

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.873/18/1ª Rito: Sumário

PTA/AI: 01.000712684-97

Impugnação: 40.010143857-24, 40.010143858-05 (Coob.), 40.010143856-43 (Coob.), 40.010143854-90 (Coob.), 40.010143853-17 (Coob.), 40.010143855-62 (Coob.)

Impugnante: Delmira Carlos da Costa - ME
IE: 002401053.00-22
Carlos Augusto Costa Neves (Coob.)
CPF: 065.271.716-09
Delmira Carlos da Costa (Coob.)
CPF: 338.427.606-04
Fabio Machado Silva (Coob.)
CPF: 063.103.376-96
FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME (Coob.)
CNPJ: 24.396674/0001-15
Leonardo Mascia Marquez (Coob.)
CPF: 041.691.336-92

Proc. S. Passivo: Alessandro Alberto Pereira/Outro(s), Adriel Gonçalves Nascimento/Outro(s), Denise Cristina Costa/Outro(s)

Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SUJEITO PASSIVO - ELEIÇÃO ERRÔNEA. Exclusão do Coobrigado Carlos Augusto Costa Neves do polo passivo da obrigação tributária, uma vez que o mesmo retirou-se da sociedade, não tendo participado de sua administração durante todo o período autuado.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SUJEITO PASSIVO - CORRETA A ELEIÇÃO. Restou comprovado que os atos e omissões dos demais Coobrigados concorreram para o não recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos pela Contribuinte. Legítima, portanto, a sua manutenção no polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75 e art. 135, inciso III do CTN.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional Declaratório (PGDASD) e 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. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75. Entretanto deve se adequar a multa isolada ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, alterado pelo art. 19 da Lei nº 22.796/17, nos moldes da alínea "c" do inciso II do art. 106 do CTN.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de 01/04/15 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, ambos da Lei nº 6.763/75.

Os Coobrigados foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária com fulcro nos no art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75 e art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional - CTN.

Da Impugnação

Inconformados, os Coobrigados FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME, Fabio Machado Silva e Leonardo Mascia Marquez apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 81/107 acompanhada dos documentos de fls. 108/174 com os seguintes argumentos:

- sustentam que a FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME cede aos seus clientes meios de pagamento consistentes em cartões de débito e crédito, mediante contrato firmado entre as partes, que foram obtidos, por meio de cadastro da empresa, junto às empresas adquirentes (CIELO, REDE entre outras), com o intuito de facilitar e trazer benefícios às pequenas empresas ou pequenos prestadores de serviços e não, com a finalidade de facilitar que os contribuintes de ICMS possam deixar de recolher impostos;

- alegam a impossibilidade de inclusão de FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME, Leonardo Mascia Marquez e Fábio Machado Silva como corresponsáveis sem prova da sua má-fé ou da prática de fraude, tendo em vista que não praticaram qualquer ato para auxiliar em qualquer sonegação fiscal;

- requerem a exclusão da responsabilidade do sócio Leonardo Mascia Marquez, tendo em vista que nunca foi sócio gerente e nem mesmo administrador da empresa FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- destacam que a apuração da multa isolada neste processo administrativo foi realizada com aplicação de dois equívocos, quais sejam, não houve aplicação da parte final do inciso II do art. 55 e nem mesmo do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Requerem a procedência da Impugnação.

Igualmente inconformadas a Autuada e a Coobrigada Delmira Carlos da Costa apresentam, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 175/182, acompanhada dos documentos de fls. 185/188 com as seguintes alegações:

- argumentam que a Fiscalização para subsidiar a sua conclusão fiscal, quanto ao faturamento, utilizou-se dos documentos elaborados pela FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME os quais não possuem anuência da Impugnante, sendo que, não há neste processo, recibos assinados pela Impugnante, comprovantes de transferência dos valores mencionados, os quais pudessem demonstrar o faturamento arbitrado;

- asseveram que as multas aplicadas têm efeito confiscatório, em clara violação ao que estabelece o art. 150, inciso IV da Constituição da República de 1988 (CR/88) e ao entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), proferido no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 727.872/RS;

- sustentam que o Fisco, presumindo um faturamento, não aplicou o percentual de 20% (vinte por cento) para exigir a Multa Isolada estabelecida no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Requerem a improcedência do lançamento tributário.

Também inconformado, o Coobrigado Carlos Augusto Costa Neves, apresenta tempestivamente e por procuradora regularmente constituída, Impugnação às fls. 189/210 acompanhada dos documentos de fls. 211/229, com os argumentos infra elencados:

- sustenta que a Fiscalização elencou indevidamente o Impugnante, a empresa FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME e os seus sócios Leonardo Mascia Marquez e Fábio Machado Silva, como responsáveis solidários pelas obrigações tributárias lançadas nesta autuação;

- aduz que a obrigação de recolher o tributo é do Contribuinte e não da empresa FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME, uma vez que esta apenas pratica a atividade de subadquirência, pois é intermediadora de pagamentos com meio eletrônico;

- suscita a ilegitimidade passiva do Impugnante Carlos Augusto Costa Neves, pois os Termos de Declarações anexados aos autos comprovam, que este retirou-se da sociedade empresarial em fevereiro de 2016, passando a referida sociedade a ser integrada exclusivamente pelos sócios Leonardo Mascia Marquez e Fábio Machado Silva;

- assevera que a operação de intermediação de negócios, constitui-se em atividade lícita e regular;

- afirma que as multas apresentam caráter confiscatório, o que contradiz o dispositivo do art. 150, inciso IV da CR/88.

Requer a procedência da Impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 234/253, refuta as alegações da Defesa.

Requer a procedência do lançamento.

Em sessão realizada em 24/08/17, acorda a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 29/08/17.

A 1ª Câmara de Julgamento determina a realização de diligência de fls. 261, que resulta na manifestação da Fiscalização às fls. 263/267.

Aberta vista para a Impugnante, que não se manifesta.

A 1ª Câmara de Julgamento exara Despacho Interlocutório de fls. 261, cumprido pela Coobrigada FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME às fls. 270/272 e juntada de documentos de fls. 273/394.

A Fiscalização, novamente, manifesta-se às fls. 402/406.

DECISÃO

Os fundamentos expostos na manifestação fiscal foram, em parte, utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passarão a compor o presente Acórdão com pequenas alterações e adaptações de estilo.

Do Mérito

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de 01/04/15 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, ambos da Lei nº 6.763/75.

Cumprir destacar 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 10.000.021.566-33, anexado às fls. 02, para exame do cumprimento das obrigações tributárias no período de 01/01/12 a 31/01/17.

Ao confrontar as vendas mensais realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito (informadas pela administradora dos cartões) com as saídas por meio de tais cartões, declaradas pela Contribuinte, a Fiscalização constatou vendas desacobertas de documentos fiscais, no período autuado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os Impugnantes Fábio Machado Silva, Leonardo Mascia Marques e Carlos Augusto Costa Neves alegam que a atividade desenvolvida pela pessoa jurídica FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME é lícita e regular.

A FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME tem como atividade principal a “intermediação e agenciamento de serviços e negócios em geral”, e dentre as atividades secundárias as atividades de “correspondentes de instituições financeiras” e “atividades de cobranças e informações cadastrais”.

Na prática, a FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME desenvolve como atividade principal a subadquirência, que se resume em empresas vinculadas às empresas adquirentes, que trabalham liquidando transações financeiras realizadas por meio de cartões de pagamento, especialmente junto a estabelecimentos comerciais de menor porte, pessoas físicas e negócios on-line que, via de regra, não tem acesso às empresas adquirentes para captura e processamento de suas transações, sendo que tais pessoas compõem a rede credenciada/clientes da FCBF Intermediação de Negócios Ltda.

Os Impugnantes argumentam que várias empresas do Brasil praticam a mesma atividade da FCBF, dando como exemplo as seguintes empresas adquirentes:

1 – Cielo, Rede, Getnet, Elavon Global Payments;

Citam ainda como exemplo as seguintes empresas subadquirentes:

2 – PayPal, Mercado Pago, Pag Brasil, Moip, Pagg Certo, Pagar.Me e B! Cash.

Para os Impugnantes, o fato do estabelecimento comercial utilizar a máquina de cartão/POS (point of sale) da FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME de nenhum modo o desobriga de emitir os seus documentos fiscais, e muito menos obriga a empresa a emitir documento fiscal para a operação praticada pelo estabelecimento comercial, pois a FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME é uma mera intermediadora da transação de pagamento, auferindo um pequeno percentual de desconto sobre o valor da transação praticada pelo estabelecimento comercial.

Além disso, a utilização da máquina de cartão/POS da FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME, segundo a Impugnante, não tem nenhum condão de favorecer ou escamotear eventuais sonegações praticadas por seus clientes, que são transacionados nas máquinas/POS da FCBF, pois os valores transacionados por meio de tais equipamentos são por ela pagos aos estabelecimentos/pessoas físicas pertencentes à sua rede credenciada (clientes), deduzida a taxa de administração, nos termos em que contratualmente acordado.

Para a Impugnante, restou evidenciado, que se de algum modo existiu intuito/dolo de sonegação fiscal, este só pode ser atribuído ao titular do estabelecimento comercial, pois a obrigação de emitir a competente nota ou cupom fiscal, bem como recolher o tributo e transmitir as obrigações acessórias ao Fisco é eminentemente dele, e não da operadora do meio eletrônico de pagamento que apenas viabiliza a transação realizada por meio magnético – cartão de débito/crédito.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inicialmente cumpre verificar o que são empresas adquirentes e subadquirentes e seus fluxos de negócios, no intuito de proceder à comparação com a atividade desenvolvida pela FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME.

Todos os conceitos e fluxogramas citados são encontrados nos endereços eletrônicos infra descritos:

- <http://blog.pagar.me/subadquirente-e-adquirente-o-que-você-precisa-saber>;
- <https://blog.vindi.com.br/adquirentes-subadquirentes-e-gateways/>.

As adquirentes fazem a liquidação financeira das transações mediante cartão de crédito/débito e exercem uma influência muito grande no mercado de meios de pagamentos no Brasil.

As adquirentes REDE, CIELO, ELAVON, GETNET, FirstData, Global Payments entre outras, são responsáveis pela comunicação com as bandeiras (Visa, Mastercard, Amex, Diners) e bancos emissores (Itaú, Bradesco, Citibank, Santander dentre outros).

As lojas podem usar os adquirentes diretamente ou por meio de um gateway. Nessa modalidade, a cobrança pelo serviço é feita por porcentagem na venda. E os créditos da venda são enviados diretamente na conta do lojista.

No momento da compra, o adquirente usado pelo vendedor se conecta com a bandeira de cartão, que por sua vez aciona o emissor (banco ou outra instituição financeira que tenha emitido o cartão para o cliente).

Este responde com a autorização da transação. Assim, a bandeira serve tanto para regular como será feito o uso do cartão quanto como ponte entre o adquirente e o banco do consumidor.

O Subadquirente é o intermediador de pagamentos. Ocupa posição intermediária entre os adquirentes e os clientes /lojistas.

Muito utilizado por pequenos comerciantes, já que não exigem grande complexidade de integração nas lojas, os subadquirentes custam menos na implantação e custam mais nas cobranças.

O Gateway é responsável pela solução que processa o pagamento online. Em outras palavras, o gateway faz o pagamento no momento do checkout das lojas. A transação do pagamento e de informações é a principal responsabilidade do gateway.

Importante saber que um gateway não funciona sem se comunicar com um Adquirente (REDE, CIELO, ELAVON, GETNET dentre outros).

A grande vantagem na utilização de um gateway é a integração “transparente” nas lojas virtuais, cobranças recorrentes entre outras funções, possibilitando a homologação em qualquer infraestrutura web.

A venda no caso dos gateways é direcionada diretamente na conta corrente do lojista. Outra diferença desse tipo de meio é a cobrança pelo serviço. Diferente dos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

adquirentes e subadquirentes que cobram por porcentagem, os gateways cobram por número de transações.

FLUXOGRAMA DO PROCESSO:

Cliente==> Loja==> Gateways ==> Adquirentes==>Banco emissor/Bandeira.

A empresa FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME trabalha da seguinte forma:

- inicialmente, loca junto as adquirentes, tais como Cielo, Rede, Getnet entre outras, os equipamentos de Cartão de Crédito/Débito, todos em seu nome;
- posteriormente, subloca estas máquinas para empresas de comércio e prestação de serviços, que iram utiliza-las em suas atividades.

Verifica-se portanto, que a prática da FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME não se coaduna com o conceito e fluxograma de subadquirente supra citado, como adiante se verá.

As empresas subadquirentes, em momento algum, locam e sublocam os POS dos adquirentes para repassar a outras empresas, por duas razões:

- primeiro, por que a sublocação ou cessão destes equipamentos é vedada em contrato pelos adquirentes;
- segundo, por que a transação de intermediação de pagamento é realizada pela subadquirente, totalmente via Internet.

Portanto é desprovido de razão o argumento de que a empresa FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME pratica a atividade de subadquirência.

A Autuada e a Coobrigada Delmira Carlos da Costa, sustentam que o Fisco, para subsidiar a sua Conclusão Fiscal quanto ao faturamento omitido, utilizou-se dos documentos elaborados pela FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME, os quais não possuem anuência das Impugnantes sendo que, não há neste processo, recibos assinados pela Impugnante, comprovantes de transferência dos valores mencionados, os quais pudessem demonstrar o faturamento arbitrado, não podendo desencadear a presente obrigação tributária.

Todavia razão não lhes assiste.

Verifica-se que os documentos apreendidos junto as empresas CLC Intermediação de Negócios Ltda - CNPJ nº. 17.845.092/0001-03; FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME - CNPJ nº. 24.396.674/0001-15, FCN Intermediação de Negócios Ltda - ME - CNPJ nº. 21.709.271/0001-90 e CTIME Intermediação de Negócios Ltda - ME - CNPJ nº. 24.248.563/0001-61, possuem anuência da Defesa como adiante se verá.

Cumprе destacar que às fls. 26/61 do Auto de Infração em exame, a Fiscalização traz vasta documentação que comprova que a Coobrigada Delmira Carlos Costa, titular da empresa Autuada, utilizou-se dos serviços das empresas supracitadas,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sendo que em todos estes documentos há anuência da sócia proprietária da empresa Autuada Delmira Carlos da Costa – ME, e seus prepostos, tais como:

- 1 - requerimento de Rescisão e Termo de Entrega de Equipamento;
- 2 - termos de Responsabilidade pela Guarda e Uso de Equipamentos;
- 3 - termos de Troca de Máquina Cartão;
- 4 - formulário de Cadastro da empresa Delmira, Carlos da Costa ME junto as empresas retrocitadas, onde consta todas informações da contratante Delmira Carlos da Costa, seus dados bancários, meios de pagamento de cobrança, meios de recebimento de valores cobrados junto a contratada, ou seja, a Sra. Delmira Carlos da Costa recebia mediante cheque nominal, os valores líquidos das vendas que a sua empresa realizava através dos POS sublocados;
- 5 - contrato firmado entre a empresa Delmira Carlos da Costa ME e a CLC Intermediação de Negócios Ltda, onde constam todas as cláusulas de como se daria a sublocação dos Equipamentos POS, que neste contrato eram tratados como se fossem de propriedade da CLC Intermediação de Negócios Ltda, sendo que além deste serviço, pode-se observar neste contrato que a CLC Intermediação de Negócios Ltda, também se passava por uma instituição financeira, a qual a mesma não tem autorização do Banco Central;
- 6 - cópia de Contrato de Locação de Imóveis, feito entre a Sra. Gicelda Basílio de Freitas Fonseca e a Sra. Delmira Carlos da Costa, referente a locação de um cômodo comercial, onde funciona a empresa Delmira Carlos da Costa – ME;
- 7 – cópia do Requerimento de Empresário da empresa Delmira Carlos da Costa - ME, registrado junto a Junta Comercial do Estado de Goiás;
- 8 – cópia da folha de Cheque nº. 000030 do Banco Bradesco – Agência 3301-4 – Conta Corrente nº 018480-2 da empresa Delmira Carlos da Costa ME;
- 9 – cópia da Carteira de Identidade e do CPF da Sra. Delmira Carlos da Costa;
- 10 – Cópia de um Demonstrativo Mensal de Cartão de Crédito da Sra. Delmira Carlos da Costa;
- 11- cópia de um Boletim de Ocorrência de Roubo, feito pela Sra. Delmira Carlos da Costa.

Além desta vasta documentação, consta de mídia eletrônica - CD acostado às fls. 62, uma planilha intitulada de “DELMIRA CARLOS DA COSTA”, que descreve todas as vendas realizadas pela empresa Delmira Carlos da Costa -ME, com a utilização dos Equipamentos POS que foram sublocados, demonstrando por conseguinte o faturamento (vendas) da empresa Autuada, Delmira Carlos da Costa ME, utilizando-se desses equipamentos, bem como o valor que lhe era cobrado de taxas pela utilização e o valor líquido que era recebido pela Sra. Delmira. Carlos da Costa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 Autuada e pela administradora de cartão de crédito e/ou débito 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 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.

Repita-se, por oportuno, 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) estando o cálculo demonstrado na planilha de fls.14/15 do Relatório Fiscal.

Há que 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:

Como bem ressaltou a Fiscalização, o estabelecimento autuado está cadastrado na Secretaria de Estado de Fazenda de MG – SEF/MG sob o CNAE-F nº 1422-3/00, qual seja, fabricação de artigos do vestuário, produzidos em malharia e tricotagens, exceto meias, seguimento para o qual não há previsão legal de alíquotas diferenciadas, tampouco de benefício fiscal, aplicáveis às saídas promovidas pela Contribuinte no período autuado.

A alíquota aplicável às saídas realizadas pela Autuada é a prevista no art. 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/02:

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

e) 18 % (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

(...)

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, conforme o citado art. 42, inciso I, alínea “e”, do RICMS/02.

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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada 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 DESACOBERTADA 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 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.

Portanto, a alíquota aplicada pela Fiscalização foi em virtude da constatação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Relativamente à Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, exigida ao percentual de 40% (quarenta por cento), postula a Defesa pela aplicação da redução prevista na alínea "a" do citado dispositivo.

Os dispositivos em questão preveem:

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;

(...)

Entretanto, em que pesem os dados apresentados pela administradora de cartão de crédito e/ou débito serem considerados documentos fiscais, sem razão a Defesa, uma vez que 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 não ocorreu no presente caso.

No entanto, cabe mencionar que o art. 19 da Lei nº 22.796/17 alterou o § 2º, inciso I do art. 55 da Lei nº 6.763/75. Confira-se:

Lei 22.796/17

Art. 19 - Os incisos I e II do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763, de 1975, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 55 - (...)

§ 2º - (...)

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação;

(Grifou-se).

Como a referida alteração legislativa resulta mais favorável aos Impugnantes, e não exige qualquer condicionante, necessária se torna a aplicação da alínea “c”, do inciso II, do art. 106 do CTN, o qual assim dispõe:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante à responsabilidade tributária, os Coobrigados FCBF Intermediações Ltda - ME, Fábio Machado Silva e Leonardo Mascia Marques alegam ilegitimidade passiva ao argumento de que a Fiscalização não apresentou prova da sua má-fé ou da prática de fraude, tendo em vista que não praticaram qualquer ato para auxiliar em qualquer sonegação fiscal.

Requerem a exclusão do sócio Leonardo Mascia Marques tendo em vista que nunca foi sócio-gerente e nem mesmo administrador da empresa FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME.

Todavia, razão não lhes assiste, como adiante se verá.

O art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75 prescreve a solidariedade pela obrigação tributária. Veja-se:

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.

Verifica-se que o retrocitado dispositivo legal prevê a inclusão de qualquer pessoa para o recolhimento do imposto, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não recolhimento do tributo por estes.

Os atos praticados pelos Impugnantes supracitados auxiliaram a Autuada a ocultar seu faturamento real e a sonegar o recolhimento dos tributos devidos, já que, ao locarem os Equipamentos POS em nome da FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME, junto aos Adquirentes (Cielo, Rede, dentre outras) e, posteriormente, sublocarem estes mesmos equipamentos para a Autuada, toda a venda realizada por esta nunca passaria pela(s) sua(s) conta(s) bancária(s), tendo em vista que as adquirentes repassavam na totalidade o faturamento destes POS para a FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME, que era a detentora original dos equipamentos.

Ademais, as empresas CIELO S.A, REDECARD S.A entre outras, ao celebrarem os contratos de locação destes equipamentos, com qualquer cliente, exigiam que, em relação a estes, o estabelecimento locador obrigava-se a manter os equipamentos no local em que o estabelecimento exerce suas atividades, conforme cadastro feito na locatária, ou em outro local autorizado por esta, não podendo ceder, sublocar, transferir ou alienar, total ou parcialmente, os equipamentos de propriedade da locatária, conforme verifica-se, nos modelos de contrato destas empresas, nos endereços eletrônicos infra transcritos:

- https://www.cielo.com.br/wps/wcm/connect/2f6a597e-fc96-4894-97e6-517639d8c974/Contrato_de_Credenciamento_Cielo.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=2f6a597e-fc96-4894-97e6-517639d8c974;

- https://www.userede.com.br/pt/br/documents/precounico/contrato_credenciamento_adesaõ.pdf.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A empresa FCBF Intermediações de Negócios Ltda - ME, locava junto as empresas CIELO S.A, REDECARD S.A entre outras, máquinas de cartão de Crédito/Débito, e posteriormente as sublocava para a empresa Delmira Carlos da Costa – ME, conforme documentos de fls. 26/61, para que esta pudesse comercializar suas mercadorias.

Posteriormente a FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME repassava para a empresa Autuada, Delmira Carlos da Costa –ME, o valor líquido deste faturamento, descontado as suas taxas.

Portanto, verifica-se que tanto a FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME, quanto seus sócios, são solidariamente responsáveis pelo Auto de Infração, tendo em vista que o ato de sublocar equipamentos que estavam em seu nome a terceiros, sem a devida permissão da CIELO S.A, REDECARD S.A, entre outras, caracteriza a concorrência dos Coobrigados para o não recolhimento dos tributos da Autuada.

Em relação ao argumento de que o sócio Leonardo Mascia Marques não compunha o quadro societário da FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME, razão não assiste à Defesa.

Conforme consultas acostadas pela Fiscalização às fls. 237/239 da Manifestação Fiscal, , os Srs. Fábio Machado Silva e Carlos Augusto Costa Neves, eram os sócios que figuravam junto à Receita Federal, porém, após o desencadeamento da Operação “Não Tem Preço”, os mesmos foram ouvidos pelo Ministério Público de Minas Gerais, conforme mídia eletrônica (CD) de fls. 63 – arquivo “DECLARAÇÕES DOS SÓCIOS DAS EMPRESAS” e constatou-se que o Sr. Leonardo Mascia Marquez, também era sócio de fato deste grupo de empresas que foram criadas no intuito de locar equipamentos junto às empresas CIELO S.A, REDECARD S.A e outras, em seus nomes, e posteriormente sublocar estes equipamentos para outras empresas que iriam utiliza-los na comercialização de suas mercadorias e serviços, sem que os valores obtidos nestas transações passassem pelas suas contas bancárias, e sim pelas contas das empresas supracitadas, que posteriormente repassavam os valores líquidos a estas empresas, já deduzidas as taxas que eram cobradas pelos serviços prestados, conforme discriminado no arquivo constante do CD – Fl. 63 – “DELMIRA CARLOS DA COSTA”, na coluna intitulada de “Receitas”.

Diante disso correta a manutenção dos Coobrigados FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME, Fábio Machado da Silva e Leonardo Mascia Marquez no polo passivo da obrigação tributária.

No entanto, quanto à ilegitimidade passiva do Coobrigado Carlos Augusto Costa Neves, razão assiste ao Impugnante.

O arquivo “Declarações dos Sócios da Empresa” constante de mídia eletrônica (CD) colacionado às fls. 63 dos autos apresenta os Termos de Declarações dos senhores Fábio Machado Silva, Leonardo Mascia Marquez e Carlos Augusto Costa Neves, junto ao Ministério Público de Minas Gerais.

Em todas as declarações dadas ao Ministério Público de Minas Gerais, verifica-se que o Sr. Carlos Augusto Costa Neves foi sócio e administrador da FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME até fevereiro de 2016.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse diapasão, uma vez que o Coobrigado Carlos Augusto Costa Neves retirou-se da sociedade em fevereiro de 2016, não tendo, desta feita, participado na condição de sócio-administrador em todo o período autuado que compreendeu os meses de abril de 2015 a janeiro de 2017, deve ser excluído do polo passivo da obrigação tributária.

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, CONCLUIU 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 pela Autuada não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

Assim, observada a adequação da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75 ao teor do art. 19 da Lei nº 22.796/17, bem como a exclusão do Coobrigado Carlos Augusto Costa Neves do polo passivo da obrigação tributária, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir o Sr. Carlos Augusto Costa Neves do polo passivo, e, ainda, para adequar a Multa Isolada ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, alterado pelo art. 19 da Lei nº 22.796/17, nos moldes da alínea "c" do inciso II do art. 106 do CTN. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Revisora) e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 27 de fevereiro de 2018.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

Wagner Dias Rabelo
Relator