coobrigada, também traz determinação semelhante em relação ao mostruário, haja vista tratar-se de matéria regulada por convênio entre os Estados membros.

RICMS/2000/SP:

(Aprovado pelo Decreto nº 45.490 de 30/11/2000)

Artigo 129-C - Na saída de mercadoria a título de mostruário deverá ser emitida Nota Fiscal contendo, além dos demais requisitos, as seguintes indicações (Ajuste SINIEF-8/08, cláusulas terceira, quinta, sexta e sétima):

I - como destinatário, o empregado ou representante do emitente;

II - no campo natureza da operação, a expressão "Remessa de mostruário";

III - no campo CFOP, o código 5.949 ou 6.949, conforme o caso;

IV - o valor do imposto, quando devido, calculado mediante aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo;

V - no campo "Informações Complementares", a expressão "Mercadoria enviada para compor mostruário de venda".

§ 1º - Considera-se:

1 - mostruário a amostra de mercadoria formada por peças únicas, ainda que o produto seja composto por mais de uma unidade com características idênticas;

2 - operação com mostruário a remessa de amostra de mercadoria com valor comercial a empregado ou representante, desde que retorne ao estabelecimento de origem no prazo de 90 (noventa) dias contados da data da remessa;

§ 2º - O trânsito da mercadoria remetida para mostruário, em todo o território nacional, deverá ser efetuado com a Nota Fiscal prevista no caput, desde que a mercadoria retorne no prazo estabelecido no item 2 do § 1º.(grifou-se).

(...).

Conforme se depreende da definição de operações com mostruário pela legislação tributária deste Estado e do Estado de São Paulo, em nenhum momento as operações praticadas pelos Impugnantes se assemelham àquelas. O Autuado (destinatário) recebia diversas mercadorias de um mesmo modelo, em uma mesma nota fiscal, as armazenava e vendia em território mineiro. As remessas eram habituais e em volume que caracterizava intuito comercial, como se constata, por exemplo, nas notas fiscais de fls. 179/185, todas de um único dia.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Saliente-se que os valores totais das operações em questão se aproximam da vultosa quantia de dez milhões de reais no período fiscalizado, o que também contribui para a descaracterização de tais operações e mercadorias como sendo para mostruário, e comprova a ocorrência de simulação nas operações entre a Coobrigada e o Autuado.

O retorno simbólico, nos poucos casos em que ocorreram, era apenas para tentar regularizar uma situação comercial já praticada e para esconder as reais operações efetuadas, quais sejam, as operações de entrada e saída de mercadoria dentro do Estado de Minas Gerais, em desacordo com a legislação tributária.

Portanto, não se trata de mostruário e sim de mercadorias que tinham destinação certa, ou seja, eram remetidas para venda em território mineiro. Deste modo, as operações aqui realizadas estavam sujeitas às regras tributárias deste Estado, gerando assim suas respectivas obrigações principal e acessória.

Com relação às planilhas e notas fiscais anexadas pelos Impugnantes às fls. 640/686 e 714/2.568 (docs. 8 e 12), observa-se que uma pequena parte das mercadorias remetidas para o Autuado retornou simbolicamente para o estabelecimento da Coobrigada em São Paulo. Para a maior parte das mercadorias a planilha indica que teria havido o retorno físico (como demonstram os exemplos às fls. 640, 646 e 647), mas, entretanto, não há nenhuma comprovação do efetivo transporte dessas mercadorias e nem do estoque porventura existente no estabelecimento do Autuado.

Conforme mencionado anteriormente, quando intimados para apresentação dos comprovantes do efetivo transporte das mercadorias, como, por exemplo, CTCs, recibos de frete, carimbos de postos fiscais nas notas, etc., os Impugnantes nada apresentaram.

As operações noticiadas nas notas fiscais, objeto da autuação, foram desconsideradas pela forma como foram praticadas e também pelo acobertamento irregular da documentação fiscal, onde ficou provada a simulação. Deste modo, todos os demais documentos fiscais emitidos e juntados pela Coobrigada, na tentativa de regularização da situação, não cumpriram os requisitos necessários e foram emitidos em desacordo com a legislação vigente.

Assim, resta evidenciado que a planilha elaborada pela defesa e as notas fiscais emitidas, supostamente para retorno, tiveram apenas o intuito de mascarar as reais operações de venda praticadas em território mineiro.

Ressalte-se que no item 15 da Impugnação, os Autuados afirmam que “... caso a venda fosse concretizada pela Empresa-Impugnante, a mercadoria era devolvida simbolicamente à sede da Empresa-Impugnante em São Paulo, **gerando créditos de ICMS e a conseguinte anulação da operação de remessa por consignação, de mostruário e de empréstimo...**”, contradizendo assim, a afirmativa que também fizeram no item 112, quando afirmam tratar-se de equívoco o fato de ter atribuído a algumas operações a natureza de remessas por consignação.

Neste aspecto, cumpre observar que a Coobrigada não apresenta nenhum requerimento ao Fisco Paulista ou “carta de correção” ao destinatário, visando comunicar ou corrigir os equívocos supostamente ocorridos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com relação às remessas de mercadorias para **consignação mercantil**, saliente-se que a legislação deste Estado não permite tais operações quando destinam mercadorias à pessoa física ou estabelecimento não inscrito, conforme se depreende dos seguintes dispositivos do RICMS/02, que regem a matéria:

ANEXO IX - DOS REGIMES ESPECIAIS DE TRIBUTAÇÃO

CAPÍTULO XXVII

Das Operações Relativas às Saídas de Mercadorias em Consignação Mercantil

Art. 254 - Na saída de mercadoria a título de consignação mercantil, o consignante emitirá nota fiscal contendo, além dos requisitos exigidos, o seguinte:

I - natureza da operação: "Remessa em Consignação";

II - destaque do ICMS e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), quando devidos.

§1º - O **Consignatário lançará a nota fiscal** no livro Registro de Entradas, creditando-se do valor do imposto, quando permitido.

(...)

§3º - Na **devolução de mercadoria remetida em consignação mercantil, será observado o seguinte:**

I - o **consignatário emitirá nota fiscal** contendo, além dos demais requisitos exigidos, o seguinte:

(...)

Art. 255 - Na venda de mercadoria recebida a título de consignação, na forma do artigo anterior, o **consignatário deverá:**

I - **emitir nota fiscal** contendo, além dos demais requisitos exigidos, como natureza da operação, a seguinte expressão: "Venda de mercadoria recebida em consignação";

II - **registrar a nota fiscal** de que trata o parágrafo único deste artigo no livro Registro de Entradas, apenas nas colunas "Documento Fiscal" e "Observações", indicando nesta a seguinte expressão: "Compra em consignação - NF n°..../.../...". (grifou-se)

(...).

No caso do processo *sub examine*, resta claro que as operações tinham fim específico de venda, e não como querem o Autuado e a Coobrigada, não tratavam-se apenas de remessas para apresentação de produtos a possíveis consumidores.

Depreende-se que a intenção era realmente simular operações de mostruário, consignação e empréstimo, já que a Coobrigada mantinha estabelecimento inscrito em Minas Gerais, onde poderia operar regularmente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Deste modo, as operações realizadas entre Coobrigada (Remetente) e Autuado (Destinatário) não se enquadram em nenhum dos dispositivos legais acima citados, o que vem a comprovar que, na realidade, a documentação fiscal que deu origem à autuação tinha o único objetivo de remeter mercadorias para serem revendidas neste Estado.

Conforme bem lembrado pela Fiscalização em sua manifestação, apesar de ser a “consignação” a operação que mais se aproxima da realidade dos fatos aqui relatados, também não existe previsão legal de operação de consignação mercantil para pessoa física ou estabelecimento não inscrito.

Neste sentido, a SUTRI/SEF-MG assim se manifestou na consulta nº. 207/04:

(...)

c - na consignação mercantil, ocorrendo a venda pelo consignatário, ocorrerá, também, instantânea e simultaneamente a venda pelo consignante, quando o negócio estará concluído, ou seja, na consignação duas operações de venda transcorrem, quando se completa a operação.

Isto posto, é de se concluir, portanto, que, no caso em tela, a remessa de prótese de silicone para o médico, condicionada à possibilidade de utilização ou não no paciente, não poderá receber o tratamento tributário específico de consignação mercantil, disciplinado no Capítulo XXVII, Parte 1, artigos 254 e 255, Anexo IX do RICMS/02. (g.n.)

(...).

Os Impugnantes também argumentam que, de acordo com a regra matriz do ICMS contida na Constituição Federal (CF/88) e na Lei Complementar nº 87/96, não teria ocorrido o fato gerador do imposto neste Estado e que o Fisco estaria pretendendo cobrar ICMS devido e já pago ao Estado de São Paulo.

Ocorre que, justamente em razão da legislação citada pelos Impugnantes é que, em relação às operações de circulação de mercadorias ora analisadas, realizadas em território mineiro, deve-se respeitar o Sujeito Ativo da obrigação tributária, que no presente caso é o Estado de Minas Gerais. Assim a tributação e arrecadação dos impostos devidos sobre as operações realizadas no território mineiro devem ser recolhidas aos cofres públicos deste Estado.

No que se refere à alegação dos Sujeitos Passivos, ao afirmarem que os produtos em questão não são mercadorias e que não existiu operação de circulação, vale destacar o conceito de mercadoria estampado na legislação tributária mineira, no art. 222, Parte Geral, do RICMS/02:

“Art. 222 - Para os efeitos de aplicação da legislação do imposto:

I - mercadoria é qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica, inclusive semovente, energia elétrica, substâncias minerais ou fósseis, petróleo e seus

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

derivados, lubrificante, combustível sólido, líquido ou gasoso e bens importados por pessoa física ou jurídica para uso, consumo ou incorporação no ativo permanente;" (...)

Observa-se que o conceito de mercadoria no Direito Comercial, citado pelos Impugnantes, coincide com a definição da legislação tributária mineira. Por outro lado, a Coobrigada emitiu documentos fiscais nas remessas para Minas Gerais com destaque do ICMS, quando entendeu devido, e alega que efetuou os recolhimentos ao Estado de São Paulo, o que vem a comprovar que, na realidade, se tratavam de “mercadorias” e de “operações de circulação”.

Dessa forma, não restam dúvidas que as operações realizadas pelos Autuados constituem fato gerador do ICMS e que não observaram a legislação tributária, já que os contribuintes envolvidos usaram de simulação na tentativa de descaracterizar as vendas ocorridas em território deste Estado.

A Lei nº 6.763/75, em seu art. 6º, define o fato gerador do ICMS e no § 8º do mesmo artigo define as situações irrelevantes para a caracterização do fato gerador do imposto, senão vejamos:

Art. 6º...

§ 8º - São irrelevantes para a caracterização do fato gerador:

a) a natureza jurídica da operação que resulte:

1 - a saída da mercadoria ou a prestação de serviço;

2 - a transmissão de propriedade da mercadoria;

b) o título jurídico pelo qual a mercadoria efetivamente saiu do estabelecimento estava na posse do respectivo titular

Assim, não há que se falar em descaracterização do fato gerador. Como todas as operações simuladas foram desqualificadas por não se enquadrarem no conceito de mostruário, bem como todos os produtos se enquadram perfeitamente no conceito de mercadorias, resta caracterizado o nascimento da obrigação tributária principal e acessória em território mineiro.

Diante do exposto, revelam-se corretas as exigências do ICMS sobre as mercadorias comercializadas neste Estado sem documentação fiscal, bem como da Multa de Revalidação prevista no artigo 56, inciso II e da Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso II, c/c § 2º, ambos da Lei nº 6.763/75.

Por outro lado, a defesa sustenta que o senhor Rogério D'Assunção Leite, ora Autuado, deve ser excluído do polo passivo da obrigação tributária, argumentando que o mesmo não é contribuinte e sim empregado da empresa coobrigada.

Afirma que o mesmo exerce a função de gerente de vendas e apenas se dedicava à divulgação dos produtos no mercado mineiro, conforme documentos acostados às fls. 632/639 e 687/690.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Junta cópias de declarações do imposto de renda e extratos bancários do Autuado (fls. 691/711), alegando que seus rendimentos anuais não ultrapassam o valor de duzentos mil reais por ano, enquanto o montante das operações autuadas gira em torno de dez milhões de reais.

Ocorre que, como já abordado anteriormente, o Autuado exercia suas atividades em um estabelecimento não inscrito no Estado, onde recebia e revendia toda mercadoria remetida pela Coobrigada, sendo que o endereço do estabelecimento constante das notas fiscais e onde eram exercidas as atividades é diferente do endereço da filial que a Promedon do Brasil Produtos Médico-hospitalares Ltda. mantém neste Estado.

Desta forma, apesar do vínculo empregatício com a Coobrigada, o Autuado mantinha seu estabelecimento comercial próprio e independente, bem como tinha conhecimento e participação na simulação das operações a título de mostruário, empréstimo e consignação que lhe eram destinadas pela contribuinte, ora Coobrigada.

Registre-se, por oportuno, a regra do art. 118 do CTN:

Art. 118 - A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

Sobre os documentos juntados para comprovação da renda anual declarada pelo Autuado, são irrelevantes para o deslinde da questão, considerando que as operações em análise foram realizadas sem documentação fiscal e o estabelecimento funcionava de forma irregular.

Desta forma, é possível que toda a renda auferida de forma irregular seja também omitida do Fisco Federal e talvez nem passe por instituição financeira oficial.

No que se refere à responsabilidade tributária dos sujeitos passivos, o Autuado Rogério e a Coobrigada Promedon, verifica-se que elas se encontram bem definidas na legislação.

Ambas responsabilidades advém do art. 124 do CTN, que estabelece como responsáveis solidárias as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, além daquelas expressamente definidas por lei.

Nesse sentido, diante do conjunto de fatos que embasaram a acusação fiscal, ou seja, a simulação efetuada entre Autuado e Coobrigado relativamente à comercialização de mercadorias no território mineiro sem a emissão de notas fiscais e considerando-se que o Autuado, empregado da Coobrigada, funciona como um gestor dos negócios da Empresa em Minas Gerais, constata-se que o Autuado Rogério D'Assunção Leite é responsável tributário nos termos do art. 21, XII da Lei nº 6.763/75 c/c art. 135 do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para o enquadramento no tipo legal acima descrito há de se verificar o ato praticado que no caso dos autos foi doloso e com a finalidade suprimir tributos, em que pese a condição de empregado do Autuado (gerente de vendas).

Nos autos, há provas contundentes que demonstram a simulação de operações entre a pessoa do Autuado-Rogério e a Coobrigada-Promedon, com prejuízos ao Erário mineiro, o que justifica a responsabilidade solidária do Autuado.

Acrescente-se, ainda, que dispendo sobre o ICMS, o art. 5º da LC 87/96 prescreve:

Art. 5º Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo

Ressalta-se que a caracterização do vínculo empregatício entre o Autuado e a Coobrigada não retira daquele sua responsabilidade solidária em face de seus atos de gestão.

Por outro lado, a Coobrigada “Promedon”, que emitiu os documentos fiscais que supostamente acobertariam as operações e que juntamente com o Autuado tentou descaracterizar os fatos geradores do imposto ocorridos no Estado de Minas Gerais, tem sua responsabilidade também bem definida como contribuinte do imposto nos termos do art. 14 da Lei nº 6.763/75, sem perder de vista o já citado art. 124 do CTN.

Cumprе ressaltar que a mesma fez diversas operações de venda de mercadorias, simulando outras operações (remessa por consignação, de mostruário e de empréstimo), estando, portanto, qualificada de contribuinte, de acordo com o art. 14 da Lei nº 6.763/75, de conformidade com o CTN (art. 121, parágrafo único, inciso I – acima transcrito) e com a LC 87/96 (art. 4º), *in verbis*:

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

Assim, para ser contribuinte do ICMS basta que se comprove a realização habitual de operações com circulação de mercadorias, que realize o fato descrito na norma como gerador do ICMS, o que restou fartamente demonstrado nos autos.

Acrescente-se, ainda, que estão evidentes o interesse e a participação de ambos os sujeitos passivos na situação que deu origem à autuação e com base no art. 124, I do CTN, não obstante as suas alegações, respondem pela obrigação em igualdade de condições.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conclui-se, com segurança, que o Autuado-Rogério e a Coobrigada-Promedon são sujeitos passivos solidários, com obrigação conjunta, sem benefício de ordem, por isso, co-obrigados.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer dos Recursos de Revisão. No mérito, pelo voto de qualidade, em negar provimento aos recursos. Vencidos, em parte, os Conselheiros André Barros de Moura (Relator), Antônio César Ribeiro e Sauro Henrique de Almeida, que lhes davam provimento parcial para excluir o Autuado Rogério D'Assunção Leite do polo passivo, nos termos do voto vencido de fls. 2650/2651. Designado relator o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles. Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Alberto Koge Tsumura e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Francisco de Assis Vasconcelos Barros. Participaram do julgamento, além dos signatários e dos vencidos, o Conselheiro Roberto Nogueira Lima.

Sala das Sessões, 18 de dezembro de 2009.

Mauro Heleno Galvão
Presidente / Revisor

Edwaldo Pereira de Salles
Relator / Designado