

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.090/22/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002037071-31
Impugnação: 40.010153208-55 (Coob.), 40.010153209-36 (Coob.)
Impugnante: A Popular Administração de Ativos e Recebíveis Ltda (Coob.)
CNPJ: 23.377887/0001-37
João Sancho Nogueira Neto (Coob.)
CPF: 574.704.646-20
Autuado: Emerson Pedro Linhares CPF 044.213.216-64
IE: 002251853.00-61
Coobrigado: Emerson Pedro Linhares
CPF: 044.213.216-64
Proc. S. Passivo: Tiago Abreu Gontijo/Outro(s)
Origem: DF/Belo Horizonte - 5

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - TITULAR DA EMPRESA INDIVIDUAL - CORRETA A ELEIÇÃO. O titular da Autuada, 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 e art. 789 do Código de Processo Civil. Legítima a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SUJEITO PASSIVO - CORRETA A ELEIÇÃO. Restou comprovado que os atos da Coobrigada, cedente da máquina de cartão de crédito (POS) e seu sócio-administrador, concorreram para o não recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos pela Autuada. Legítima, portanto, a manutenção no polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 124, inciso II do CTN c/c arts. 21, inciso XII e 207, § 1º, item 1, ambos da Lei nº 6.763/75.

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 (PGDAS-D) 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. 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, sendo esta última adequada ao disposto no § 2º, inciso I do citado art. 55.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. Exclusão da Autuada do Regime do Simples Nacional, nos termos do art. 29, incisos V e XI e § § 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06. Tendo em vista que não foi impugnado o Termo de Exclusão, este tornou-se efetivo, conforme estabelece o art. 83, § 4º da Resolução CGSN nº 140/18.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal e de valores de vendas não declarados, pela empresa Emerson Pedro Linhares, Inscrição Estadual nº 002.251853-0061, registrados em máquina de cartão (*POS - Points Of Sales*) sublocada da empresa A Popular Administração de Ativos e Recebíveis Ltda, CNPJ 23.377.887/0001-37, no período de fevereiro a dezembro de 2019, através de cruzamento eletrônico de operações com cartão de crédito e/ou débito e da análise das informações fruto do compartilhamento de documentos com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais - MPMG.

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, sendo esta última adequada ao disposto no § 2º, inciso I do citado art. 55.

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da Autuada acima identificada, do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, art. 28, art. 29, incisos V e XI e § § 1º e 3º e art. 33 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18.

O titular da Autuada, Emerson Pedro Linhares, foi incluído no polo passivo da obrigação tributária como Coobrigado, com fundamento no art. 21, inciso XII da lei nº 6.763/75, arts. 966 e 967 do Código Civil, Lei Federal nº 10.406, de 10/01/02 e art. 789 do Código de Processo Civil, Lei Federal nº 13.105, de 16/03/15.

A empresa A Popular Administração de Ativos e Recebíveis Ltda e seu sócio-administrador João Sancho Nogueira Neto, em razão de práticas de atos que resultaram em prejuízo ao Erário Estadual, foram inseridos no Polo Passivo da obrigação tributária como Coobrigados, por serem solidariamente responsáveis nos termos do art. 124, inciso II do Código Tributário Nacional - CTN, art. 21, inciso XII e art. 207, § 1º, item 1, ambos da Lei nº 6.763/75.

A Autuada firmou contrato de locação com a Coobrigada, ora Impugnante, para uso do *POS* (máquina) o qual foi utilizado para recebimento dos pagamentos referente as vendas de mercadorias sem que esses valores transitassem pela conta da própria, com isso, evitando a identificação da receita tributária da Autuada.

Ressalte-se ainda, que a Coobrigada é empresa prestadora de serviços e sofre incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN e seus atos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

concorreram para o não recolhimento do tributo devido ao Estado (ICMS), sendo que a sublocação dos equipamentos configura conluio para a prática de realizar saídas desacobertas e conseqüente falta de recolhimento do imposto, razão pela qual a empresa e seu sócio foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária.

O Fisco ressalta também que a administradora dos cartões, em seu contrato, veda expressamente a cessão, transferência, empréstimo para terceiros, deslocamento e utilização em outro local que não o endereço cadastrado no sistema.

Inconformados, os Coobrigados A Popular Administração de Ativos e Recebíveis Ltda e João Sancho Nogueira Neto, apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 25/41, argumentando, em síntese, que:

- é mera cedente (subcredenciadora) de máquina de cartão de crédito e exerce atividade lícita, regulamentada perante o Banco Central do Brasil, que nem de longe tem o condão de atrair hipótese de incidência de responsabilidade tributária na forma do art. 124, Inciso II, do Código Tributário Nacional – CTN;

- ao Sr. João Sancho Nogueira Neto, sequer foi atribuída a prática de qualquer ato que pudesse ensejar responsabilidade tributária por débitos da empresa de que é sócio, A Popular Administração de Ativos e Recebíveis Ltda, muito menos por crédito tributário de terceiro;

- os Impugnantes jamais tiveram qualquer relação com pretensos fatos geradores ou com a apuração de tributos devidos pela devedora principal, limitando-se sua conduta à “sublocação” de máquinas para pagamento com cartão de crédito;

- no caso concreto, a Impugnante A Popular Administração de Ativos e Recebíveis Ltda, no contrato firmado com a devedora principal, fez questão de advertir a sublocatária quanto ao fato de que era sua a responsabilidade pelo bom uso do equipamento;

- exerce atividade de subcredenciadora, e que tende as administradoras de cartão, sendo regulamentada pelo art. 2º inciso VIII do regulamento anexo a Circular nº 3682/13 do banco central, sendo que esta atividade foi reconhecida pela administradora Cielo em sua resposta a pedido de esclarecimento formulada pela promotoria de justiça econômica;

- a atividade de sublocação, neste contexto, não só é lícita mas é da essência do negócio celebrado entre administradora e subcredenciadora;

- no próprio Auto de Infração restou reconhecido que os valores supostamente devidos foram apurados pela confrontação dos valores declarados pela Autuada, devedor principal e as declarações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito junto as quais a Impugnante, A Popular Administração de Ativos e Recebíveis Ltda, locou as máquinas de pagamento com cartão sublocadas;

- é impossível responsabilizar o Sr. João Sancho, havendo ilegitimidade passiva, sendo que o mesmo não teria concorrido para infração praticada por quem quer que seja.

Por fim, contesta os juros cobrados sobre o crédito tributário principal e sobre a multa de mora, que se revela inadmissível, invocando o art. 161 do CTN e, quanto à aplicação das multas, alegando que não foram observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo por demais excessivas.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 67/78, refutando as alegações da Defesa e pugnando pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

A Defesa requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento.

Entretanto, razão não lhe assiste, pois o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Induvidoso que a Impugnante compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Não é o fato de a Impugnante discordar da infringência que lhe é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a ela comprovar as suas alegações.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos aos Impugnantes todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Quanto às demais razões apresentadas, confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Do Mérito

Conforme relatado a autuação versa sobre a constatação de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal e de valores de vendas não declarados, pela empresa Emerson Pedro Linhares, Inscrição Estadual nº 002.251853-0061, registrados em máquina de cartão (*POS - Points Of Sales*) sublocada da empresa A Popular Administração de Ativos e Recebíveis Ltda, CNPJ 23.377.887/0001-37, no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

período de fevereiro a dezembro de 2019, através de cruzamento eletrônico de operações com cartão de crédito e/ou débito e da análise das informações fruto do compartilhamento de documentos com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais - MPMG.

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, sendo esta última adequada ao disposto no § 2º, inciso I do citado art. 55.

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da Autuada acima identificada, do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, art. 28, art. 29, incisos V e XI e § 1º e 3º e art. 33 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18.

Para constatação da presente irregularidade, foram considerados os valores de venda registrados pelo *POS* (máquina) alocado no CNPJ da Impugnante. Do total, foram subtraídos os valores declarados pela Contribuinte, Autuada, à Receita Federal. O resultado desta subtração compõe as vendas que a Contribuinte não declarou, portanto sem o recolhimento do imposto. Sobre este valor não declarado foi exigido o ICMS de 18%, a Multa de Revalidação de 50% do valor do ICMS - art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e a Multa Isolada de duas vezes o valor do ICMS conforme o art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Verificou-se que a Contribuinte omitiu os valores das vendas registradas pelo *POS* alocado de terceiros, no caso, da empresa A Popular Administração de Ativos e Recebíveis Ltda, deixando claro o papel relevante que esta empresa exerce sobre a sonegação de impostos através deste recurso de sublocação de *POS*, sendo corresponsável.

Não se questiona o fato da empresa A Popular Administração de Ativos e Recebíveis Ltda, cedente de máquina de cartão de crédito e/ou débito exercer atividade lícita, regulamentada perante o Banco Central do Brasil.

O que se apresenta é que a sublocação de *POS* para empresas que praticam fato gerador do ICMS é fator determinante para que elas deixem de declarar os valores das operações registradas pelos referidos *POS*, causando assim prejuízos ao Tesouro Mineiro.

Sobre a alegação de que ao Sr. João Sancho Nogueira Neto sequer foi atribuída à prática de qualquer ato que pudesse ensejar responsabilidade tributária por débitos da empresa de que é sócio, A Popular Administração de Ativos e Recebíveis Ltda, a Fiscalização informa que o Impugnante João Sancho Nogueira Neto é o sócio-administrador responsável desta empresa, de acordo com o cadastro na Receita Federal, atendendo ao art. 124, inciso II do CTN c/c art. 21, inciso XII e art. 207, § 1º, item 1 e § 2º, ambos Lei nº 6.763/75, abaixo transcritos:

CTN

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei. Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

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.

(...)

Art. 207. Constitui infração toda ação ou omissão voluntária ou involuntária, que importe em inobservância, por parte da pessoa física ou jurídica, de norma estabelecida por lei, por regulamento ou pelos atos administrativos de caráter normativo destinados a complementá-los.

§ 1º Respondem pela infração:

1 - conjunta ou isoladamente, todos os que, de qualquer forma, concorrerem para a sua prática, ou dela se beneficiarem, ressalvado o disposto no item seguinte;

(...)

§ 2º Salvo disposição em contrário, a responsabilidade por infração independente da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza ou extensão dos efeitos do ato.

Cumprido destacar por oportuno, que conforme esclarece a Fiscalização, também foi eleito para o polo passivo da obrigação tributária, o titular da Autuada, conforme art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75 c/c os arts. 966 e 967 do Código Civil e art. 789 do Código de Processo Civil.

Nesta linha, a capitulação legal encontra-se devidamente registrada no Auto de Infração. Veja-se:

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.

(...)

LEI n° 10.406/02.

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

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

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

LEI n° 13.105/15,

Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Portanto, correta a formação do polo passivo da obrigação tributária.

Não assiste razão aos Impugnantes quando afirmam não terem relação com os fatos geradores ou com a apuração de tributos devidos pela devedora principal, limitando-se sua conduta a assim designada “sublocação” de máquinas para pagamento com cartão de crédito e/ou débito e que não possuem qualquer relação com o fato gerador.

Conforme destaca a Fiscalização, sem a sublocação das máquinas de cartão não haveria como a empresa Emerson Pedro Linhares deixar de declarar os valores das vendas. Isso só é possível porque as receitas das vendas são creditadas em CNPJ de terceiros, não alcançados pela legislação do ICMS, comprovando a responsabilidade direta dos Impugnantes ao propiciar à Contribuinte do ICMS o instrumento que possibilita a sonegação.

O equipamento sublocado da empresa A Popular Administração de Ativos e Recebíveis Ltda tornou possível o recebimento do pagamento efetuado pela venda de mercadorias, pela empresa Emerson Pedro Linhares, sem que os valores transitassem por conta bancária própria.

Assim, buscou-se evitar a identificação da receita tributária oriunda das operações realizadas pela citada empresa já que os comprovantes das vendas seriam emitidos em nome da empresa cedente dos equipamentos, empresa prestadora de serviços do campo de incidência do ISSQN.

Conforme salienta o Fisco, o fato de os Impugnantes fazerem questão de advertir no contrato firmado com a devedora principal, a sublocatária, quanto ao fato de que era sua a responsabilidade pelo bom uso do equipamento, demonstra que os Impugnantes tinham o conhecimento da finalidade do uso das máquinas, que seria

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

enganar a Fiscalização e sonegar o imposto, comprovando a relevância dos Impugnantes neste método de sonegação.

Aqui é importante repetir o art. 207 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 207. Constitui infração toda ação ou omissão voluntária ou involuntária, que importe em inobservância, por parte da pessoa física ou jurídica, de norma estabelecida por lei, por regulamento ou pelos atos administrativos de caráter normativo destinados a complementá-los.

§ 1º Respondem pela infração:

1 - conjunta ou isoladamente, todos os que, de qualquer forma, concorrerem para a sua prática, ou dela se beneficiarem, ressalvado o disposto no item seguinte;

(...)

§ 2º Salvo disposição em contrário, a responsabilidade por infração independente da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza ou extensão dos efeitos do ato.

No presente Auto de Infração, os valores foram apurados pela confrontação dos valores declarados pela Contribuinte, devedor principal e as declarações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito junto as quais a Impugnante A Popular Administração de Ativos e Recebíveis Ltda locou as máquinas sublocadas.

Os valores foram apurados a partir das informações prestadas pela administradora de cartão referente ao POS (máquina) sublocado da Impugnante (cedente). Os valores registrados no POS locado compõem valor total das vendas que subtraindo os valores declarados pela empresa Emerson Pedro Linhares, resta o valor omissos que é a base de cálculo do imposto.

A responsabilidade atribuída aos Impugnantes está no fato de terem concorrido para que a empresa Emerson Pedro Linhares viesse a praticar a infração.

Ainda sobre esta questão, cumpre ressaltar que as administradoras de cartões estão obrigadas, por imposição legal, a fornecer ao Fisco as informações de operações e prestações sujeitas ao ICMS, nos moldes do § 5º do art. 50 da Lei nº 6.763/75, a saber:

Lei nº 6.763/75

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

(...)

§ 5º - As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente e estabelecimentos similares deverão informar à Secretaria de Estado de Fazenda todas as operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similar, na forma,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

no prazo e nas condições previstos em regulamento, relativamente aos períodos determinados pela legislação.

Esse repasse ao Fisco das informações das operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similar, pelas administradoras de cartões de crédito/débito e estabelecimentos similares, encontra respaldo em decisões judiciais. Confira-se as seguintes decisões:

EMENTA: APELAÇÃO - CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, V, DA LEI Nº 8.137/90) - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO NÃO TRANSCORRIDO - NULIDADE DAPROVA OBTIDA PELA QUEBRA DE SIGILO FISCAL - INOCORRÊNCIA - **FORNECIMENTO OBRIGATÓRIO PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO - NULIDADE DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS - INOCORRÊNCIA** - NULIDADE DO FEITO POR AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS DO ACUSADO NA DENÚNCIA - INOCORRÊNCIA - PREENCHIMENTO DAS FORMALIDADES E REQUISITOS DO ART. 41, DO CPP - PRELIMINARES REJEITADAS - MÉRITO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE DOLO - INOCORRÊNCIA - CONDENAÇÃO MANTIDA - ALTERAÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO FIXADAS NA SENTENÇA - INVIABILIDADE - ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - IMPOSSIBILIDADE. - SE NÃO DECORREU O PRAZO PRESCRICIONAL ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS PREVISTOS NO ART. 117, DO CÓDIGO PENAL, NÃO HÁ COMO DECLARAR A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO APELANTE, PELA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. - **NÃO HÁ QUE SE FALAR EM NULIDADE DA PROVA OBTIDA PELA QUEBRA DO SIGILO FISCAL, SE O FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES DE VENDA POR ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO À RECEITA ESTADUAL É UMA OPERAÇÃO OBRIGATÓRIA, PREVISTA NOS ARTS. 5º E 6º, DA LC Nº 105/2001, E ART. 10-A DA PARTE 1, DO ANEXO VII, DO RICMS/2002 (MINAS GERAIS).**

- SE NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS FOI OPORTUNIZADO AO RÉU O DIREITO DE DEFESA, TENDO ELE, INCLUSIVE, ACIONADO O CONSELHO DE CONTRIBUINTES, NÃO HÁ DEMONSTRAÇÃO DE QUALQUER VÍCIO QUE ACARRETE NULIDADE. - É VÁLIDA A DENÚNCIA QUE PREENCHE AS FORMALIDADES E OS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 41, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. - NÃO HÁ FALAR EM ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO QUE DEIXOU DE

EMITIR NOTAS FISCAIS DE MERCADORIAS VENDIDAS, SUPRIMINDO O RECOLHIMENTO DE ICMS AOS COFRES PÚBLICOS. - RESTANDO COMPROVADO NOS AUTOS QUE O AGENTE, NA CONDIÇÃO DE ADMINISTRADOR DA EMPRESA, VENDEU MERCADORIAS SEM EMITIR AS CORRESPONDENTES NOTAS FISCAIS DE SAÍDA, SUPRIMINDO O RECOLHIMENTO DE ICMS, AO LONGO DE UM EXTENSO PERÍODO DE TEMPO, RESTA EVIDENCIADO O DOLO EM SUA CONDUTA, IMPONDO-SE A CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

- NÃO DEVEM SER ALTERADAS AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS IMPOSTAS NA SENTENÇA, SE ELAS FORAM APLICADAS SEM CONFORMIDADE COM OS ARTS. 43, 44, §2º, 45, 46, E 55, TODOS DO CÓDIGO PENAL.

- SE O RÉU ENCONTRA-SE ASSISTIDO POR DEFENSOR CONSTITUÍDO, IMPROVADA A SUA HIPOSSUFICIÊNCIA, NÃO FAZ JUS À ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS, NOS TERMOS DO ART.10, DA LEI ESTADUAL 14.939/03. (TJMG - APELAÇÃO CRIMINAL 1.0079.14.011858-3/001, RELATOR(A): DES.(A) AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO, 7ª CÂMARA CRIMINAL, JULGAMENTO EM 07/10/2015, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 16/10/2015) (DESTACOU-SE)

EMENTA: AGRADO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - ICMS - AUTO DE INFRAÇÃO - INFORMAÇÕES PRESTADAS POR ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO - CONFRONTO COM AS RECEITAS DECLARADAS PELO CONTRIBUINTE - POSSIBILIDADE - RECOLHIMENTO DE ICMS A MENOR - IRREGULARIDADE INEXISTENTE NO PROCEDIMENTO FISCALIZATÓRIO - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. AFIGURA-SE REGULAR A AUTUAÇÃO FISCAL DECORRENTE DO CONFRONTO ENTRE AS RECEITAS DECLARADAS PELA AUTORA E OS DADOS INFORMADOS PELAS EMPRESAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO, EIS QUE SE TRATA DE PROCEDIMENTO EXPRESSAMENTE PREVISTO EM LEI.

PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

2. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0434.13.001963-2/002, RELATOR(A): DES.(A) CLARET DE MORAES, 6ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 08/09/2015, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 18/09/2015).

(GRIFOU-SE)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sendo assim, o procedimento adotado pela Fiscalização é tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I, V e VII da Parte Geral do RICMS/02, *in verbis*:

RICMS/02

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;

(...)

V - conclusão fiscal;

(...)

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.

(...)

Os impugnantes requerem ainda que seja cancelada a multa aplicada, por ser exorbitante.

Ressalte-se inclusive que não há fundamentação legal para o citado requerimento.

A Multa de Revalidação encontra-se prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Veja-se:

Lei nº 6.763/75

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

Correta também a cobrança da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75, tendo em vista o descumprimento das obrigações acessórias, a saber:

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, entrega-la, transportá-la, recebe-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertadas de documento fiscal,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação.

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

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

(...)

Repita-se que, em virtude das irregularidades apontadas, aplica-se ao Contribuinte a multa de revalidação e a multa isolada, previstas pela legislação, pois possuem naturezas distintas, tendo como referência valores diversos, sendo a multa de revalidação incidente sobre o valor do imposto não recolhido e a multa isolada, aplicada sobre o valor da operação desacobertada de documentação fiscal.

Com efeito, a Multa de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal, exigida em razão do não recolhimento de ICMS.

Já a Multa capitulada no art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I da citada lei (Multa Isolada) foi exigida pelo descumprimento de obrigação acessória.

Conveniente destacar, também, que a aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada foi considerada lícita pelo Poder Judiciário mineiro, como na Apelação Cível nº 1.0079.11.016674-5/003, de 04/08/16, emendada da seguinte forma:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - CREDITAMENTO INDEVIDO - RECOLHIMENTO A MENOR - BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELO ESTADO DE ORIGEM - NÃO APROVAÇÃO PELO CONFAZ - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - INEXISTÊNCIA - SUCESSÃO EMPRESARIAL - INCORPORAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR - MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - INFRAÇÕES DIVERSAS - JUROS - INCIDÊNCIA SOBRE MULTA - INÍCIO - FATO GERADOR - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - NATUREZA DOS EMBARGOS - AÇÃO E NÃO INCIDENTE. (...) É POSSÍVEL A CUMULAÇÃO DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA, POR TEREM SIDO APLICADAS EM RAZÃO DE INFRAÇÕES DISTINTAS. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.11.016674-5/003 COMARCA DE CONTAGEM. APELANTE(S): BRF BRASIL FOODS S/A. APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS. DES. JUDIMAR BIBER (RELATOR)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, reiterando, a ausência de recolhimento da obrigação principal sujeita o Contribuinte à penalidade moratória, prevista no art. 56 da Lei nº 6.763/75 e, existindo ação fiscal, à pena prevista no inciso II do referido dispositivo legal.

Por outro lado, ao dar saída às mercadorias desacobertas de documento fiscal, ocorre o inadimplemento pelo contribuinte de obrigação tributária acessória, sujeitando-se o infrator à penalidade prevista no art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I da mencionada lei.

Portanto, conforme demonstrado acima, a aplicação das multas constantes neste Auto de Infração encontra-se nos percentuais e em conformidade com a legislação supra.

Por esta razão, bem como pela ausência de previsão legal, não pode prosperar o requerimento dos Impugnantes de cancelamento da multa.

Por fim, ao contrário do alegado pela Defesa, a exigência da Multa de Revalidação em questão, embora seja exigida somente com o lançamento de ofício, nasce com a exigência do imposto e deve ter a mesma data de vencimento deste, de forma que sobre ela devem incidir também os juros de mora, conforme determina o art. 226 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 226 - Sobre os débitos decorrentes do não recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

(Grifou-se)

Por sua vez, a cobrança dos juros de mora encontra-se disciplinada pela Resolução da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais nº 2.880 de 13/10/97, que determina que os créditos tributários, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, serão acrescidos de multa e juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil:

RESOLUÇÃO Nº 2.880, DE 13 DE OUTUBRO DE 1997

(MG de 14/10/97)

Art. 1º Os créditos tributários, cujos vencimentos ocorrerão a partir de 1º de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

(...)

Art. 2º Os juros de mora incidirão tanto sobre a parcela do tributo, quanto sobre a de multa, inclusive a de mora, a partir do primeiro dia do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mês subsequente ao do vencimento do débito até a data do efetivo pagamento, observando-se:

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

(...)

(Grifou-se)

Portanto, de acordo com o disposto acima, correto a exigência de juros sobre a multa de revalidação, não assistindo razão aos Impugnantes, devendo os juros sobre a multa de revalidação incidir desde o dia em que o débito deveria ser pago.

No que concerne à exclusão de ofício da Autuada do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertadas 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 c/c o art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18. 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.

(...)

§ 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.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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 140/18

Art. 84. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, hipótese em que a empresa ficará impedida de fazer nova opção pelo Simples Nacional nos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

(...)

d) ter a empresa incorrido em práticas reiteradas de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

(...)

j) se for constatado que a empresa, de forma reiterada, não emite documento fiscal de venda ou prestação de serviço, observado o disposto nos arts. 59 a 61 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 106; e

(...)

§ 3º A ME ou a EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 32, caput)

(...)

§ 6º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j" e "k" do inciso IV do caput: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 9º)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

lançamento, em um ou mais procedimentos fiscais;
ou

(...)

Neste sentido, 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”.

Contudo, tendo sido regularmente intimada do Termo de Exclusão, conforme fls. 19/20, a Autuada não o impugnou, hipótese em que este se torna efetivo, conforme estabelece o § 4º do art. 83 da Resolução CGSN nº 140/18.

Art. 83 (...)

§ 4º Se não houver, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, com observância, quanto aos efeitos da exclusão, do disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

(...)

Frisa-se que as exigências fiscais constantes no Auto de Infração em análise referem-se apenas às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. O crédito tributário relativo à recomposição da conta gráfica, consequência da exclusão, não está sendo exigido neste momento, uma vez que deverá ser apurado somente após a notificação da Contribuinte quanto à publicação da exclusão no Portal do Simples Nacional.

Verifica-se que o crédito tributário se encontra plenamente embasado na legislação, não havendo qualquer tipo de vício que possa prejudicar o seu julgamento.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretenso 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;

(...)

Dessa forma, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se que os argumentos trazidos pela Impugnante não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pelos Impugnantes, A Popular Administração de Ativos e Recebíveis Ltda e João Sancho Nogueira Neto, sustentou oralmente o Dr. Tiago Abreu Gontijo e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira (Revisor) e Dimitri Ricas Pettersen.

Sala das Sessões, 03 de março de 2022.

**Gislana da Silva Carlos
Relatora**

**Marcelo Nogueira de Moraes
Presidente**