

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.861/15/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000245543-31
Impugnação: 40.010137336-56, 40.010137335-75 (Coob.)
Impugnante: Nanuque Transportes Rodoviários de Cargas Ltda - ME
IE: 001602770.00-92
Posto Cowboy Forever Ltda (Coob.)
CNPJ: 12.437857/0001-52
Coobrigados: Espólio de Genil Mata da Cruz
CPF: 033.019.496-81
Flávio Venício Menezes Rocha
CPF: 754.600.506-00
Gedeon Mata da Cruz
CPF: 869.183.706-34
Rafael Neves Pinto
CPF: 982.178.955-20
Proc. S. Passivo: José Francisco Rodrigues Filho/Outro(s), Edvardo Luz de Almeida
Origem: DEFIS/SUFIS/BH

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL – ETANOL. Constatado, mediante análise das informações das mídias eletrônicas, regularmente apreendidas, saída de mercadoria (etanol) desacobertada de documentação fiscal. Procedimento fiscal tecnicamente idôneo nos termos do art. 194, inciso I do RICMS/02. Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saída de mercadoria (etanol) desacobertada de documentação fiscal realizada por Nanuque Transportes Rodoviários de Cargas Ltda para a empresa Posto Cowboy Forever Ltda, localizada em Jaboticabal/SP, sem o recolhimento do imposto, no período de 11/07/12 e 27/05/13, constatada mediante análise das informações registradas nas mídias eletrônicas regularmente apreendidas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75.

Os documentos extrafiscais foram extraídos de um dos computadores do escritório do Coobrigado Gedeon Mata da Cruz, situado em Governador Valadares/MG, em cumprimento a Mandado Judicial de Busca e Apreensão expedido na operação especial intitulada “G-37”.

Inconformado, o Coobrigado “Posto Cowboy Forever Ltda.” apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 28/48. Por sua vez, a Autuada Nanuque Transportes Rodoviários de Cargas Ltda apresenta, também tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 76/87.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 93/118.

DECISÃO

Das Preliminares

O Coobrigado argui a nulidade do lançamento, sob o argumento de que o crédito tributário foi constituído por arbitramento não autorizado na legislação. Alega a ineficiência fiscal na busca da verdade material e na produção de provas, apontando a ausência de certeza quanto à exata correspondência entre os arquivos obtidos do computador do Sr. Gedeon em comparação àqueles que lhe foram apresentados.

Aduz cerceamento do seu direito de defesa, pois considera que não pode se defender devidamente, já que dispõe apenas de planilhas efetuadas pela Fiscalização, com informações lacônicas que não estão lastreadas em instrução probatória robusta.

Afirma que o procedimento fiscal não observou o art. 68, inciso II, *alínea “b”* do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, já que não instaurou procedimento administrativo necessário no caso de cruzamento eletrônico de dados.

Por sua vez, a Autuada requer a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que inexistem provas para sua lavratura e por não estar presentes nos autos os elementos suficientes para determinar, com segurança, a natureza da infração, infringindo-se o art. 142 Código Tributário Nacional (CTN).

Afirma que não restou demonstrado nos autos sua responsabilidade pela infração, e que a Fiscalização incorreu em eleição errônea do sujeito passivo.

Porém, razão não lhes assiste.

Da análise acurada da peça fiscal, verifica-se que o Auto de Infração encontra-se lavrado nos exatos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN) e contém todas as exigências previstas no art. 89 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Induidoso que a Autuada e o Coobrigado compreenderam e se defenderam claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pelas impugnações apresentadas que abordam todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos todos os prazos legalmente previstos para apresentação das defesas, em total observância ao princípio do contraditório.

A ação fiscal procedida junto ao estabelecimento autuado encontra-se respaldada no CTN, recepcionada pela Constituição da República em seu art. 195:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los.

Por sua vez, o RICMS/02 regulamenta os procedimentos relacionados à apreensão de documentos, nos termos dos arts. 201 a 204, que assim tratam da matéria:

Art. 201. Serão apreendidos:

(...)

II - os documentos, os objetos, os papéis, os livros fiscais e os meios eletrônicos, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária.

(...)

Art. 202. A apreensão será efetuada mediante a lavratura de Auto de Apreensão e Depósito, assinado pelo apreensor, pelo detentor da mercadoria ou do bem apreendido, ou pelo seu depositário, e, se possível, por 2 (duas) testemunhas.

(...)

Art. 204. Depende de autorização judicial a busca e apreensão de mercadorias, documentos, papéis, livros fiscais, equipamentos, meios, programas e arquivos eletrônicos ou outros objetos quando não estejam em dependências de estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional. Parágrafo único. A busca e a apreensão de que trata o caput deste artigo também dependerá de autorização judicial quando o estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional for utilizado, simultaneamente, como moradia.

No caso dos autos, a documentação e os arquivos magnéticos foram apreendidos mediante a lavratura dos Autos de Apreensão e Depósito e Autos de Cópia e Autenticação de Documentos Digitais, com a geração dos respectivos códigos de segurança. As imagens copiadas foram analisadas utilizando-se técnicas e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

software forenses (Forensic Toolkit-FTK, versão 4.1) que não permitem adulteração do conteúdo da imagem analisada.

Os arts. 69 e 71 do RPTA estabelecem a finalidade do Auto de Apreensão e seus efeitos, com a seguinte redação:

Art. 69. Para os efeitos de documentar o início de ação fiscal, observados os modelos estabelecidos pela Secretaria de Estado de Fazenda, a autoridade lavrará, conforme o caso:

(...)

II - Auto de Apreensão e Depósito (AAD);

(...)

Art. 71. O Auto de Apreensão e Depósito será utilizado para a formalização da apreensão de mercadorias, bens e documentos, inclusive de programas, meios e dados eletrônicos.

Parágrafo único. O Auto conterá a descrição do objeto da apreensão e, em se tratando de bem ou mercadoria, a respectiva avaliação.

A licitude da apreensão de documentos extrafiscais encontra amparo no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que ao apreciar a Apelação Cível nº 1.0027.08.176278-6/003, proferiu a seguinte decisão:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA APREENSÃO DE DOCUMENTOS EFETIVADA PELO FISCO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL - LEGALIDADE - CONDUTA REALIZADA MEDIANTE OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA - RECURSO NÃO PROVIDO.

NOS TERMOS DO ART. 42 DA LEI ESTADUAL 6.763/75 E ART. 194 E SEGUINTE DO CTN É LÍCITO AOS AGENTES FISCAIS, NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA, APREENDER DOCUMENTOS DESTINADOS A COMPROVAR INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, NÃO HAVENDO NULIDADE NO ATO DE APREENSÃO QUANDO ESTE SE DÁ MEDIANTE CONCESSÃO DO RECIBO CONTENDO A DESCRIÇÃO DOS DOCUMENTOS APREENDIDOS.

(GRIFOU-SE).

Assim, a motivação para a apreensão de livros e documentos fiscais será sempre o exame das operações realizadas pelo contribuinte, que não pode se furtar às ações da Fiscalização.

É imperioso ressaltar que a copiagem ocorreu em cumprimento de um mandado judicial de Busca e Apreensão expedido por Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

(...) À BUSCA E APREENSÃO DE QUAISQUER DOCUMENTOS E ANOTAÇÕES RELATIVAS ÀS ATIVIDADES E ÀS NEGOCIAÇÕES PERTINENTES AO CASO, ARQUIVOS E APONTAMENTOS FÍSICOS E/OU ELETRÔNICOS, INCLUINDO-SE OS DE USO PESSOAL DO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

QUADRO DIRETIVO DOS CONTRIBUINTES, GUARDADOS OU OCULTADOS NO SEGUINTE ENDEREÇO: RUA CONSTANTINO ÔMEGA Nº 282, ESPLANADA, GOVERNADOR VALADARES/MG (ENDEREÇO COMERCIAL DE GEDEON MATA DA CRUZ – CPF Nº 869.183.706-34 – FILHO DE GENTIL MATA DA CRUZ). GRIFOU-SE.

O mandado foi cumprido em operação conjunta com as Polícias Civil e Militar, Auditores Fiscais de Receita Estadual e Servidores do Ministério público, e autorizava, como destacado, a Fiscalização realizar as copiagens dos arquivos magnéticos existentes nos computadores encontrados no local da busca e apreensão.

As referidas copiagens foram feitas na presença de funcionários do Grupo Gentil e, ao seu término, expediu-se os seguintes Autos de Copiagem e Autenticação de Arquivos Digitais: ge370201, ge370202, ge370203, ge370204, ge370205, ge370206, ge370207, ge370208 e ge370215.

A utilização de documentos extrafiscais para apuração do crédito tributário não ofende qualquer requisito previsto para o lançamento tributário, nem afigura excesso de exação, pois atende ao interesse público e, objetiva demonstrar nos autos a verdade real, ou seja, o efetivo faturamento praticado pela Autuada que subtraiu, das informações prestadas à Fiscalização, uma significativa parte de suas vendas.

Pelo exposto, rejeita-se as prefaciais arguidas.

Do Mérito

Conforme já relatado, A autuação versa sobre saída de mercadoria (etanol) desacobertada de documentação fiscal realizada por Nanuque Transportes Rodoviários de Cargas Ltda para a empresa Posto Cowboy Forever Ltda, localizada em Jaboticabal/SP, sem o recolhimento do imposto, no período de 11/07/12 e 27/05/13, constatada mediante análise das mídias eletrônicas devidamente apreendidas.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75.

As provas da irregularidade fiscal nas operações realizadas entre Nanuque Transportes Rodoviários de Cargas Ltda e a empresa Posto Cowboy Forever Ltda, foram obtidas a partir das copiagens, autorizadas judicialmente, realizadas nos *Hard Disc* – HD dos computadores nos seguintes estabelecimentos do grupo Gentil:

- escritório sede central do Grupo Gentil – Governador Valadares;
- escritório - Gedeon Mata Da Cruz – Governador Valadares;
- Posto Gentil Periquito Ltda – Periquito;
- Posto Copac Ltda. – Governador Valadares;
- Posto Oliveira Governador Valadares Ltda. – Governador Valadares;
- Auto Posto Triunfo Ltda – Barbacena;
- Posto Gentil Ipatinga Ltda – Ipatinga;
- Posto Gentil Comércio de Combustível Lavras Ltda.– Lavras;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Posto Comércio de Combustível Divinópolis Niterói Ltda – Divinópolis;
- residência do Sr. Gentil Mata Da Cruz – Governador Valadares;
- residência do Sr. Genil Mata Da Cruz E Simone Magalhaes Almeida – Governador Valadares;
- residência da Sra. Lucimar Mata Da Cruz Barbosa – Governador Valadares;
- residência do Sr. Gedeon Mata Da Cruz – Governador Valadares.

Essas copiagens ocorreram no dia 03/07/13 no desenrolar da Operação Especial intitulada “G-37”, ocasião em que foram emitidos 41 (quarenta e um) Autos de Copiagens e Autenticações de Arquivos Digitais. Documentos que se encontram no Anexo III do DVD, Anexos do Auto de Infração (fls. 20).

Cada Auto de Copiagem e Autenticação de Arquivos Digitais apresenta a descrição do identificador de autenticidade que é formado pelo nome da imagem dada pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais (SEF/MG) ao computador da empresa e o código *Hash* (SHA-1) gerado pelo SOLO IV.

Como já mencionado, as imagens copiadas foram analisadas utilizando-se técnicas e *software* forenses (Forensic Toolkit – FTK, versão 4.1) que não permitem adulteração do conteúdo da imagem analisada.

O FTK além de preservar o código *Hash* gerado no ato da copiagem, gera um *Hash* para cada arquivo que for encontrado no HD copiado. Esse procedimento visa proteger os arquivos integrantes da imagem (HD copiado) para que não sejam modificados.

Extraíu-se do banco de dados copiado de um dos computadores do escritório do Sr. Gedeon Mata da Cruz, em Governador Valadares, planilhas referentes aos movimentos de diversos postos do Grupo.

Mediante a análise dos dados compilados nas planilhas retromencionadas, a Fiscalização selecionou todos os lançamentos que envolviam comercialmente as empresas Nanuque Transp. Rodoviário de Cargas Ltda. e Posto Cowboy Forever Ltda e os organizou na “Planilha Intimação Nanuque – Cowboy Forever”, apresentada no Anexo V do DVD, “Anexos do AI nº 01.000245543-31” (fls. 20).

Como forma de comprovar a efetividade na movimentação financeira entre as empresas, a Fiscalização associou documentos extraídos das imagens apreendidas na operação com os lançamentos demonstrados nas planilhas, mediante a inclusão da coluna “H” na “Planilha Intimação Nanuque” com *links* de acesso e visualização das provas.

Em etapa posterior, auditou as operações comerciais realizadas entre as empresas Nanuque Transp. Rodoviário de Cargas Ltda. e Posto Cowboy Forever Ltda, mediante o confronto dos livros contábeis e arquivos Sintegra da primeira com a Declaração Anual do Simples Nacional-DASN da segunda, chegando a conclusão de que ambas haviam ocultado a movimentação do etanol e, por conseguinte, deixado de recolher o ICMS devido.

Segundo enumera a Fiscalização em sua manifestação:

“A certeza de que essa comercialização referia-se a etanol sem documentação fiscal, deu-se ao analisar conjuntamente vários arquivos copiados dos computadores do Grupo Gentil esses arquivos encontram-se no anexo IV do DVD “anexos do Auto de Infração nº 01.000245543-31” fl. 20 do PTA, transportados para o “Anexo IV – Provas das fraudes fiscais” do DVD “Manifestação Fiscal PTA 01.000245543-31”. A título de exemplo, seguem diversos arquivos que comprovam que:

I- Que essas transações referiam-se a compras de combustíveis:

-Os arquivos números: 62956, 62957, 62985, 62986, 63069, 63075, 63078 e 63079, extraídos da imagem GE370103, foram copiados de um dos computadores do Grupo Gentil, situado na Av. Marechal Floriano, 654, 8º andar em Governador Valadares-MG. Esses arquivos revelam que o Grupo Gentil tratava a Nanuque Transportes Rodoviários de Cargas Ltda. – ME como distribuidora de combustíveis, pois os controles de depósitos realizados para a mesma estavam lançados nas planilhas que o Grupo utilizava para controlar as transações com seus fornecedores de combustível.

Já os pagamentos feitos para empresas que não são fornecedoras de combustível eram registrados no final das planilhas acima e classificados com o título “OUTROS PAGAMENTOS”.

II- Que esses combustíveis eram etanol e que as suas entregas ocorriam sem documentação fiscal:

No arquivo número 410478, extraído da imagem GE370109, encontrou-se diversos lançamentos de entrada de etanol sem documento fiscal (a aba Chegada EC da planilha, significa Etanol combustível). Entre esses lançamentos havia um que se referia à aquisição de 30.000 (trinta mil) litros de etanol sem documentação fiscal, cuja entrega deu-se através do veículo de placa GMW 0033 de propriedade da Nanuque Transportes Rodoviários de Cargas Ltda. – ME.

Da “Planilha Intimação Nanuque” filtrou-se todos os lançamentos referentes às transações comerciais realizadas entre a autuada Nanuque Transportes Rodoviários de Cargas Ltda e a empresa Posto Cowboy Forever Ltda., no valor total de R\$ 64.975,00 (sessenta e quatro mil novecentos e setenta e cinco reais), sem documento fiscal no período de 11/07/2012 a 27/05/2013. Essa filtragem foi colocada numa planilha denominada Os lançamentos descritos na “Planilha Intimação Nanuque – Cowboy Forever” referem-se ao total encontrado de vendas de etanol realizadas pela autuada Nanuque Transportes Rodoviários de Cargas Ltda para a empresa Posto Cowboy Forever Ltda., sem documentação fiscal e sem o recolhimento do ICMS naquele período. (...)”

Importante ressaltar que, no interregno entre os levantamentos fiscais e a lavratura do Auto de Infração foram entregues diversas intimações para as empresas, todas relacionadas no Anexo VI do DVD, “Anexos do AI nº 01.000245543-31” (fls. 20) e, ainda, realizadas várias reuniões com os representantes das envolvidas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Procedimentos estes que tinham o desiderato de comprovação documental das operações elencadas na “Planilha Intimação Nanuque – Cowboy Forever”.

Assim, do conjunto probatório evidencia-se a venda de etanol realizada pela Autuada para o Coobrigado, o que configura o fato gerador do ICMS disposto no inciso VI do art. 6º da Lei nº 6.763/75, a saber:

Art. 6º. Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Portanto, correta a exigência do ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada com base no art. 56, inciso II e no art. 55, inciso II, respectivamente, todos da Lei nº 6.763/75, assim dispostas:

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.

(...)

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 Fiscalização elegeu como sujeitos passivos da obrigação tributária a empresa Nanuque Transportes Rodoviários de Cargas Ltda e seus sócios, Sr. Rafael e Sr. Flávio, a empresa destinatária da mercadoria Posto Cowboy Forever Ltda. e seus sócios à época dos fatos, Sr. Gedeon e Sr. Genil.

Os sócios atuais da Coobrigada Posto Cowboy Forever Ltda requerem a exclusão de suas responsabilidades uma vez que não participaram da administração do posto de combustíveis no período das irregularidades. Entretanto, verifica-se nos autos que esses não figuram como coobrigados no polo passivo da obrigação tributária, restando, portanto, superada esta questão.

Quanto à empresa Posto Cowboy Forever Ltda, conforme disposto na legislação, o pagamento do tributo é de responsabilidade do adquirente ou destinatário

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que receber combustível sem a retenção ou com a retenção a menor do imposto devido a título de substituição tributária, ainda que desobrigado o remetente. Veja-se:

Art. 22. Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

(...)

II - adquirente ou destinatário da mercadoria pelas operações subseqüentes, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;

(...)

§ 8º A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se:

1) conforme dispuser o regulamento, às operações e às prestações com as mercadorias e os serviços relacionados na Tabela "E" anêxa a esta Lei e com outras mercadorias, bens e serviços indicados pelo Poder Executivo;

(...)

§ 18. Nas hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, não ocorrendo a retenção ou ocorrendo retenção a menor do imposto, a responsabilidade pelo imposto devido a título de substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário neste Estado.

§ 19. Nas hipóteses do § 18 deste artigo, independentemente de favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento varejista será responsável pelo recolhimento da parcela devida ao Estado.

Com relação ao pedido de cancelamento ou redução das penalidades, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente porque a infração resultou em falta de pagamento do imposto:

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 3º - A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

(...)

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo. (Grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante Nanuque Transportes Rodoviários de Cargas Ltda - ME, sustentou oralmente o Dr. Edvardo Luz de Almeida e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marismar Cirino Motta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ronildo Liberato de Moraes Fernandes (Revisor) e Luiz Geraldo de Oliveira.

Sala das Sessões, 16 de setembro de 2015.

Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente

Marco Antônio Perdigão Mendes
Relator

IS/D