

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.828/15/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000248394-83
Impugnação: 40.010137467-82 (Coob.), 40.010137468-63 (Coob.),
40.010137469-44 (Coob.)
Impugnante: Comércio de Combustíveis João Neiva Ltda (Coob.)
CNPJ: 12.656675/0001-72
Espólio de Genil Mata da Cruz (Coob.)
CPF: 033.019.496-81
Lucimar Mata da Cruz Barbosa (Coob.)
CPF: 043.564.316-93
Autuada: Marcelo Silva Rocha
CPF: 806.941.285-20
Proc. S. Passivo: Siranides Eleotério Gomes/Outro(s)
Origem: DEFIS/SUFIS/BH

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL - ETANOL. Constatado, mediante confronto entre as informações das mídias eletrônicas, regularmente apreendidas, com as notas fiscais emitidas no mesmo período, 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 n.º 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a saída de mercadoria (etanol) realizadas por Sr. Marcelo Silva Rocha para Comércio de Combustíveis João Neiva Ltda, desacobertada de documentação fiscal e sem o recolhimento do imposto, no período de outubro de 2011 a março de 2012, constatada mediante confronto entre as informações registradas nas mídias eletrônicas, regularmente apreendidas, com as notas fiscais emitidas no mesmo período.

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 Sr. 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”.

Inconformados, os Sujeitos Passivos, Comércio de Combustíveis João Neiva Ltda, Genil Mata da Cruz e Lucimar Mata da Cruz Barbosa, apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 26/78.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 90/123.

DECISÃO

Das Preliminares

Da verdade material, das provas, da exação e da busca e apreensão

Preliminarmente, cumpre destacar que os Impugnantes arguem, em sua peça de defesa, a nulidade do lançamento sob a acusação da ineficiência fiscal na busca da verdade material, da produção de provas mediante aplicativo desconhecido, do excesso de exação e da busca e apreensão.

O Auto de Infração encontra-se lavrado nos 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

Registre-se que foi concedido aos Sujeitos Passivos o direito ao contraditório e ampla defesa.

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, a legislação mineira regulamenta os procedimentos relacionados à apreensão de documentos, nos termos dos arts. 201 a 204 do RICMS/02, 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, os arquivos magnéticos foram apreendidos mediante a lavratura dos 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 *software* forenses (Forensic Toolkit-FTK, versão 4.1) que não permitem adulteração do conteúdo da imagem analisada.

Como bem esclarece a Fiscalização na sua manifestação:

(..)

TODAS AS COPIAGENS FEITAS NOS HD DOS COMPUTADORES DO GRUPO GENTIL FORAM FEITAS NA PRESENÇA DE REPRESENTANTES DO GRUPO, E AO TÉRMINO DE CADA COPIAGEM ERA EXPEDIDO UM TERMO INTITULADO DE: "AUTO DE COPIAGEM E AUTENTICAÇÃO DE ARQUIVOS DIGITAIS". AO TODO FORAM FEITOS 41 (QUARENTA E UM) TERMOS.

EM CADA TERMO CONSTA: A DESCRIÇÃO DO IDENTIFICADOR DE AUTENTICIDADE FORMADO PELO NOME DA IMAGEM DADA PELA SEF AO COMPUTADOR DA EMPRESA E O HASH (SHA-1) GERADO PELO SOLO IV. OU SEJA, O EQUIPAMENTO QUE A FAZENDA UTILIZA PARA FAZER A COPIAGEM EMITE AO FINAL DE CADA COPIAGEM UM HASH PARA O ARQUIVO CONTENDO A IMAGEM COPIADA (ESTA IMAGEM É O ESPELHO DE TUDO O QUE FOI ENCONTRADO NO HD NO MOMENTO DA COPIAGEM). ESSE HASH TRATA-SE DE UMA SEQUÊNCIA ALGORÍTMICA ALFANUMÉRICA GERADA ATRAVÉS DE UM CÁLCULO LÓGICO, OBTIDO ATRAVÉS DE TODA INFORMAÇÃO CONTIDA NO HD NO MOMENTO DA COPIAGEM. DE MANEIRA QUE HAVENDO QUALQUER ALTERAÇÃO O CÁLCULO LÓGICO RESULTA NUM HASH COMPLETAMENTE DIFERENTE. DESSA FORMA, A GERAÇÃO DO HASH AO TÉRMINO DA COPIAGEM GARANTE A TOTAL AUTENTICIDADE DA CÓPIA GERADA PELA FAZENDA.

(...)

AS IMAGENS COPIADAS FORAM ANALISADAS UTILIZANDO-SE TÉCNICAS E SOFTWARE FORENSES (FORENSIC TOOLKIT – FTK,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VERSÃO 4.1), QUE NÃO PERMITEM ADULTERAÇÃO DO CONTEÚDO DA IMAGEM ANALISADA.

O FTK ALÉM DE PRESERVAR O HASH GERADO NO ATO DAS COPIAGENS, 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 ALTERADOS POSTERIORMENTE.

(...)

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 SEQUINTE 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 APREENSADOS.

(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 furtrar às ações da Fiscalização.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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 da Receita Estadual e Servidores do Ministério público e, autorizava a Fiscalização, como destacado, 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 a preliminar em questão.

Da ampla defesa, do contraditório e da validade do ato administrativo

Ainda em preliminar, os Impugnantes requerem, também, a nulidade do Auto de Infração em razão de cerceamento do direito de ampla defesa, do contraditório, questionando a validade do ato administrativo e a falta de devolução da documentação solicitada.

Entretanto, razão não lhes assiste.

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 RPTA.

Induvidoso que os Impugnantes compreenderam e se defenderam 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.

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.

Portanto, a alegação de falta de devolução da documentação solicitada ficou prejudicada.

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

Da Ausência de Auto de Início de Ação Fiscal para todos os Sujeitos

Passivos

Primeiramente, cumpre esclarecer que a legislação que rege os procedimentos preparatórios para o início da ação fiscal, encontra-se prescrita no RPTA 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:

- I - Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF);
- II - Auto de Apreensão e Depósito (AAD);
- III - Auto de Retenção de Mercadorias (ARM);
- IV - Auto de Lacração de Bens e Documentos (ALBD);
- V - Auto de Infração (AI), nas hipóteses do art. 74.

Assim, nos termos do disposto no art. 70 do RPTA, o Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF será utilizado para solicitar do sujeito passivo a apresentação de documentos com indicação do período e do objeto da fiscalização a ser efetuada.

Veja-se:

Art. 70. O Auto de Início de Ação Fiscal será utilizado para solicitar do sujeito passivo a apresentação de livros, documentos, dados eletrônicos e demais elementos relacionados com a ação fiscal, com indicação do período e do objeto da fiscalização a ser efetuada.

No caso dos autos, o AIAF de fls. 02 foi lavrado para solicitar Marcelo Silva Rocha, os documentos que ainda não estavam em posse da Fiscalização e que eram indispensáveis para a conclusão do trabalho fiscal.

Somente após a conclusão da auditoria é que se pode apurar a responsabilidade tributária de todos os envolvidos na acusação em análise, sendo, pois, inviável, no momento da lavratura do AIAF, saber com exatidão quais eram os sujeitos passivos, em sua totalidade, a fim de enviar o referido documento, o que, ademais, é despiciendo, por fugir à finalidade de tal providência.

Portanto, também nesse aspecto, foram cumpridas todas as formalidades legais em relação aos procedimentos preliminares à lavratura do Auto de Infração.

Além disto, depreende-se dos autos que a Defesa, compreendendo todos os envolvidos, teve plena convicção das acusações que lhe foram impostas.

Da Inclusão, na Sujeição Passiva, de empresa localizada em outra unidade da Federação

Os Impugnantes alegam que a empresa Comércio de Combustíveis João Neiva Ltda, não poderia ser incluída no polo passivo da presente autuação, em razão de estar localizada em outra unidade da Federação.

Todavia, a inclusão da referida empresa, conforme descrito no item 6.5.2.2 do “Relatório fiscal” (anexo I do DVD intitulado “anexos do Auto de Infração nº 01.000248394-83”, fls. 20 do PTA), se deu por força do art. 124, inciso I do Código Tributário Nacional.:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

II - (...)

A citada norma legal coaduna-se perfeitamente ao caso dos autos, conforme se constata a seguir.

As transações comerciais realizadas entre o Sr. Marcelo Silva Rocha e Comércio de Combustíveis João Neiva Ltda foram apuradas ao confrontar os documentos eletrônicos, encontrados nos computadores do Grupo Gentil, com os livros fiscais e contábeis de várias empresas desse Grupo, pois desse confronto, verificou-se que as transações comerciais descritas na “Planilha Intimação Marcelo” não eram registradas em seus livros fiscais e contábeis.

Nessas transações comerciais, o Sr. Marcelo Silva Rocha vendia o etanol para a empresa Comércio de Combustíveis João Neiva Ltda., sem a tributação do ICMS devido na operação própria (além da falta de recolhimento do ICMS-ST devido para o Estado do Espírito Santo e sem a incidência dos Tributos Federais).

Portanto, a empresa Comércio de Combustíveis João Neiva Ltda beneficiou-se das transações comerciais mencionadas, tendo em vista que adquiriu o etanol sem tributação.

O relato acima demonstra, claramente, que a empresa em questão tinha interesse econômico nas omissões dos fatos geradores das obrigações tributárias decorrentes das referidas operações comerciais, em decorrência da falta de recolhimento dos tributos devidos.

Dessa forma, correta a eleição da empresa Comércio de Combustíveis João Neiva Ltda, no polo passivo da obrigação tributária.

Do prazo para encerramento da ação fiscal

Os Impugnantes aduzem, ainda, a nulidade do Auto de Infração em decorrência do lapso de tempo entre a emissão do Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) e a lavratura do Auto de Infração.

Afirma que a Fiscalização desrespeitou o art. 70 do RPTA, pois iniciou a ação fiscal em 03/07/13 e somente a concluiu em 09/10/14, bem como não lançou a ação fiscal no livro RUDFTO. Ainda, que o AIAF não teve sua prorrogação formalizada.

Consta nos autos que a ação realizada pela Fiscalização no dia 03/07/13 teve por objetivo a coleta de provas de sonegação fiscal praticadas pelo Grupo Gentil.

Em fevereiro de 2014, intimaram-se diversas empresas do referido grupo para apresentar livros contábeis e a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ).

Em maio de 2014, a Fiscalização entregou a cada empresa, o AIAF e não transcreveu o início da ação fiscal no RUDFTO por tratar-se, tal procedimento, de uma excepcionalidade, estabelecida no § 2º, do art. 70, do RPTA.

Segundo relata a Fiscalização, como os representantes do Grupo Gentil solicitaram informalmente a ampliação do prazo para atendimento das intimações, esse foi estendido de 30 (trinta) para 75 (setenta e cinco) dias.

Nesse período foram realizadas diversas reuniões com esses representantes.

Com a ampliação do prazo das intimações, gerou a necessidade de prorrogar os AIAFs, oficializada em agosto de 2014 mediante a entrega de um termo às empresas.

Portanto, não procedem os argumentos da Defesa.

A Fiscalização seguiu a legislação regulamentar que delimita a formalização do início da ação fiscal, mediante o disposto no art. 70 do RPTA:

Art. 70. O Auto de Início de Ação Fiscal será utilizado para solicitar do sujeito passivo a apresentação de livros, documentos, dados eletrônicos e demais elementos relacionados com a ação fiscal, com indicação do período e do objeto da fiscalização a ser efetuada.

§ 1º A solicitação deverá ser cumprida pelo sujeito passivo imediatamente, ou no prazo estabelecido pela autoridade solicitante.

§ 2º Excepcionalmente, o Auto poderá ser lavrado no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência (RUDFTO), considerando-se intimado o sujeito passivo no ato da lavratura.

§ 3º O Auto terá validade por 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado por uma vez e por até igual período, pela autoridade fiscal, ou, automaticamente, por fatos que evidenciem a continuidade dos trabalhos, desde que justificável em razão da extensão ou complexidade das tarefas de fiscalização.

§ 4º Esgotado o prazo previsto no parágrafo anterior, é devolvido ao sujeito passivo o direito a denúncia espontânea, o qual, entretanto, não exercido, ensejará a lavratura de AI, independentemente de formalização de novo início de ação fiscal.

§ 5º Na hipótese de cumprimento de Mandado de Busca e Apreensão o Auto de Início de Ação Fiscal terá validade por 180 (cento e oitenta) dias, podendo ser prorrogado por uma vez e por até igual período, pela autoridade fiscal.

Por conseguinte, rejeitam-se, também, essas prefaciais arguidas.

Quanto a nulidade arguida referente à falta da busca da verdade real, a ofensa aos princípios da reserva legal, do não confisco e a incorreta responsabilização dos sócios, verifica-se que se confundem com a matéria meritória e, assim será analisada.

Da prova pericial

Os Impugnantes pleiteiam a produção de provas periciais. Para tanto formulam os quesitos de fls. 77/78.

Segundo a doutrina *“em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispendo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação”* (Alexandre Freitas Câmara; *Lições de D. Processual Civil*), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e, essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

Se a matéria tratada nos autos versar sobre questão eminentemente de direito, quanto ao reconhecimento ou não da percepção de diferença salarial, decorrente da conversão de URV, desnecessária a realização de prova pericial contábil, a qual poderá ser realizada, acaso necessário, em sede de execução. A prova pericial somente se apresenta necessária quando a informação depender da opinião de especialista na matéria que escapa do universo de conhecimento do Julgador, hipótese essa não caracterizada no caso

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

vertido. Assim, indefere-se o pedido (Processo número 1.0024.05.661742-6/001(1), Relator: Célio César Paduani, TJMG). (Grifou-se)

A perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

No caso, sob exame, mostra-se absolutamente desnecessária na medida em que os quesitos propostos têm respostas no conjunto probatório acostado aos autos e na legislação de regência do imposto.

E, os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação das questões postas.

Observa-se na mídia eletrônica apreendida, a vinculação dos depósitos bancários na conta da Autuada com a saída do etanol para a Impugnante - Comércio de Combustíveis João Neiva Ltda., restando ineficaz o resultado contábil a apurar com esta perícia, uma vez tratar-se da não comprovação da emissão da nota fiscal correspondente.

Ainda, reputa-se prejudicado o pedido de perícia para a verificação “*in loco*” com a finalidade de constatação de retrocesso dos encerrantes e manipulação das bombas de combustíveis. De certo que o Perito não mais encontrará vestígios de adulterações de programas e equipamentos após toda essa movimentação fiscal, mesmo porque, nas mídias apreendidas nos computadores dos envolvidos havia orientações da gerência dos estabelecimentos para desfazer as modificações com a chegada da Fiscalização.

Assim, indefere a prova pericial requerida, com fundamento no art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do RPTA:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas; (Grifou-se)

Do Mérito

A autuação versa sobre a saída de mercadoria (etanol) realizadas por Marcelo Silva Rocha para Comércio de Combustíveis João Neiva Ltda, desacobertada de documentação fiscal e sem o recolhimento do imposto, no período de outubro de 2011 a março de 2012, constatada mediante confronto entre as informações registradas nas mídias eletrônicas, regularmente apreendidas, com as notas fiscais emitidas no mesmo período.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

As provas da irregularidade fiscal foram obtidas a partir das copiagens, autorizadas judicialmente, realizadas nos *Hard Disc* – HD dos computadores nos seguintes estabelecimentos do referido grupo comercial:

- 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;
- 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. 26).

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 Fazenda do Estado de Minas Gerais (SEF/MG) ao computador da empresa e o 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 Hash gerado no ato das 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.

Extraiu-se do banco de dados copiado de um dos computadores do escritório do Sr. Gedeon Mata da Cruz, em Governador Valadares, planilhas referentes

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

aos movimentos de diversos postos do Grupo. Dessas foram filtradas todas as operações comerciais realizadas entre as empresas do Grupo e o Sr. Marcelo Silva Rocha e o resultado organizado na Planilha Intimação Marcelo, que se encontra no Anexo V do DVD.

Mediante a análise dos dados compilados na planilha retromencionada, a Fiscalização selecionou todos os lançamentos que envolviam comercialmente Sr. Marcelo Silva Rocha e Comércio de Combustíveis João Neiva Ltda e os organizou na “Planilha Intimação Marcelo João Neiva”, apresentadas no Anexo V do DVD.

Da análise das 41 (quarenta e uma) imagens copiadas, foram identificados os controles das movimentações financeiras de 48 (quarenta e oito) empresas do Grupo, dentre os quais, o da empresa em questão .

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 “I” na “Planilha Intimação Marcelo” com *links* de acesso e visualização das provas.

Em etapa posterior, auditou as operações comerciais realizadas entre as empresas do Grupo Gentil e o Sr. Marcelo Silva Rocha, mediante o confronto dos livros contábeis e arquivos Sintegra, chegando a conclusão de que ambas haviam ocultado a movimentação do etanol e, por conseguinte, deixado de recolher o ICMS/ST devido.

Segundo enumera a Fiscalização em sua manifestação:

(...)

I- QUE OS DEPÓSITOS ERAM FEITOS NO BANCO SICOOB CRÉDINORTE (BANCOOB – CÓDIGO BANCO 756), AGÊNCIA 3050, CONTA 1276-9 DE TITULARIDADE DO SR. MARCELO SILVA ROCHA. NO ARQUIVO 214307 PODEMOS VISUALIZAR UM DEPÓSITO DE R\$ 7.000,00, COM A OBSERVAÇÃO “NÃO RELACIONAR NA CONTABILIDADE!!”. OUTROS ARQUIVOS ILUSTRAM O QUE FOI AFIRMADO ACIMA: 212686, 212697, 212708, 212718, 212759, 212767, 212837, 212842, 214287 E 214299 (TODOS ARQUIVOS FORAM EXTRAÍDOS DA IMAGEM GE370207).

QUE ESSAS TRANSAÇÕES REFERIAM-SE A COMPRAS DE ETANOL. (FORAM COLOCADAS SETAS PARA MELHORAR A VISUALIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES CITADAS):

- O ARQUIVO 22664 (EXTRAÍDO DA IMAGEM GE370101) CITA “DEP.4 M PARA COMPLETAR CARGA DE 40 ETANOL” NO VALOR DE R\$ 6.200,00 QUE É DEPOSITADO NA CONTA DO SR. MARCELO;

- O ARQUIVO 31072 (EXTRAÍDO DA IMAGEM GE370102) CITA “DEP. 80M MARCELO” (SENDO QUE M SE REFERE A METROS DE ETANOL) NO VALOR DE R\$ 105.900,00 DEPOSITADOS NA MESMA CONTA DO SR. MARCELO;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- O ARQUIVO 31133 (IMAGEM GE 370102) MOSTRA DEPÓSITOS DE 80 METROS DE ETANOL AO PREÇO DE R\$ 1,51 O LITRO E 32 METROS A R 1,54 O LITRO. SENDO QUE A PRIMEIRA TRANSAÇÃO FOI REALIZADA COM O SR. MARCELO E A SEGUNDA COM A DISTRIBUIDORA AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.

- O ARQUIVO 31075 (IMAGEM GE 370102) INCLUI UM PAGAMENTO NO VALOR DE R\$ 47.655,00 REALIZADO AO SR. MARCELO ENTRE OS PAGAMENTOS REALIZADOS A DISTRIBUIDORAS DE COMBUSTÍVEIS;

- A PLANILHA 62913 (ESTE EXTRAÍDO DA IMAGEM GE 370103) INCLUI O SR. MARCELO ENTRE AS DISTRIBUIDORAS DE COMBUSTÍVEIS FORNECEDORAS DOS POSTOS DO GRUPO GENTIL;

- PARA CORROBORAR ANEXAMOS OUTROS ARQUIVOS QUE CONFIRMAM AS MESMAS OPERAÇÕES: 31077, 31079, 31081, 31084, 31121, 31125, 31126, 33096 (EXTRAÍDOS DA IMAGEM GE 370102), 62918, 63026, 63033, 63036, 63039, 63041, 63046, 63053, 63064 (EXTRAÍDOS DA IMAGEM GE 370103), 110812 (IMAGEM GE 371202), 123801, 126671, 126704, 145650, 199611, 211154, 324438, 324704, 350820, 425454, 425557 E 437278 (ESTES EXTRAÍDOS DA IMAGEM GE 370101).

- NO ARQUIVO: 216280 EXTRAÍDO DA IMAGEM GE 370207, HÁ UMA PLANILHA QUE O GRUPO GENTIL UTILIZAVA PARA CONTROLAR AS AQUISIÇÕES DE ETANOL, SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, ADQUIRIDAS DE VÁRIOS FORNECEDORES, UM DELES É O SENHOR MARCELO SILVA ROCHA.

DA “PLANILHA INTIMAÇÃO MARCELO” FILTROU-SE TODOS OS LANÇAMENTOS REFERENTES ÀS TRANSAÇÕES COMERCIAIS REALIZADAS ENTRE O SENHOR MARCELO SILVA ROCHA E A EMPRESA COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS JOÃO NEIVA LTDA., NO VALOR TOTAL DE R\$ 512.821,00 (QUINHENTOS E DOZE MIL OITOCENTOS E VINTE E UM REAIS), NO PERÍODO DE 21 DE OUTUBRO DE 2011 A 21 DE MARÇO DE 2012. ESSA FILTRAGEM FOI COLOCADA NUMA PLANILHA DENOMINADA “PLANILHA INTIMAÇÃO MARCELO JOÃO NEIVA”.

OS LANÇAMENTOS DESCRITOS NA “PLANILHA INTIMAÇÃO MARCELO JOÃO NEIVA” REFEREM-SE AO TOTAL DE VENDAS DE ETANOL REALIZADAS PELO SENHOR MARCELO SILVA ROCHA PARA A EMPRESA COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS JOÃO NEIVA LTDA., SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL E SEM A TRIBUTAÇÃO DO ICMS.

(...)

Importante ressaltar, que no interregno entre os levantamentos fiscais e a lavratura do Auto de Infração, foram entregues diversas intimações para as empresas, e ainda, realizadas várias reuniões com os representantes das envolvidas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, do conjunto probatório evidencia-se a venda de etanol realizada pela Autuada para a Coobrigada, 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;

Opera na comercialização de combustíveis a regra do recolhimento do ICMS mediante a substituição tributária conforme prescreve o art. 6º da Lei Complementar nº 87/96:

Art. 6º. Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

§ 2º A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias ou serviços previstos em lei de cada Estado.

Alicerçada no dispositivos retro, a legislação mineira dispõe no art. 22 da Lei nº 6.763/75, a definição da ocorrência da substituição tributária:

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;

O RICMS/02, seguindo as previsões retrotranscritas, regulamentou a matéria na Parte 1 do Anexo XV, que amolda-se à matéria imputada mediante o estabelecido no art. 75, a saber:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 75. O adquirente ou destinatário que receber combustível sem a retenção ou com a retenção a menor do imposto devido a título de substituição tributária, ressalvadas as hipóteses previstas no art. 73, § 2º, desta Parte é responsável pelo respectivo pagamento, ainda que desobrigado o remetente.

Parágrafo único. A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao destinatário de mercadoria desacompanhada do comprovante de recolhimento, na hipótese em que o imposto deveria ter sido recolhido por ocasião da saída da mercadoria, por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais.

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, que assim dispõem:

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 desacompanhada 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:

(...)

Não há que se falar em violação ao princípio do não confisco em se tratando de multas que estão previstas na legislação estadual, efetivada nos exatos termos determinados pela Lei nº 6.763/75 e o Auto de Infração lavrado em estrito cumprimento das normas tributárias mineiras às quais se encontra o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, a teor do art. 110 do RPTA:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 110. 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 resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

(...)

Com relação à responsabilidade tributária dos Coobrigados, Sr Genil Mata da Cruz e Sra Lucimar Mata da Cruz Barbosa, cabe ressaltar que vários elementos comprovam o envolvimento dessas pessoas com as acusações fiscais ora analisadas.

Além do mais, dispõe a legislação, no art. 135, inciso III do 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 6763/75

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.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pelo Impugnante Marcelo Silva Rocha, sustentou oralmente o Dr. Edvardo Luz de Almeida e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marismar

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cirino Motta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Bernardo Motta Moreira (Revisor) e Regis André.

Sala das Sessões, 15 de setembro de 2015.

**Eduardo de Souza Assis
Presidente**

**Cindy Andrade Moraes
Relatora**

CC/MG