

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.994/15/1ª Rito: Sumário

PTA/AI: 01.000245263-88

Impugnação: 40.010137563-46, 40.010137718-41 (Coob.), 40.010137562-65 (Coob.)

Impugnante: Nanuque Transportes Rodoviários de Cargas Ltda. - ME
IE: 001602770.00-92
Gedeon Mata da Cruz (Coob.)
CPF: 869.183.706-34
Posto Fantoni Comércio de Combustíveis Eireli - EPP (Coob.)
IE: 372048127.00-50

Coobrigados: Flávio Venício Menezes Rocha
CPF: 754.600.506-00
Rafael Neves Pinto
CPF: 982.178.955-20

Proc. S. Passivo: Lucas Rezende Moss/Outro(s), Edvardo Luz de Almeida,
Orione Dias Queirós/Outro(s)

Origem: DEFIS/SUFIS/BH

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - ETANOL. Constatada, 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/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso II do citado dispositivo 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 e sem o recolhimento do imposto, no período de junho de 2012 a abril de 2013, constatada mediante análise das informações registradas nas mídias eletrônicas regularmente apreendidas.

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.

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”.

Inconformados, os Sujeitos Passivos, Posto Fantoni Comércio de Combustíveis - EPP (fls. 111/120), Nanuque Transportes Rodoviários de Cargas Ltda. (fls. 138/149) e Gedeon Mata da Cruz (fls. 157/201) apresentam, tempestivamente e por seus procuradores regularmente constituídos, suas Impugnações.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 206/239.

DECISÃO

Das Preliminares

Da verdade material, das provas, da exação, da busca e apreensão e do cerceamento do direito de defesa

Preliminarmente, os Impugnantes alegam 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 indevida busca e apreensão.

Da análise acurada da peça fiscal, verifica-se que o Auto de Infração foi 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.

Induidoso que o Autuado e os Coobrigados 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 escritório do Sr. Gedeon Mata da Cruz encontra-se respaldada no CTN, recepcionada pela Constituição Federal, 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por sua vez, a legislação tributária do Estado de Minas Gerais 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.

A documentação e os arquivos magnéticos foram apreendidos em decorrência do Mandado Judicial de Busca e Apreensão nº 1.0000.13.042907-9/000, mediante a lavratura dos Autos de Apreensão e Depósito e Autos de Copiagem 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.

Os arts. 69 e 71 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mercadorias, bens e documentos, inclusive de programas, meios e dados eletrônicos.

Parágrafo único. O Auto conterà 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 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 furtar às ações da Fiscalização.

É imperioso ressaltar que a copiagem ocorreu em cumprimento de um mandado judicial de Busca e Apreensão, expedido pelo 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, a 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, expediram-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.

Quanto à alegação da não devolução de documentos apreendidos, no caso da empresa Posto Gentil Teófilo Otoni Ltda - EPP, ora Impugnante, os livros contábeis encontram-se em poder da Fiscalização por força do inciso II, § 2º, art. 201 do RICMS/02, para comprovação dos ilícitos praticados.

Registre-se que todos os livros apreendidos foram escriturados eletronicamente e estes arquivos encontram-se na empresa para quaisquer consultas necessárias, e ainda, há a possibilidade, a qualquer tempo, de requerimento de cópia de toda a documentação, nos moldes das previsões legais vigentes.

Pelo exposto, rejeita-se as prefaciais arguidas.

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.

Afirmam que a Fiscalização desrespeitou o art. 70 do RPTA, pois iniciou a ação fiscal em 03/07/13 e somente a concluiu em 13/11/14, bem como não lançou a ação fiscal no livro RUDFTO. Alegam, 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 prazo foi estendido de 30 (trinta) para 75 (setenta e cinco) dias. Nesse período foram realizadas diversas reuniões com os representantes do Grupo.

Com a ampliação do prazo das intimações, houve a necessidade de prorrogar os AIAFs, a qual foi oficializada em agosto de 2014 mediante a entrega de novo 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.

As alegações de nulidade pela falta da busca da verdade real, ofensa aos princípios da reserva legal e do não confisco, e incorreta responsabilização dos sócios, confundem-se com a matéria meritória e dessa forma serão analisadas.

Da prova pericial

O Impugnante Gedeon Mata da Cruz pleiteia a produção de provas periciais. Para tanto, formula os quesitos de fls. 197/201.

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 dispondo 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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, somente pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

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

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 o Impugnante - Posto Fantoni Comércio de Combustíveis Ltda., restando ineficaz o resultado contábil a apurar com esta perícia, uma vez tratar-se da não comprovação da emissão da nota fiscal correspondente.

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.

Por fim, não vem ao caso a análise do *software* utilizado na apreensão e verificação dos arquivos eletrônicos, uma vez tratar-se de instrumento de exposição de dados apreendidos nos computadores do Grupo Gentil, dotado de mecanismos de controle da fidedignidade das informações internacionalmente aceitos.

Quanto ao PAF-ECF a perícia é desnecessária, pois não foi verificada fraude no aplicativo, somente sua desconexão com o bico no momento da sonegação fiscal.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 decorre da constatação de que a empresa Nanuque Transportes Rodoviários de Cargas forneceu etanol para a empresa Posto Fantoni Comércio de Combustíveis Ltda. sem o devido acobertamento de documentação fiscal e sem o recolhimento do ICMS/ST, no período de junho de 2012 a abril de 2013.

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 nas operações realizadas entre os Autuados 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;
- 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de Copiagens e Autenticações de Arquivos Digitais, documentos que se encontram no Anexo III do DVD intitulado Anexos do Auto de Infração (fls. 25).

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 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 (servidor) do escritório do Sr. Gedeon Mata da Cruz, em Governador Valadares, planilhas referentes aos movimentos de diversos postos do Grupo. Dessas planilhas foram filtradas todas as operações comerciais realizadas entre as empresas do Grupo Gentil e o Posto Fantoni Comércio de Combustíveis Ltda. e o resultado foi organizado na “Planilha Intimação Nanuque” que se encontra no Anexo V do DVD intitulado Anexos do Auto de Infração.

Mediante a análise dos dados compilados na planilha retromencionada, a Fiscalização selecionou todos os lançamentos que envolviam comercialmente a empresa Nanuque Transportes Rodoviários de Cargas e o Posto Fantoni Comércio de Combustíveis Ltda. e os organizou na “Planilha Intimação Nanuque” e “Termo de Intimação Nanuque Fantoni”, apresentadas no Anexo VI do DVD intitulado Anexos do Auto de Infração.

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 – Posto Fantoni Comércio de Combustíveis Ltda.

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 do Grupo Gentil e o Posto Fantoni Comércio de Combustíveis Ltda., chegando à conclusão de que ambos haviam ocultado a movimentação do etanol e, por conseguinte, deixado de recolher o ICMS/ST devido.

Segundo enumera a Fiscalização em sua manifestação:

“Já foi colocado no decorrer do texto, que os fatos contábeis descritos na “Planilha Intimação Nanuque-Fantoni” espelham a verdade do que ocorreu entre a

empresa Nanuque Transportes Rodoviários de Cargas Ltda.-ME e a empresa Posto Fantoni Comércio de Combustíveis Ltda naquele período.

As provas estão claras na documentação extrafiscal encontradas, que detalham as operações com etanol sem documentação fiscal de forma explícita, portanto não é preciso nenhum esforço para constatar as fraudes; os próprios controles financeiros e comprovantes de depósitos bancários, apreendidos e demonstrados em planilhas, vinculam a impugnante às operações e a sonegação do ICMS; e com seus detalhes, formam o conjunto de provas.

Ademais, a empresa argumenta que “a imputação além de inverossímil é absurda, pois não há como afirmar, a não ser através de presunção desmedida, de que supostos depósitos bancários, sejam venda de mercadorias sem nota fiscal.” (fl. 140). Ora, se a impugnante possui provas de que os depósitos bancários não constituem operações de mercadorias sem nota fiscal, deveria trazer ao fisco essas documentações. Temos que recordar que no dia 03/06/2014 a empresa Nanuque Transportes Rodoviários de Cargas Ltda. recebeu o “Termo de Intimação Nanuque”, (fls. 05 a.08 do PTA), oferecendo o prazo de 30 (trinta) dias para que apresentasse ao Fisco os documentos relacionados com as operações comerciais ocorridas entre o mesmo e os postos varejistas de combustível do Grupo Gentil, dentre eles o Posto Fantoni Comércio de Combustíveis Ltda. Esse prazo foi prorrogado a pedido verbal dos representantes do Grupo Gentil por mais noventa dias (fl.11) e mesmo assim o Impugnante não atendeu a intimação, não restando outra alternativa ao Fisco, a não ser a lavratura do Auto de Infração para cobrança do imposto e demais penalidades cabíveis.

Assim, não se tratam de presunções do Fisco como tenta aludir a Impugnante, mas sim fatos com farto material probatório que estão nos autos e que mostram que a Impugnante vendeu etanol ao Grupo Gentil sem documento fiscal.

(...)

Para corroborar que houveram transações sem acobertamento de documento fiscal, foram selecionados alguns arquivos encontrados na copiagem. Esses foram extraídos da imagem GE370109 do computador do supervisor dos postos do Grupo Gentil (Luiz/Henrique), e encontram-se no Anexo IV do DVD AI nº 01.000245263-88, fl. 25 do PTA), com o título: Provas das Fraudes Fiscais:

- files\410478.xlsx

- files\410472.xlsx

- - files\76127.xlsx

- - - - O arquivo files\410478.xlsx contém uma planilha com dados de compras de etanol com e sem notas fiscais. No corpo dessa planilha o supervisor explica a fraude realizada, e que o tipo de combustível vendido sem documento fiscal foi o etanol.

- O arquivo files\main74952 é uma mensagem eletrônica na qual o supervisor dos postos do grupo Gentil instrui uma funcionária de uma de suas empresas como proceder para manter camuflada a venda de etanol sem documentação fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Nos demais arquivos constam planilhas de controle de compras de etanol com e sem documentação fiscal, contendo duas abas: “Chegada EC”, onde EC significa Etanol Combustível, e “controle Volta”. Na aba “controle de volta” consta o número do bico que voltou o encerrante e a quantidade voltada. Para ver a data completa basta clicar na data descrita na planilha e observar a “Barra de fórmulas” do Excel. Nessa aparecerá a data no formato dia/mês/ano.

Dessa forma, não resta dúvida acerca da constatação, conforme a coluna “Histórico” da “Planilha Intimação Marcelo”, que as vendas para as empresas do Grupo Gentil eram pagas mediante depósito bancário na conta do vendedor, no Banco Sicoob Credinorte.”

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

Assim, do conjunto probatório evidencia-se a venda de etanol 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;

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 nesses dispositivos, o art. 22 da Lei nº 6.763/75 assim dispõe sobre a substituição tributária:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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 se amolda à matéria imputada mediante o estabelecido no art. 75, a saber:

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/ST e das Multas de Revalidação e Isolada com base no art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso I do mesmo artigo e no art. 55, inciso II, respectivamente, todos da 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.

(...)

§ 2º As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária;

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, uma vez que as multas estão previstas na Lei nº 6.763/75 e o Auto de Infração foi lavrado em estrito cumprimento das normas tributárias mineiras, às quais se encontra adstrito o Conselho de Contribuintes, a teor do art. 110 do RPTA:

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;

A Fiscalização elegeu, como sujeitos passivos da obrigação tributária, a empresa vendedora, a empresa destinatária, os sócios-administradores e o responsável de fato pela administração da empresa.

A responsabilidade tributária da empresa Nanuque Transportes Rodoviários de Cargas Ltda. deu-se em razão de ter vendido o etanol, e do Posto Fantoni Comércio de Combustíveis Ltda. de ter adquirido o combustível sem emissão de documentação fiscal e sem o recolhimento do ICMS/ST:

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" anexa 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

responsável pelo recolhimento da parcela devida ao Estado.

Com relação ao Sr. Gedeon Mata da Cruz, ao contrário do alegado em sua impugnação, no sentido de que teria sido incluído no polo passivo em razão de integrar o antigo quadro societário do Posto Fantoni Comércio de Combustível Ltda., foram outros os motivos que levaram a Fiscalização a incluí-lo no polo passivo da obrigação tributária: em primeiro lugar, todas as informações que levaram à presente autuação foram obtidas no *HARD Disc* do servidor apreendido em seu escritório; em segundo lugar, foi constatado, mediante exame do conteúdo dos computadores, que o Sr. Gedeon tem o controle financeiro de toda a empresa, já que paga boletos, taxas e impostos, dentre outros. Para ilustrar foram extraídas diversas transações e incluídas na planilha “Lançamentos que comprovam administração do Sr. Gedeon” (Anexo VII do DVD intitulado Anexos do Auto de Infração).

A responsabilidade tributária do Sr. Rafael Neves Pinto e do Sr. Flávio Venício Menezes Rocha decorre do fato de serem sócios-administradores da empresa Nanuque Transportes Rodoviários de Cargas Ltda. – ME.

A inclusão dos sócios-administradores, tal como no caso em exame, está autorizada pelo art. 135, inciso III do CTN e pelo 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.

Nessas condições, restando comprovadas as infrações apontadas pela Fiscalização, deve ser integralmente mantido o lançamento tributário.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª 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. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros Marco Túlio da Silva (Revisor) e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 08 de outubro de 2015.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Luciana Goulart Ferreira
Relatora**

IS/D

CC/MG