

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 5.634/22/CE Rito: Ordinário

PTA/AI: 01.001435076-20

Recurso de Revisão: 40.060154541-39, 40.060154381-41, 40.060154382-22 (Coob.), 40.060154390-59 (Coob.), 40.060154385-59 (Coob.), 40.060154387-11 (Coob.)

Recorrente: 2ª Câmara de Julgamento
Anglo American Minério de Ferro Brasil S/A
IE: 572740544.02-60
Luis Gonzaga Capitão Martins (Coob.)
CPF: 054.165.227-39
Luis Renato Lage Gonçalves (Coob.)
CPF: 708.882.486-87
Paulo Roberto Castellari Porchia (Coob.)
CPF: 131.643.078-29
Vicente de Paulo Galliez Filho (Coob.)
CPF: 704.531.107-97

Recorrido: Anglo American Minério de Ferro Brasil S/A, Luis Gonzaga Capitão Martins, Luis Renato Lage Gonçalves, Paulo Roberto Castellari Porchia, Vicente de Paulo Galliez Filho, Pedro Manuel Domingos Alexandre Borrego, Fazenda Pública Estadual

Proc. S. Passivo: JOÃO MANOEL MARTINS VIEIRA ROLLA/Outro(s)

Origem: DF/Juiz de Fora - 1

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA. Comprovado nos autos que não se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar o crédito tributário em relação a todo o período autuado, nos termos da contagem do prazo disposta no art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN). Reformada a decisão recorrida para restabelecer as exigências fiscais relativas ao período anterior a 28/11/14, que haviam sido canceladas.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ADMINISTRADOR - CORRETA A ELEIÇÃO. Os Coobrigados, diretores em atividade no período autuado, são responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75. Reformada a decisão recorrida.

Recursos de Revisão 40.060154381-41, 40.060154382-22, 40.060154385-59, 40.060154387-11 e 40.060154390-59 conhecidos à unanimidade e não providos por maioria de votos. Recurso de Revisão 40.060154541-39 conhecido à unanimidade e provido por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, mediante levantamento quantitativo de mercadorias, de que a Autuada deu entrada em energia elétrica desacoberta de documento fiscal no período de novembro a dezembro de 2014, tendo em vista que as notas fiscais de entrada existentes no período não acobertam toda a energia elétrica adquirida pelo estabelecimento em Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente de Contratação Livre (CCEALs).

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação do art. 56, inciso II e Multa Isolada do art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, essa última limitada conforme o § 2º, inciso I, do mesmo dispositivo legal.

Consta do lançamento que os diretores da Autuada, ao tempo das infrações, foram incluídos como Coobrigados pelo crédito tributário, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Inconformados, a Autuada e os Coobrigados apresentam, tempestivamente e por meio de procuradores irregularmente constituídos, Impugnação Conjunta às fls. 43/66, acompanhada dos documentos de fls. 67/190 e complementada posteriormente com os documentos de fls. 194/217, relativos à regularização da representação dos Sujeitos Passivos por procuradores.

Às fls. 218/219, a Administração Fazendária comunica os Coobrigados Pedro Manuel Domingos Alexandre Borrego e Luiz Gonzaga Capitão Martins da negativa de seguimento da Impugnação em relação a eles, por não ter sido sanada a irregularidade de representação apontada.

Inconformado, o Coobrigado Pedro Manuel Domingos Alexandre Borrego apresenta a Reclamação de fls. 221/226, acompanhada dos documentos de fls. 227/241.

Em julgamento realizado no dia 09/06/21, a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG **deferiu** a Reclamação apresentada, nos termos do Acórdão nº 23.798/21/3ª (fls. 253/257).

A decisão consubstanciada no Acórdão nº 23.167/22/2ª, quanto à prejudicial de mérito, pelo voto de qualidade, reconheceu a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário em relação ao período anterior a 28/11/14. Vencidos, em parte, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira (Relator) e Hélio Victor Mendes Guimarães, que não a reconheciam. No mérito, por maioria de votos, quanto às exigências remanescentes, julgou parcialmente procedente o lançamento para excluir o Coobrigado Pedro Manuel Domingos Alexandre Borrego do polo passivo da obrigação tributária. Vencido, em parte, o Conselheiro Marcelo Nogueira de Moraes, que excluía todos os Coobrigados. Designada relatora a Conselheira Gislana da Silva Carlos (Revisora).

Mediante declaração na decisão, foi interposto de ofício, pela 2ª Câmara de Julgamento, o presente Recurso de Revisão.

Inconformados, Autuada e Coobrigados também interpõem, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 350/357, afirmando que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes Acórdãos indicados como paradigmas: 23.254/19/1ª e 24.199/22/3ª.

Requerem, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revisão e, ainda, que seja negado provimento ao recurso da 2ª Câmara de Julgamento.

DECISÃO

Os fundamentos da prejudicial de mérito exposto no voto vencido do Conselheiro Luiz Geraldo de Oliveira foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação, mediante levantamento quantitativo de mercadorias, que a Autuada deu entrada em energia elétrica desacobertada de documento fiscal no período de novembro e dezembro de 2014, tendo em vista que as notas fiscais de entrada existentes não acobertam toda a energia elétrica adquirida pelo estabelecimento em contratos bilaterais (CCEALs).

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação do art. 56, inciso II e Multa Isolada do art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, essa última limitada conforme o § 2º, inciso I, do mesmo dispositivo legal.

Os diretores da Autuada ao tempo das infrações foram incluídos como Coobrigados pelo crédito tributário, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Recurso de Revisão da 2ª Câmara de Julgamento

No tocante ao Recurso de Revisão interposto de ofício pela 2ª Câmara de Julgamento, verifica-se que seu objeto tem por origem a decisão prevalente, pelo voto de qualidade, que reconheceu a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário em relação ao período anterior a 28/11/14.

Nesse contexto, adota-se a seguir o parecer da Assessoria, que trouxe a análise devida para o caso.

A Impugnante pleiteia que seja considerado decaído o direito de lançar, relativamente aos fatos geradores anteriores a 26/11/14, por entender ser aplicável o disposto no art. 150, § 4º, do CTN.

A Fiscalização refuta o argumento e entende ser aplicável ao caso o art. 173, inciso I, CTN, não estando decaído o direito de constituir o crédito tributário.

Observe-se os dois dispositivos citados:

CTN

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º **Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador;** expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, **salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.**

(...)

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública **constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:**

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(...)

(Destacou-se)

Conforme estabelece o art. 150, § 4º, do CTN, se a lei não fixar prazo à **homologação**, ele será de 5 (cinco) anos, **contados da ocorrência do fato gerador**. Expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário, salvo a **comprovação** de ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Por outro lado, o art. 173, inciso I, determina que o direito da Fazenda Pública à **constituição** do crédito tributário extingue-se também em 5 (cinco) anos, mas **contados do primeiro dia do exercício seguinte** àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

O termo “homologação” representa aqui, o ato expresso ou tácito pelo qual a autoridade tributária administrativa confirma ou ratifica, em momento posterior, outro ato pelo qual o contribuinte antecipou o pagamento do tributo sujeito a lançamento por homologação, sem o prévio exame dessa autoridade administrativa.

Por outro lado, o termo “constituir” pode ser definido como a atividade administrativa vinculada, pela qual a autoridade tributária efetua o lançamento, mediante verificação da ocorrência do fato gerador, identificação da quantia devida e do sujeito passivo e, sendo o caso, propõe a aplicação das penalidades cabíveis, apurando o crédito tributário a ser recolhido.

Assim, quando se fala de imposto devido em uma determinada competência mensal, decorrente do confronto entre os débitos pelas saídas e os créditos pelas entradas desse período, há duas possibilidades diferentes:

- 1) nas competências em que o contribuinte antecipa parcialmente o recolhimento do ICMS mensal devido, como regra, o prazo para que a Fiscalização **homologue** o recolhimento e exija a parcela não recolhida do imposto encerra-se em 5 (cinco) anos, contados da data do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, salvo comprovação de fraude, dolo ou simulação;
- 2) nas competências em que não houve recolhimento antecipado de qualquer valor relativo ao ICMS mensal ou, se mesmo tendo havido um pagamento parcial, restar comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o prazo para que a Fiscalização **constitua** o crédito tributário devido encerra-se em 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Esse é, inclusive, o entendimento esposado pelo STJ, ao decidir, na sistemática dos Recursos Repetitivos do art. 543-C do CPC/73 (hoje, art. 1.036 do CPC/15), o Recurso Especial (RESP) nº 973.733, publicado em 18/09/09, como o Tema Repetitivo nº 163 (*decisão vinculante para o Poder Judiciário*):

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, E 173, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.

O PRAZO DECADENCIAL QÜINQUÊNAL PARA O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO (LANÇAMENTO DE OFÍCIO) CONTA-SE DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO EFETUADO, NOS CASOS EM QUE A LEI NÃO PREVÊ O PAGAMENTO ANTECIPADO DA EXAÇÃO OU QUANDO, A DESPEITO DA PREVISÃO LEGAL, O MESMO INOCORRE, SEM A CONSTATAÇÃO DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO DO CONTRIBUINTE, INEXISTINDO DECLARAÇÃO PRÉVIA DO DÉBITO (PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO: RESP 766.050/PR, REL. MINISTRO LUIZ FUX, JULGADO EM 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AGRG NOS ERESP 216.758/SP, REL. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, JULGADO EM 22.03.2006, DJ 10.04.2006; E ERESP 276.142/SP, REL. MINISTRO LUIZ FUX, JULGADO EM 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

(...)

(GRIFOU-SE)

No caso em tela, a discussão a respeito da decadência cinge-se às exigências relativas ao período **anterior a 28/11/14** (e não 26/11/14, como afirma a Defesa), tendo em vista que a notificação do lançamento ocorreu em **28/11/19** (“Aviso de Recebimento – AR” – fls. 30 do PTA).

Analisando os recolhimentos de ICMS do período apresentados pela Impugnante (“Doc. 04” – fls. 108/133), verifica-se que nenhum dos documentos refere-se a pagamento de imposto devido mensalmente pelas operações e prestações realizadas (campo 99 da DAPI Modelo 1). Todos os documentos estão vinculados a pagamento de Diferencial de Alíquotas, em entradas decorrentes de operações interestaduais.

Como bem salienta a Fiscalização, os recolhimentos avulsos relativos à Diferencial de Alíquotas **não** representam antecipação de pagamento do imposto devido mensalmente pelas operações e prestações realizadas. Inclusive eles integram rubrica distinta na DAPI (campo 100 da DAPI Modelo 1).

Esses valores não compõem os débitos e créditos confrontados mensalmente para se apurar o ICMS devido pelas operações e prestações realizadas e não se referem às operações envolvidas na autuação, quais sejam, aquelas decorrentes das liquidações realizadas no MCP da CCEE, especialmente o estorno de crédito não realizado pelo Sujeito Passivo.

Assim, no período autuado, no qual não houve antecipação de recolhimento do ICMS devido mensalmente (ICMS/OP), não há o que se homologar, razão pela qual a decadência do direito de constituir o crédito tributário teve seu marco inicial (*dies a quo*) em 1º/01/15 e seu marco final (*dies ad quem*) em 31/12/19.

Tendo sido o lançamento notificado à Autuada em 28/11/19, não há que se falar em decadência do direito de constituir o crédito tributário.

Recurso de Revisão da Autuada

Inicialmente, mencione-se que os acórdãos paradigmas apresentados pela Contribuinte recorrente serão aqui utilizados como argumentos do mérito e provimento, ou não, do recurso, haja vista que a análise do seu conhecimento encontra-se superado, sendo fato incontestável advinda da decisão da Câmara *a quo* pelo voto de qualidade (art. 163, inciso I e § 5º do RPTA).

A Recorrente, em seu recurso, se insurge contra a responsabilidade tributária imposta pelo Fisco às pessoas físicas, denominadas Coobrigadas.

Defende, em síntese, que não basta o simples exercício do cargo de gestão para que haja a responsabilização solidária nos termos dos dispositivos elencados no Auto de Infração, “*reputando-se imprescindível que exista a imputação e **comprovação** de prática de atos com excesso de poderes (sic) ou infração de lei, contrato social ou estatutos. (...) Não há, no Relatório fiscal ou no Acórdão recorrido, menção a quaisquer supostas práticas de atos pelos diretores relacionados que tenham repercutido no suposto descumprimento da obrigação tributária*”.

Entretanto, a inclusão dos diretores remanescentes no polo passivo da obrigação tributária encontra-se correta e devidamente tipificada no Auto de Infração,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

nos termos do art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e do art. 135, inciso III, do CTN, em decorrência dos fatos constatados na presente ação fiscal (dar entrada em mercadoria desacobertada de documento fiscal):

Lei nº 6.763/75

Art. 21 - São **solidariamente responsáveis** pela obrigação tributária:

(...)

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

(...)

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

(...)

CTN

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

(...)

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

(...)

(Destacou-se)

Assim, quando existe infração à lei tributária, há responsabilidade solidária dos administradores da empresa (diretores), na dicção do art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, supra, que tem o mesmo alcance do art. 135, inciso III, do CTN.

Desse modo, respondem solidariamente pelo crédito tributário em exame os diretores, que são aqueles que efetivamente participam das deliberações e dos negócios da empresa e, no caso dos autos, vê-se que há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária, consistentes em dar entrada em mercadoria desacobertada de documento fiscal, com consequente falta de recolhimento do ICMS relativo a tais operações.

Saliente-se que, no caso da presente atuação, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que redundou na responsabilidade tributária

dos Coobrigados, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, quando do recebimento de energia elétrica sem documento fiscal.

Os Recorrentes entendem que a justificativa para manutenção dos Coobrigados foi apenas jurídica, sem qualquer avaliação fática.

No entanto, a infração dos autos, consistente em dar entrada em energia elétrica desacobertada de documento fiscal, constitui, por si só o elemento fático a sustentar o procedimento fiscal.

Sendo o diretor, responsável pela gestão da empresa e pelas decisões a ela relativas, cabe a ele diretamente a opção dada de receber energia elétrica sem documento fiscal.

No tocante à decisão contida no Acórdão 23.254/19/1ª trazida pela Autuada como base de sustentação de seus argumentos, veja-se que o caso ali discutido constitui matéria totalmente diversa desta. Naquele lançamento, a infração constatada refere-se a falta de recolhimento, por empresa do Simples Nacional, da antecipação do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestadual, justificando a conclusão da Câmara de que “o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”.

Reitera-se, no caso ora tratado, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei, para o efeito de extensão da responsabilidade tributária aos referidos Coobrigados, e sim a ação de dar entrada de energia elétrica sem documento fiscal, causando prejuízo à Fazenda Pública mineira.

Lado outro, a Recorrente menciona que “conforme se comprova dos atos constitutivos acostados nos autos, os Srs. Paulo Roberto Castellari Porchia, Vicente de Paulo Galliez Filho e Luis Renato Lage Goncalves, somente exerceram a função de diretores a partir de 04 de maio de 2015, fato que, por si só, ilide a pretensão da auditoria de responsabilizá-los por fatos geradores ocorridos no período autuado (...)”

Não obstante, os documentos mencionados fazem prova contrária à pretensão da Recorrente.

Conforme a Ata da Assembleia Geral Extraordinária da data mencionada pela Defesa, os três diretores citados já exerciam a função de diretores naquela data, tendo sido apenas reeleitos, conforme faz prova o documento em questão, especialmente a parte constante de fl. 98.

Ademais, em contraposição ao alegado pela Recorrente, a Fiscalização fez constar dos autos, fls. 268, comprovação, a partir de dados do Fisco Federal, dos períodos em que cada um deles atuou como diretor da Autuada, ratificando a correção da decisão da Câmara a quo.

Por fim, quanto ao Acórdão 24.199/22/3ª, também destacado, ele em nada sustenta a tese da Recorrente. Pelo contrário, sustenta o fato de que os diretores em atividade no período autuado são responsáveis solidários no caso da infração em tela: dar entrada de energia elétrica sem documento fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer dos Recursos de Revisão. No mérito, quanto aos Recursos n°s 40.060154381-41 - Anglo American Minério de Ferro Brasil S/A, 40.060154382-22 - Luis Gonzaga Capitão Martins, 40.060154385-59 - Paulo Roberto Castellari Porchia, 40.060154387-11 - Vicente de Paulo Galliez Filho e 40.060154390-59 - Luis Renato Lage Gonçalves, por maioria de votos, em lhes negar provimento. Vencidos os Conselheiros Thiago Álvares Feital (Revisor) e Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich, que lhes davam provimento, nos termos do voto vencido do Conselheiro Marcelo Nogueira de Moraes. Quanto ao Recurso n° 40.060154541-39 - 2ª Câmara de Julgamento, por maioria de votos, em lhe dar provimento, para restabelecer as exigências relativas ao período anterior a 28/11/14, nos termos do voto vencido do Conselheiro Luiz Geraldo de Oliveira. Vencidos os Conselheiros Thiago Álvares Feital (Revisor) e Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich, que lhes negavam provimento, nos termos do acórdão recorrido. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Thiago Álvares Feital (Revisor), Cindy Andrade Moraes, Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich e André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 30 de setembro de 2022.

Ivana Maria de Almeida
Relatora

Geraldo da Silva Datas
Presidente