

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.681/17/2ª Rito: Sumário

PTA/AI: 01.000786302-99

Impugnação: 40.010144405-98 (Coob.), 40.010144406-79 (Coob.),
40.010144407-50 (Coob.)

Impugnante: Ctime Intermediação de Negócios Ltda (Coob.)
CNPJ: 24.248563/0001-61
Fábio Machado Silva (Coob.)
CPF: 063.103.376-96
Leonardo Mascia Marquez (Coob.)
CPF: 041.691.336-92

Autuada: Nash Pub e Restaurante Ltda - ME
IE: 002235553.00-33

Coobrigados: Carlos Augusto Costa Neves
CPF: 065.271.716-09
Carlos Roberto Braga de Paula
CPF: 013.911.066-60
Julio Cesar Alves Fonseca
CPF: 097.041.206-13
Wissam Cherbechi
CPF: 015.239.396-05

Proc. S. Passivo: Alessandro Alberto Pereira/Outro(s)

Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SUJEITO PASSIVO - CORRETA A ELEIÇÃO. Restou comprovado que os atos e omissões dos Coobrigados concorreram para o não recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos pela Contribuinte. Legítima, portanto, a manutenção dos Coobrigados 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. Entretanto, a responsabilidade do Coobrigado Carlos Augusto Costa Neves deve ser afastada por não haver coincidência entre o período em que atuou como administrador e o período em que as irregularidades foram apuradas.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as

vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização, no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - PGDASN, com os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII do RICMS/02. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c § 2º do citado artigo, ambos da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. Comprovado nos autos que a Autuada promoveu, de forma reiterada, saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, portanto, correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 76, inciso IV, alínea “j” da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

Procedente a exclusão do Simples Nacional. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, recolhendo, em consequência, ICMS a menor, no período de 01/05/16 a 31/01/17.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c o § 2º do mesmo artigo, ambos da Lei nº 6.763/75.

Em razão da realização, de modo reiterado, de venda de mercadorias sem o devido acobertamento documental, propõe-se, também, a exclusão de ofício da Autuada do regime de tributação do Simples Nacional.

Registra-se, ainda, que foram arrolados na peça fiscal, na condição de Coobrigados, o sócio-administrador da Autuada, a empresa Ctime Intermediação de Negócios Ltda e seus sócios-administradores.

Inconformados, a empresa Ctime Intermediação de Negócios Ltda, Fábio Machado Silva e Leonardo Mascia Marquez (administradores), todos Coobrigados, apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação conjunta às fls. 94/122, acompanhada dos documentos de fls. 123/190.

A Fiscalização, por sua vez, manifesta-se às fls. 193/208, refutando as alegações da Defesa

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

declaradas pela Autuada à Fiscalização (Extrato do Simples Nacional) e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, recolhendo, em consequência, ICMS a menor, no período de 01/05/16 a 31/01/17.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c o § 2º do mesmo artigo, ambos da Lei nº 6.763/75.

Cumprir registrar que a Fiscalização, tendo em vista os indícios de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, emitiu o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000021555-64, anexado às fls. 02, para exame do cumprimento das obrigações tributárias no período de 01/01/12 a 31/01/17.

A partir da operação “Não Tem Preço”, desencadeada em conjunto pelo Ministério Público de Minas Gerais – MP/MG e pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais - SEF/MG, foram efetuadas Buscas e Apreensões, determinadas pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça de Uberlândia – MG em Primeiro Grau, no imóvel situado à Av. Afrânio Rodrigues da Cunha, nº 618, Bairro Tabajaras, de acordo com o Mandado de Busca e Apreensão constante da mídia eletrônica (CD) de fls. 18.

No endereço citado, foram encontradas diversas empresas de intermediação de negócios comerciais, inclusive a empresa Coobrigada Ctime Intermediação de Negócios Ltda.

Do resultado dessa diligência, obteve-se documentos e arquivos digitais, conforme consta em Auto de Copiagem e Autenticação de Arquivos Digitais e Auto de Apreensão e Depósito nº 008575, anexados no mesmo CD de fls. 18.

Em suma, os documentos e relatórios financeiros apreendidos na empresa Ctime Intermediação de Negócios demonstram que o Coobrigado, sócio-administrador da Autuada, firmou contrato de locação de máquinas de cartão de crédito/débito com a Ctime, para utilização na empresa autuada, no intuito de ludibriar o Fisco e ocultar o seu faturamento real.

Assim, a Fiscalização constatou que, no período de maio de 2016 a janeiro de 2017, a Autuada omitiu receitas, deixando de recolher o ICMS devido nas saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, apuradas mediante o confronto entre as vendas realizadas com a máquina de cartão de crédito/débito – POS de terceiro (planilha “RICARDO MORAES DE LIMA”, que compõe o CD de fls. 18) e os valores constantes dos Extratos do Simples Nacional (fls. 20/44).

Constatou, também, no período no período de maio de 2016 a janeiro de 2017 a Autuada omitiu outras receitas, deixando de recolher o ICMS devido nas saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, apuradas mediante o confronto entre as vendas realizadas com a máquina de cartão de crédito/débito – POS da própria empresa (planilha “DETALHAMENTO REG 65”, inserida no CD de fls. 18) e os valores constantes dos mesmos Extratos do Simples Nacional.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Referidas apurações de saída desacobertada estão demonstradas pela Fiscalização no relatório do Auto de Infração e Anexos, inclusive por meio dos arquivos constantes do CD de fls. 18.

De acordo com o Relatório Fiscal, a empresa de intermediação, seus sócios e os sócios da autuada foram incluídos, como Coobrigados, no polo passivo da presente obrigação tributária, por serem solidariamente responsáveis, conforme art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75, sendo que a Ctime Intermediação de Negócios Ltda e seus administradores foram responsabilizados apenas pelas diferenças encontradas nos equipamentos POS de Terceiro (irregularidade apurada no subitem 7.1).

Na peça de defesa a empresa Ctime Intermediação de Negócios Ltda, Fábio Machado Silva e Leonardo Mascia Marquez (administradores), todos Coobrigados, ora Impugnantes, explicam que a empresa apenas intermedeia a locação de equipamentos para realizar pagamentos por cartões de crédito e débito.

Afirmam que referido negócio jurídico estaria respaldado em contrato particular firmado entre a Ctime Intermediação de Negócios Ltda e os seus clientes.

Informam que, em periodicidade ajustada, os clientes comparecem à sede da Ctime para receber o numerário referente à venda de suas mercadorias, destacando que as empresas Adquirentes CIELO, REDE, etc, repassam os valores à Ctime, a qual os repassa aos clientes por intermediação.

Salientam que a Autuada possui meios de pagamento próprios e também meios de pagamento que lhe eram fornecidos pela Coobrigada, no que se refere às máquinas de cartão, sendo que o presente crédito tributário abrange ambos.

Asseveram que a Ctime Intermediação de Negócios Ltda, como Subadquirente, é facilitadora do comércio de pequenas empresas, diminuindo as burocracias referentes aos pagamentos, inclusive com multiplicidade de opções, como, por exemplo, o *gateway* para o *e-commerce*, cujas facilidades e opções de pagamento teriam o condão de aumentar a lucratividade dos pequenos negócios.

Alegam que essa atividade de cessão de meios de pagamento é lícita, logo, se porventura a Autuada não recolheu e escriturou os impostos devidos de suas operações, não podem a Coobrigada e seus sócios responderem por isso.

No tocante à inclusão dos sócios no polo passivo da obrigação tributária, sustentam que não houve comprovação de excesso de poderes ou de infração à lei ou ao estatuto social da empresa pelos sócios-administradores.

Além disso, arguem que os sócios-administradores da Ctime não praticaram conduta prescrita pelo art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75, pois tão somente disponibilizaram meios de pagamento, em virtude de negócio jurídico lícito que celebraram.

Os Impugnantes ainda alegam que, se a Ctime foi responsabilizada, as administradoras de cartão também deveriam ser, pois foi do equipamento delas é que foi constatada a omissão de receitas, oriunda das vendas desacobertadas de documentos fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Alegam que não houve atitude de colaboração da Ctime Intermediação de Negócios Ltda com a Autuada para que sonegasse impostos e somente por intermédio dessa colaboração é que se poderia incluí-la no polo passivo.

Sustentam que não têm acesso à escrituração contábil e fiscal de seus clientes. Pedem, portanto, a exclusão dos Impugnantes do polo passivo da relação jurídico-tributária.

Noutro item, os Impugnantes entendem que o Fisco não se desincumbiu do seu ônus probatório de comprovar a vinculação da hipótese de incidência tributária dos autos com as ações da Coobrigada e administradores. Desse modo, a Fiscalização estaria agindo por presunções.

Sustentam que, a partir de 10/04/14, o sócio-gerente passou a ser o Sr. Carlos Augusto Costa Neves e que assim ficou até o dia 25/02/15. Dessa data em diante, foi incluído, também como sócio-gerente, o Sr. Fábio Machado.

Dessa forma, requerem a exclusão da responsabilidade do Sr. Leonardo Mascia Marquez, ao argumento de que ele nunca foi sócio-gerente e nem mesmo administrador da empresa Coobrigada.

No que tange à multa isolada aplicada, os Impugnantes sustentam que não foi observado os limitadores e possibilidade de redução da multa isolada, conforme dispõe o art. 55 da Lei nº 6.763/75, seus incisos e parágrafos.

Destacam que o § 2º do art. 55 não foi observado, pois existe o limite de duas vezes e meia do valor do imposto incidente na operação. Dessa forma, pedem o recálculo da multa isolada.

Os Impugnantes alegam que o procedimento fiscal de apuração de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal com base em dados extrafiscais, obtidos junto à administradora de cartão de crédito e/ou débito, não passariam de meros indícios.

Todavia, razão não lhes assiste, conforme se verá.

O procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e VII, do RICMS/02, nos seguintes termos:

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

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

(...)

VII - exame dos elementos de declaração ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, nos quais conste a existência de mercadoria ou serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Registra-se, por oportuno, que a matéria encontra-se regulamentada nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10-A. As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS constantes do Cadastro Resumido de Contribuintes do ICMS disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, www.fazenda.mg.gov.br, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

(...)

Art. 13-A - As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o dia quinze de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

§ 1º - As empresas de que trata o caput deverão:

I - gerar e transmitir os arquivos, utilizando-se do aplicativo Validador TEF disponível no endereço eletrônico www.sintegra.gov.br;

II - verificar a consistência do arquivo, gerar a mídia e transmiti-la, utilizando-se da versão mais atualizada do aplicativo validador e transmissor.

§ 2º - A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora, a operadora e empresa similar à penalidade prevista no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

Ressalta-se que as informações prestadas pela administradora de cartão de crédito e/ou débito, em relação às máquinas de cartão próprias e de terceiro, são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, incisos II e III do RICMS/02, transcrito a seguir:

Art. 132 - São considerados, ainda, documentos fiscais:

(...)

II - a declaração, a informação e os documentos de controle interno exigidos pelo Fisco que permitam esclarecer ou acompanhar o comportamento

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscal do contribuinte ou de qualquer pessoa que guarde relação com os interesses da fiscalização do imposto;

III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, por empresa que presta serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente ou por similares, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar.

Parágrafo único - As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII deste Regulamento e, quando solicitado pelo titular da Delegacia Fiscal da circunscrição do estabelecimento contribuinte, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da administradora, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

Vale reiterar que as vendas não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das vendas com cartão de crédito e/ou débito (conforme informação da administradora dos cartões) com vendas informadas pela Contribuinte, estando o cálculo demonstrado nos autos.

Desse modo, não assiste razão aos Impugnantes quando alegam que o procedimento fiscal se baseou em provas insuficientes, indícios ou presunções, pois as infrações restaram demonstradas e comprovadas.

Cabe destacar as disposições da legislação tributária mineira sobre a base de cálculo do imposto, notadamente o disposto no art. 43, inciso IV do RICMS/02:

Art. 43 - Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

IV - na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que em transferência para outro estabelecimento do mesmo titular:

a) ressalvada a hipótese prevista na alínea seguinte, o valor da operação ou, na sua falta:

(...)

Portanto, a falta de cumprimento das obrigações tributárias e fiscais sujeita o contribuinte ao pagamento do imposto e demais acréscimos legais, previstos na legislação, devendo ser utilizada a alíquota aplicável ao ramo de suas atividades, como foi aplicado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaca-se que, para fins de apuração da base de cálculo do imposto exigido (operações sujeitas à tributação normal), a Fiscalização deduziu, do valor total de faturamento omitido, os valores correspondentes às operações sujeitas à substituição tributária, utilizando a alíquota média praticada pela Autuada, apurando-se, assim, corretamente o valor do imposto não recolhido em razão de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal.

O fato de a Autuada estar enquadrada no regime simplificado de tributação não lhe socorre, conforme o disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea "f" da Lei Complementar nº 123/06 (Simples Nacional).

Independentemente de estar ou não a empresa cadastrada no Simples Nacional, na hipótese de saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscais, a apuração do imposto se faz fora do regime especial de tributação, nos termos da Lei Complementar nº 123/06, que assim prescreve:

Art. 13 - O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º - O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacoberta de documento fiscal;

(...)

Cita-se, a propósito, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, já proferida, abordando a questão:

EMENTA: TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO CÍVEL - SIMPLES MINAS E SIMPLES NACIONAL - ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO - PARCELAMENTO - OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DESACOBERTA DE DOCUMENTO FISCAL - ART. 15, INCISO VII, ALÍNEA "A", LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 - ART.13, § 1º, INCISO XIII, ALÍNEA "F", LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 - INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME - SEGURANÇA DENEGADA.

CONSIDERANDO QUE OS DÉBITOS OBJETO DE PARCELAMENTO DECORREM DA "OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DO ICMS POR SAÍDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS", NOS TERMOS DO ART. 15, VII, "A", DA LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 E

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DO ART. 13, §1º, XIII, "F", DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, DEVE INCIDIR A ALÍQUOTA DO ICMS APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME.

PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO NÃO PROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL 1.0079.11.054061-8/001, RELATOR(A): DES.(A) ANA PAULA CAIXETA, 4ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 12/09/13, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 17/09/13)

Cita-se, ainda, outras decisões mais recentes desse mesmo tribunal, no mesmo sentido: Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.16.054888-9/001, Relatora Des.(a) Heloisa Combat, Data da Publicação 16/11/16; TJMG, 6ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0024.13.414531-7/001, Relator Des. Claret de Moraes (JD Convocado), Acórdão de 12/04/16, publicação de 20/04/16 e TJMG, 8ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0024.12.259177-9/003, Relatora Desª. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Acórdão de 28/04/16, publicação de 06/05/16.

No que concerne à exclusão de ofício da Contribuinte do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, e inciso IV, alíneas "d" e "j", e § 6º, inciso I, todos do art. 76 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11. Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar nº 123/06:

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

(...)

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

(...)

XI - houver descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26;

(...)

§ 1º - Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 3º - A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.

(...)

§ 9º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

(...)

Resolução CGSN nº 94/11:

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 03 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses:

(...)

d - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

(...)

j - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, observado o disposto nos arts. 57 a 59 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97;

(...)

§ 6º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j", e "k" do inciso IV do caput:

I - a ocorrência de dois ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento em um ou mais procedimentos fiscais;

(...)

Portanto, deve ser excluído do regime favorecido e simplificado a que se refere a Lei Complementar nº 123/06, o contribuinte que, dentre outras situações, dê saídas a mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN nº 94/11, a seguir transcritos, que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar, observados os seus dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais, inclusive quanto à intimação do contribuinte, *in verbis*:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

Resolução CGSN nº 94/11

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é:

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1º - Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício.

§ 2º - Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110.

Não existe na legislação mineira disposição específica sobre a exclusão de ofício do regime do Simples Nacional, mas o Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos de Minas Gerais - RPTA disciplina o contencioso administrativo e trata das notificações em seu art. 10:

Art. 10. As intimações do interessado dos atos do PTA devem informar a sua finalidade e serão realizadas, a critério da Fazenda Pública Estadual, pessoalmente, por via postal com aviso de recebimento ou por meio de publicação no órgão oficial.

A Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração para as exigências relativas às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal e emitiu o “Termo de Exclusão do Simples Nacional”.

No caso, a Contribuinte foi intimada do “Termo de Exclusão” de fls. 80/81, conforme Avisos de Recebimento e publicação de fls. 83/92, dando oportunidade à devida impugnação de sua exclusão, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Registra-se que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CC/MG julga as exigências fiscais (motivação da exclusão) e, posteriormente, a exclusão em si. Nesse sentido, este Órgão Julgador tem decidido reiteradamente, a exemplo do Acórdão nº 22.078/16/1ª:

EMENTA

(...)

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA A SUA EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISOS V E XI DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, C/C O ART. 76, INCISO IV, ALÍNEAS "D" E "J", §§ 3º E 6º, INCISO I DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11.

Frisa-se que a alíquota aplicada pela Fiscalização não foi em virtude da exclusão da Autuada do Simples Nacional, mas pela constatação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Ressalta-se que não houve nenhum questionamento por parte dos Autuados com relação ao Termo de Exclusão do Simples Nacional.

Conforme se pode observar nas telas constantes dos autos, os Srs. Fábio Machado Silva e Carlos Augusto Costa Neves eram os sócios das empresas do referido grupo econômico que figuravam junto à Receita Federal, porém, em declaração ao MP/MG, evidenciou-se que o Sr. Leonardo Mascia Marquez era sócio oculto desse grupo de empresas, conforme declarações anexadas na mídia eletrônica (CD) acostada às fls. 18.

No que se relaciona à inclusão da Ctime e de seus sócios no polo passivo, devido ao art. 21, inciso XII, da Lei nº 6.763/75, registra-se que referida empresa locava junto à CIELO, REDE, entre outras, máquinas de cartões e, posteriormente, as sublocava à Autuada, para que pudesse comercializar suas mercadorias.

Dessa forma, todos os comprovantes de venda seriam emitidos em nome da Coobrigada, não obstante ser a Autuada quem realmente estava praticando as operações de venda.

Esse ato por si só obstaculiza e dificulta a Fiscalização, facilitando, por conseguinte, a sonegação fiscal das clientes da empresa Coobrigada, já que essas vendas estariam diluídas nas contas bancárias das 4 (quatro) empresas do grupo econômico estabelecidas, sucessivamente, na mesma sede física, em Uberlândia/MG.

É relevante destacar que o contrato de locação de máquinas de cartão firmado entre a Ctime Intermediação de Negócios Ltda e a CIELO, REDE, e demais adquirentes de meios de pagamento, contém cláusula específica que veda a sublocação, transferência ou alienação, total ou parcial, dos equipamentos de propriedade da locatária.

A Fiscalização explica que as empresas adquirentes são agentes operadores do sistema de pagamento dos cartões de crédito e fazem a comunicação entre o banco

emissor e as bandeiras das administradoras de cartão. Para se relacionar com as empresas adquirentes (CIELO, REDE, etc), é preciso fazer um cadastro com a empresa bem como seguir suas normas.

Lado outro, a ligação entre o *e-commerce* e o banco, sem intermediários, deixa o lojista vulnerável às fraudes comerciais, portanto, é natural buscar soluções e uma segurança para suas operações de vendas. Aqui se posiciona o subadquirente, que relaciona os Adquirentes, clientes e lojistas.

A Fiscalização destaca que, em média, o subadquirente custa de 5% (cinco por cento) a 7% (sete por cento) sobre as vendas no Brasil e que, para o lojista, o custo é maior, pois deverá embutir, no preço de venda, as tarifas de cobrança por transação das subadquirentes.

Já o *gateway*, que seria agente de alta performance e é utilizado em projetos grandes, processa o pagamento online e faz a ligação entre vendedor e adquirente das mercadorias, que estão situados distantes, geograficamente, um do outro. Isso assegura o recebimento da mercadoria pelo adquirente e, após esse fato, a liberação da quantia depositada no *gateway* ao vendedor. Os *gateways* cobram pelo número de operações.

Observa-se que a prática da empresa Ctime não se coaduna com o conceito e fluxograma de subadquirente exposto pela Fiscalização em sua manifestação, pois as empresas subadquirentes, por exemplo, o Mercado Pago, em momento algum, locam e sublocam os POS dos Adquirentes para repassar a outras empresas, primeiro, porque a sublocação ou cessão desses equipamentos é vedado em contrato pelos adquirentes e, segundo, porque a transação de intermediação de pagamento é realizada pela subadquirente totalmente via Internet.

A segurança da operação existe, porque a liberação do numerário pago pelo adquirente ocorre tão somente após o recebimento da mercadoria, o que evita o pagamento, sem o posterior envio do produto negociado. E, aqui, não existe sublocação de equipamentos de cartão de crédito para mascarar o faturamento real da vendedora.

Considerando que houve prática de sonegação fiscal, mediante o artifício da sublocação de máquinas de cartões de crédito pela Coobrigada, o que não se ajusta à atividade das subadquirentes permitidas pelo Banco Central do Brasil, em regulação da atividade financeira, não se pode considerar, como lícito, o negócio jurídico desenvolvido pela Ctime.

A Autuada, ao aderir ao esquema fraudulento arquitetado, tinha de forma notória a perfeita noção de que cometia ilícito, devido à facilitação do escamoteamento de seu faturamento real da Fiscalização.

Destaca-se, ainda, que, ao contrário do alegado pelo Impugnante, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei, para o efeito de extensão da responsabilidade tributária aos referidos Coobrigados, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, quando a Autuada, em conluio com os Coobrigados, cometeu as irregularidades de dar saída de mercadorias desacobertada de documentação fiscal, conseqüentemente sem o pagamento do imposto devido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, resta clara a gestão fraudulenta dos Coobrigados com intuito de lesar o Erário Estadual.

Com relação à limitação da responsabilidade tributária dos sócios-administradores das empresas atuadas, cabe aferir o período efetivo em que eles atuaram na gestão dos negócios, o que é possível extrair da documentação juntada.

Observa-se que o Coobrigado Carlos Augusto Costa Neves permaneceu como sócio-administrador no período de 10/04/14 até 26/02/16, o que não coincide com o intervalo temporal em que se identificou as omissões de receita/saída desacobertada.

Desse modo, os sócios administradores só podem atuar como responsáveis tributários limitado ao período em que atuaram na gestão da sociedade empresarial, até porque coincidem com o período, em que auferiram vantagem econômica da atividade ilícita que desempenharam e neste sentido deve ser excluído o Coobrigado Carlos Augusto Costa Neves do polo passivo da obrigação tributária.

Relativamente à Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, exigida no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o valor das operações de vendas sem notas fiscais de saída, correta a sua aplicação, observado os possíveis ajustes e limitadores, conforme demonstrado no Anexo "Ajuste da Multa Isolada". O dispositivo em questão prevê:

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:

(...)

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

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

b) quando se tratar de falta de emissão de nota fiscal de entrada, desde que a saída do estabelecimento remetente esteja acobertada por nota fiscal correspondente à mercadoria;

(...)

Ressalte-se que em que pese os dados apresentados pela administradora de cartão de crédito e/ou débito serem considerados documentos fiscais, o redutor previsto na alínea "a" do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75 somente se aplica quando a apuração do crédito tributário ocorrer com base, exclusivamente, em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte, o que

definitivamente não ocorreu no presente caso, pois a Fiscalização se apoiou nos documentos expedidos pelas administradoras das máquinas de cartão vinculadas à empresa interposta, que as sublocou.

Assim, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Reitera-se que, ao contrário do alegado pelos Impugnantes, a mencionada multa isolada observou o disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 (vigente à época dos fatos geradores), sendo limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação, ainda que por substituição tributária.

Portanto, a Fiscalização não feriu o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, mas apenas aplicou o que a Lei nº 6.763/75 determina, no caso de se apurar saídas desacobertas de documento fiscal.

Convém mencionar, por oportuno, que a Lei nº 22.549, de 30 de junho de 2017 (MG de 01/07/17), em seu art. 56, alterou a redação do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, nos seguintes termos:

Lei nº 22.549/17

(Vigência a partir de 01/07/17)

Art. 56 - O caput do inciso I e os incisos XXVI, XXXIV e XXXVII do caput do art. 55 da Lei nº 6.763, de 1975, e os §§ 2º e 5º do mesmo artigo passam a vigorar com a seguinte redação, e fica acrescentado ao caput do artigo o inciso XLVI a seguir:

Art. 55 - (...)

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação;

II - em se tratando de operação ou prestação amparada por isenção, não incidência, diferimento ou suspensão do imposto ou sujeita à tributação com alíquota ou redução de base de cálculo que resulte em carga tributária inferior a 7% (sete por cento), não poderão ser inferiores a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação.

(...)

(Grifou-se).

Verifica-se que a nova redação do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 passou a prever limites máximo (inciso I) e mínimo (inciso II) para todas as penalidades capituladas no art. 55 da citada lei, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Restam caracterizados os elementos informadores do dolo, a saber, o elemento intelectual ou cognitivo (consciência da ilicitude da conduta), bem assim a vontade de produzir o resultado, o esquema fraudulento, com simulação de operações foi demonstrado e comprovado.

Patente no caso o dolo, fraude e simulação perpetrados, não é o caso de se aplicar a retroação benigna prevista no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN.

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

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Com relação ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUI QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...). AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Dessa forma, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

validade, verifica-se que os argumentos trazidos pelos Impugnantes não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir o Coobrigado Carlos Augusto Costa Neves do polo passivo da obrigação tributária. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar procedente a Exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Tavares Pereira e Maria Vanessa Soares Nunes.

Sala das Sessões, 06 de dezembro de 2017.

**Sauro Henrique de Almeida
Presidente / Revisor**

**Marco Túlio da Silva
Relator**