

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.214/19/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000801212-15
Impugnação: 40.010146487-50 (Coob.), 40.010146488-31 (Coob.),
40.010146489-11 (Coob.)
Impugnante: CLC Intermediação de Negócios Ltda (Coob.)
CNPJ: 17.845092/0001-03
Fábio Machado Silva (Coob.)
CPF: 063.103.376-96
Leonardo Mascia Marquez (Coob.)
CPF: 041.691.336-92
Autuado: Isaías Venâncio de Souza Silva
IE: 002261008.00-50
Coobrigados: Carlos Augusto Costa Neves
CPF: 065.271.716-09
Isaías Venâncio de Souza Silva
CPF: 059.638.806-37
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 da Coobrigada e de seus sócios 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. 124, inciso II do CTN c/c art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75 e do art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - TITULAR DA EMPRESA INDIVIDUAL - CORRETA A ELEIÇÃO. O titular da empresa individual responde ilimitadamente pelos créditos tributários constituídos, nos termos do art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75, c/c os arts. 966 e 967 do Código Civil. Legítima a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária. Ainda assim, no presente caso, o Autuado reconheceu o crédito tributário por meio de parcelamento.

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 na Declaração de Apuração e

Informação de ICMS - DAPI 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. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Corretas as exigências remanescentes de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, adequada nos termos do inciso I, § 2º do citado artigo da mencionada lei.

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 01/05/15 a 30/04/17.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II adequada nos termos do inciso I, § 2º do citado artigo da mencionada lei.

Registra-se, ademais, que foi arrolado na peça fiscal, na condição de Coobrigados, o titular da empresa autuada, a empresa CLC Intermediação de Negócios Ltda e seus sócios e administradores, Fábio Machado Silva, Leonardo Mascia Marquez e Carlos Augusto Costa Neves.

Inconformados, os Coobrigados: CLC Intermediação de Negócios Ltda, Fábio Machado Silva e Leonardo Mascia Marquez, apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 58/86, acompanhada dos documentos de fls. 87/186, com os argumentos infra elencados:

- sustentam que o negócio jurídico entabulado entre as partes, ou seja, a subadquirência, é válido, reiteram que a atividade é lícita e regular;

- informam que a CLC Intermediação de Negócios Ltda cede aos seus clientes meios de pagamento consistentes em cartões de débito e crédito, mediante contrato firmado entre as partes, obtidos, por meio de cadastro da CLC Intermediação de Negócios Ltda, 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;

- asseveram que não é possível a inclusão da CLC Intermediação de Negócios Ltda, e de 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;

- aduzem a completa inexistência de provas quanto a ligação ou relação dos Impugnantes com a hipótese de incidência do tributo em cobrança;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- arguem a impossibilidade de inclusão de sócios na esfera administrativa, em afronta ao art. 135 do Código Tributário Nacional – CTN;

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

- argumentam que a apuração da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, no Auto de Infração em exame, foi realizada com aplicação de dois equívocos, quais sejam:

- não houve aplicação da parte final do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75;

- não foi efetuada a adequação da penalidade nos termos do inciso I, § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75;

- alegam que em momento algum, a Fiscalização comprova que foi justamente o faturamento referente às vendas referentes ao POS de terceiros que deixaram de ser declaradas pela empresa autuada.

- requerem a exclusão da responsabilidade dos Impugnantes, bem como a adequação da multa isolada nos termos do inciso I, § 2º, do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Pedem a procedência da impugnação.

A Autuada e o Coobrigado Isaias Venâncio de Souza Silva reconhecem o crédito tributário em razão de inclusão do Parcelamento nº 12.061.228.000.43, habilitado mediante o Plano de Regularização de Créditos Tributários instituído pela Lei nº 22.549 de 30/06/17 e regulamentado pelo art. 16, § 4º, inciso I, alínea “b” do Decreto nº 47.210/17 no âmbito do Programa Estadual de Eficiência Fiscal em Receitas Tributárias (PEF), conforme Requerimento de Habilitação de fls. 192, e consultas acostadas às fls. 199/201 dos autos.

A Fiscalização emite o Termo de Rerratificação de Auto de Infração às fls. 222 e acosta aos autos os seguintes documentos:

- planilha de ajuste da Multa Isolada nos termos do inciso I, § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, com redação dada pela Lei nº 22.796/17, (fls. 223);

- Auto de Infração - Demonstrativo do Crédito Tributário, (fls. 225/227);

- Consulta Quadro de Sócios e Administradores – QSA, (fls. 228/229);

- fluxograma do processo de intermediação e agenciamento de serviços e negócios em geral, realizada pela empresa Coobrigada, (fls. 230/232).

- Simples Nacional – Consulta Optantes, (fls. 235).

Regularmente cientificados da rerratificação do crédito tributário e junta de documentação os Coobrigados: CIC Intermediação de Negócios Ltda, Fábio Machado Silva e Leonardo Mascia Marquez, não se manifestam.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Fiscalização manifesta-se às fls. 247/265, refuta as alegações da Defesa e pugna pela procedência do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada.

Em sessão realizada em 19/02/19, acorda a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 26/03/19, (fls.273).

DECISÃO

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 01/05/15 a 30/04/17.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II adequada nos termos do inciso I, § 2º do citado artigo da mencionada lei.

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 10.000.022.914-41, anexado às fls. 02, para exame do cumprimento das obrigações tributárias no período de 12/11/13 a 31/05/17.

Registra-se por oportuno que o Coobrigado, Isaías Venâncio de Souza Silva, proprietário da empresa autuada, reconheceu o crédito tributário consubstanciado no Auto de Infração em exame, nos termos do art. 160-A, c/c art. 217, § 3º ambos da Lei nº 6.763/75, uma vez que habilitou o Parcelamento nº 12.061.228.000-43, conforme requerimento de fls. 192 e consultas acostadas às fls 199/201 dos autos.

Tal fato, conforme legislação retromencionada, implica em confissão irretratável do débito e desistência de interposição de recurso.

Todavia, os Coobrigados: CLC Intermediação de Negócios Ltda, Fábio Machado Silva e Leonardo Mascia Marquez, apresentaram tempestivamente Impugnação conforme verifica-se às fls. 58/86 dos autos e assim, procede-se a análise dos argumentos elencados pela Defesa.

A Fiscalização relata em sua manifestação que a partir da operação “Não Tem Preço”, desencadeada em conjunto pelo Ministério Público de Minas Gerais – MP/MG e 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. 15.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Do resultado dessa diligência, houve a colheita de documentos e arquivos digitais, conforme Auto de Copiagem e Autenticação de Arquivos Digitais e Auto de Apreensão e Depósito - AAD nº 008575, anexados no mesmo CD de fls. 15.

Em suma, os documentos e relatórios financeiros apreendidos na empresa CLC demonstram que a Coobrigada, titular da empresa autuada, firmou contrato de locação de máquinas de cartão de crédito/débito com a CLC, 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 2015 a abril de 2017, a Autuada omitiu receitas, deixando de recolher o ICMS devido nas saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, apuradas mediante o confronto entre as vendas realizadas com a máquina de cartão de crédito/débito – POS de terceiro.

Na peça de defesa os Impugnantes explicam que a CLC Intermediação de Negócios Ltda é uma empresa que intermedeia a locação de equipamentos para realizar pagamentos por cartões de crédito e débito.

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

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 CLC Intermediação de Negócios Ltda e seus sócios responderem por isso, pois tal fato viola o art. 135 do CTN.

Argumentam que várias empresas do Brasil praticam a mesma atividade da CLC, dando como exemplos as seguintes empresas:

- 1 – Exemplos de empresas Adquirentes: Cielo, Rede, Getnet, Elavon Global Payments;
- 2 – Exemplos de empresas Subadquirentes: PayPal, Mercado Pago, Pag Brasil, Moip, Pagg Certo, Pagar.Me e B! Cash.

Aduzem os Impugnantes que o fato do estabelecimento comercial utilizar as máquinas de cartão/POS da CLC Intermediação de Negócios Ltda, de modo algum o desobriga de emitir os seus documentos fiscais, e muito menos obriga a CLC Intermediação de Negócios Ltda a emitir documento fiscal para a operação praticada pelo estabelecimento comercial, haja vista que a empresa Coobrigada é uma mera intermediadora da transação de pagamento, auferindo um pequeno percentual de desconto sobre o valor da transação praticada pelo estabelecimento comercial.

Ademais, a utilização da máquina de cartão/POS da CLC não tem nenhum condão de favorecer ou escamotear eventuais sonegações praticadas por seus clientes que são transacionados nas máquinas/POS da CLC Intermediação de Negócios Ltda, 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.

Asseveram ainda, que restou evidenciado nos autos, caso exista de algum modo intuito ou 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, ou seja, pensar de modo contrário implicaria tornar todas as adquirentes e subadquirentes do mercado responsáveis pelo cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias dos estabelecimentos comerciais, o que seria completamente desarrazoado.

Todavia, razão não lhes assiste, conforme se verá.

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

Na prática, a CLC Intermediação de Negócios Ltda desenvolve como atividade principal a subadquirência, que se resume em empresas vinculadas às empresas adquirentes, que trabalham liquidando transações financeiras realizadas mediante cartões de pagamento, especialmente junto a estabelecimentos comerciais de menor porte, pessoas físicas e negócios *online* 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 CLC Intermediação de Negócios Ltda.

As adquirentes fazem a liquidação financeira das transações por meio de cartões de crédito/débito.

Destaca-se que as empresas adquirentes tais como: 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.) e por conseguinte exercem uma influência muito grande no mercado de meios de pagamentos no Brasil.

Nesse diapasão a adquirente é na prática o agente operador (operadora de cartões de crédito) nesse sistema de pagamentos. Para ilustrar melhor esse sistema, basta pensar na maquina de cartão presente nos estabelecimentos comerciais como lojas de *shopping*, padarias, restaurantes, postos de gasolina, 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.

Para se relacionar diretamente com o adquirente, é preciso fazer um cadastro com a empresa e seguir as normas estabelecidas por ela. Um dos pontos positivos disso é que o custo por transação é menor e o comerciante acaba lucrando um pouco mais em cada venda.

Mas, por outro lado, como ele promove uma ligação entre o *e-commerce* e o banco, sem intermediários, é importante que o lojista busque soluções antifraude, caso contrário a transação fica mais vulnerável e a loja corre o risco de sofrer com problemas nas operações. Além da necessidade de integração com todas essas soluções.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Registra-se por oportuno, que todas as máquinas de Cartão de Crédito/Débito ao serem locadas pela empresa CLC Intermediação de Negócios Ltda, automaticamente, traziam todos os seus dados cadastrais inseridos nestes equipamentos POS.

Após a sublocação das supramencionadas máquinas, quando fossem utilizadas para comercialização dos produtos da Autuada, somente gerariam comprovantes de vendas em nome da empresa CLC Intermediação de Negócios Ltda e não em nome realmente de quem estava praticando a comercialização das mercadorias.

Ademais, as empresas Cielo/SA, Redecard/SA entre outras, ao celebrarem os contratos de locação destes equipamentos com qualquer cliente, exigiam, em relação a tais máquinas, a obrigatoriedade de mantê-los nos locais em que o estabelecimento encontra-se domiciliado, 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 pode se verificar no modelo de contrato destas empresas em endereço eletrônico descrito às fls. 261 da manifestação fiscal.

Todos os atos praticados pela empresa Coobrigada e seus sócios auxiliaram a empresa Autuada a ocultar seu faturamento real e a sonegar o recolhimento dos tributos devidos, já que, ao locarem os Equipamentos POS em nome da CLC Intermediação de Negócios Ltda., junto aos adquirentes e, posteriormente, sublocarem estes mesmos equipamentos para a empresa autuada, toda a venda realizada pela Autuada, 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 CLC Intermediação de Negócios Ltda, que era a detentora original dos equipamentos, e posteriormente repassava para a empresa Autuada, o valor líquido deste faturamento, descontado as suas taxas, sem a participação dos Coobrigados arrolados no Auto de Infração ora impugnado, a empresa Autuada não teria, a princípio, condições de sonegar tributos e tentar ludibriar a Fiscalização.

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 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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:

(...)

A alíquota aplicável às saídas realizadas pela Autuada é a prevista no art. 12, inciso I, alínea "d", c/c § 71 da Lei nº 6.763/75:

Art. 12. As alíquotas do imposto, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

d) 18% (dezoito por cento):

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 71. Na hipótese do § 2º do art. 49 e do art. 51, a alíquota será de 18% (dezoito por cento), salvo se o contribuinte:

I - especificar e comprovar, de forma inequívoca, quais as operações e prestações realizadas, caso em que será aplicada a alíquota correspondente;

II - nos últimos doze meses, tiver realizado, preponderantemente, operações tributadas com alíquota superior a 18% (dezoito por cento), caso em que será aplicada a alíquota preponderante.

Portanto, a alíquota de 18% (dezoito por cento), adotada pela Fiscalização, foi em virtude da constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

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.

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 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.

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 à 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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 nº 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.

Registra-se por oportuno, que a Fiscalização emitiu o Termo de Rerratificação de fls. 222, para alteração do crédito tributário em razão da aplicação da retroatividade mais benéfica, nos termos da legislação supra transcrita, aplicando o limitador previsto no art. 55, § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75, e acostou aos autos os demonstrativos do crédito tributário reformulado às fls. 223/227.

No tocante à responsabilidade tributária da Coobrigada CLC Intermediação de Negócios Ltda, os seus sócios 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Requerem a exclusão do sócio Leonardo Mascia Marques tendo em vista que nunca foi sócio-gerente da empresa CLC Intermediação de Negócios Ltda.

Todavia, mais uma vez sem razão os Impugnantes, como adiante se verá.

Reitera-se por oportuno, que a empresa CLC Intermediação de Negócios Ltda, 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 Isaías de Souza Silva ME, conforme documentos de fls.16/38, para que esta pudesse comercializar suas mercadorias.

Posteriormente a CLC Intermediação de Negócios Ltda repassava para a empresa Autuada, Isaías Venâncio de Souza Silva ME, o valor líquido deste faturamento, descontado as suas taxas.

Portanto, verifica-se que tanto a CLC Intermediação de Negócios Ltda, quanto seus sócios, são solidariamente responsáveis pelo Auto de Infração em exame, 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.

Diante disso, correta a eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

Código Tributário Nacional

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Conforme consulta do Quadro de Sócios e Administradores – QSA, acostada pela Fiscalização às fls. 228/229 dos autos, 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”, esses sócios e o próprio Sr. Leonardo Mascia Marquez foram ouvidos pelo Ministério Público de Minas Gerais, conforme mídia eletrônica (CD) de fls. 15 – arquivo “Anexo VI – Declarações dos Sócios das Empresas” e constatou-se que o Sr. Leonardo Mascia Marquez, também era sócio de fato da Coobrigada CLC Intermediação de Negócios Ltda.

Verificou-se também que o Coobrigado Carlos Augusto Costa Neves, embora tenha transferido a totalidade de suas cotas em 26/02/15 para a nova sócia, permaneceu na administração da sociedade por tempo indeterminado, segundo atesta a cláusula 26ª da Quarta Alteração do Contrato Social, anexada aos autos às fls. 95/123.

Diante disso, correta a manutenção dos Coobrigados, CLC Intermediação de Negócios Ltda, Leonardo Mascia Marquez, Fábio Machado da Silva, Carlos Augusto Costa Neves, no polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 124, inciso II c/c art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75, retrotranscritos.

Com relação à inclusão do empresário Isaías Venâncio de Souza Silva no polo passivo da obrigação tributária verifica-se que ele é a responsável pela administração da sua empresa individual, sendo, portanto, responsável por todos os débitos da empresa.

Cumpra destacar que a condição de empresário individual tem previsão nos arts. 966 e 967 do Código Civil (CC), Lei nº 10.406/02, e, neste caso, não existe distinção de personalidade jurídica entre a pessoa física e a pessoa jurídica, veja-se:

Lei nº 10.406/02 – (CC)

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

Para todos os efeitos legais, o empresário individual é pessoa física, embora inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ. Não há separação do patrimônio das pessoas físicas e jurídicas. A responsabilidade patrimonial é ilimitada.

Essa também é a posição adotada pela jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL. PENHORA. PATRIMÔNIO. TOTALIDADE. NO REGIME JURÍDICO APLICADO AOS EMPRESÁRIOS INDIVIDUAIS (ARTS. 966 E SS. DO CÓDIGO CIVIL) NÃO HÁ SEPARAÇÃO ENTRE

PATRIMÔNIO PESSOAL E PATRIMÔNIO DA EMPRESA, DE MODO QUE TODO O PATRIMÔNIO DO EMPRESÁRIO ESTÁ SUJEITO À PENHORA NA EXECUÇÃO FISCAL.
(TRF/4ª REGIÃO – AGRAVO DE INSTRUMENTO 0013203-60.2012.404.0000 – 2ª TURMA DO TRF – DES. LUIZ CARLOS CERVI – JULGADO EM 19.02.2013) (DESTACOU-SE)

Destaca-se que o empresário individual tem conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que as vendas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal têm, como finalidade, suprimir o tributo devido.

Cabe trazer à baila o que estabelece o art. 135, inciso III, do CTN, que faz com que o titular da empresa individual, que efetivamente é quem administra os negócios da empresa, responda pessoalmente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias, conforme, também, o disposto no art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75:

CTN

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Lei nº 6.763/75

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

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

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - O diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte. (Grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso dos autos, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei para o efeito de extensão da responsabilidade tributária, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública Estadual. E, ainda, como já dito anteriormente, o titular da empresa reconhece o crédito tributário parcelando seu valor por meio do Parcelamento de nº 12.061.228.000-43, (fls. 192)

Dessa forma, resta clara e evidente a gestão fraudulenta do gestor da Autuada com intuito de lesar o erário estadual. Portanto, correta a inclusão do titular da empresa individual no polo passivo da presente obrigação tributária.

Assim, observada a reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 222/227, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências remanescentes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, conforme Termo de Rerratificação de fls. 222/227. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Cindy Andrade Moraes e Lilian Cláudia de Souza.

Sala das Sessões, 26 de março de 2019.

Erick de Paula Carmo
Relator

Eduardo de Souza Assis
Presidente / Revisor

CS/D