

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.359/14/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000186977-45
Impugnação: 40.010134314-55
Impugnante: Preservar - Madeira Reflorestada Ltda
IE: 758885316.00-49
Coobrigados: José Anthero Bragatto
CPF: 832.580.607-97
Rubens Teodoro da Costa
CPF: 102.274.076-87
Proc. S. Passivo: Fábio Mello Doffini/Outro(s)
Origem: DFT/Manhuaçu

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - DIRETORES - ELEIÇÃO ERRÔNEA. Exclusão dos diretores da Impugnante da condição de Coobrigados da obrigação tributária por não restar caracterizado o encerramento irregular do estabelecimento, nos termos do art. 3º, inciso I da Instrução Normativa SCT n.º 01/06. Ademais, não restou comprovado que os diretores tenham praticado quaisquer atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto, circunstância exigida pelo art. 135 do Código Tributário Nacional. Excluídos os Coobrigados do polo passivo da obrigação tributária.

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - DESTINATÁRIO NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO - OPERAÇÃO INTERESTADUAL. A apuração ocorreu mediante a conferência das notas fiscais de saída quando se verificou a aplicação da alíquota interestadual em notas fiscais cujos destinatários não eram contribuintes do imposto. Contudo, diante dos argumentos impugnatórios, a própria Fiscalização constatou que alguns destinatários eram produtores rurais, sendo correta a aplicação da alíquota interestadual nas operações a eles destinadas. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Mantidas as exigências remanescentes de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 54, inciso VI.

NOTA FISCAL – FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. Imputação fiscal de falta de destaque do ICMS nas notas fiscais de saída. Crédito Tributário reformulado pelo Fisco para exclusão das exigências, por se tratarem de operações amparadas pela isenção.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

Versa o presente lançamento acerca da imputação fiscal de falta de recolhimento ou recolhimento a menor o ICMS, no período de janeiro a novembro de 2007, tendo em vista a emissão de notas fiscais de saída com alíquotas erradas e/ou sem destaque do ICMS.

Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Multa Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II, e, 54, inciso VI.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 62/63, em síntese, sob os seguintes argumentos:

- atua no seguimento de "Serrarias sem desdobramento de Madeira";
- em 03 de dezembro de 2012 recebeu a visita do Auditor Fiscal da Receita Estadual, e este, de posse do Auto de Início de Ação Fiscal n.º 313.2012.079, iniciou fiscalização na empresa;
- todas as notas fiscais emitidas alvos do Auto de Infração são referente a postes de eucalipto, mourões de eucalipto, e peças de eucalipto;
- ao afirmar a ocorrência de recolhimento a menor ou ausência de recolhimento do ICMS sobre as operações de saídas, a Fiscalização não considerou se tratarem, em alguns casos, de operações interestaduais e de saídas acobertadas por benefícios fiscais, conforme especificado nas próprias notas fiscais emitidas;
- elabora uma tabela para demonstrar o motivo da falta de destaque do imposto ou da utilização da alíquota interestadual para cada nota fiscal objeto da autuação.

Ao final, solicita a suspensão do Auto de Infração por não haver coerência nas cobranças efetuadas.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco manifesta-se às fls. 117/120 refutando os argumentos da peça de defesa, em resumo, aos seguintes argumentos:

- transcreve o Decreto n.º 43.827/04, que institui o Programa Luz no Campo que concede isenção de ICMS nas operações com mercadorias destinadas ao programa e, adquiridas pela CEMIG para sustentar que sua vigência, foi apenas até 31 de dezembro de 2006 e a autuação refere-se ao período de janeiro a novembro de 2007;
- as alíquotas interestaduais só valem quando a venda de mercadoria for feita para pessoas jurídicas e que separou e autuou notas fiscais emitidas para pessoas físicas que deveriam ser emitidas com alíquotas internas.

Ao final, pede a procedência do lançamento.

Da Instrução Processual

Tendo em vista a juntada de documentos, o Fisco reabre prazo de 05 (cinco) dias para vista dos autos (fls. 134/137).

A Impugnante retorna aos autos, às fls. 138/143, apresentando os dados dos adquirentes descritos nas notas fiscais para concluir que, embora estejam lançadas inscrições no CPF, estes são produtores rurais. Afirma, ainda, que o Decreto n.º 43.827/04 sofreu várias renovações e estava em vigor.

O Fisco também se manifesta novamente, às fls. 148/150, afirmando que, diante das novas informações trazidas pela Impugnante procedeu a verificação no Sintegra da condição de produtor rural conseguindo apurar três contribuintes nesta situação. Afirma também que a Impugnante tem razão quanto à prorrogação da isenção das operações destinadas ao Programa Luz no Campo.

A partir de tais conclusões, o Fisco reformula o crédito tributário às fls. 151/152 e junta os documentos de fls. 153/155.

Da Inclusão de Novo Número de Recurso Administrativo

À fl. 159 o Fisco esclarece que, por motivo de exclusão e não de encerramento do recurso administrativo não foi possível o retorno ao número antigo tendo sido incluído novo número.

Às fls. 160/162 é apresentada nova manifestação fiscal com o mesmo conteúdo da manifestação de fls. 148/150.

Da Nova Instrução Processual

Às fls. 166/168 e 172/174 a Impugnante e os Coobrigados são intimados a ter vista dos autos.

A 169 é anexado Termo de Rerratificação do Auto de Infração

Da Impugnação do Coobrigado

O Coobrigado Rubens Teodoro da Costa comparece aos autos às fls. 176/177 arguindo, em síntese:

- tomou ciência de que era alvo de cobrança pelo Ofício 168/2013, ou seja, mais de cinco anos após o evento;

- a contagem do lapso temporal prescricional se inicia no momento da constituição definitiva do débito, sendo interrompido pela citação pessoal feita ao devedor, nos termos do art. 174 do Código Tributário Nacional, o que, neste caso, se deu apenas em 2013;

- a Preservar - Madeira Reflorestada Limitada resultou de uma sociedade entre a Acesita Energética Limitada (hoje, Aparam Bioenergia) e a Ceima, empresa espiritosantense que laborava no ramo de serraria e tratamento de madeira e ficou responsável pelas operações da Preservar, enquanto a Acesita Energética se encarregava de supri-la de madeira de eucalipto;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- participou da direção da Preservar até 31 de julho de 2007, época em que se aposentou, sem nunca ter recebido qualquer remuneração da empresa, considerando que o tempo despendido com ela era irrisório;

- exercia tal atividade concomitantemente com a presidência da Acesita Energética;

- sendo a Preservar uma empresa substancialmente menor que a Acesita Energética, e localizada em cidade distante, é óbvio que não tinha como participar da administração diuturna daquela;

- a atuação na Preservar restringia-se a uma reunião mensal na sede da empresa, onde eram tratados assuntos de maior alcance, como a execução orçamentária e o planejamento da empresa;

- a gerência-geral ficava a cargo de Oilder Marchezini, ex-funcionário da Ceima, geralmente sob supervisão de José Anthero Bragatto, sócio da Ceima;

- por razões ignoradas, a substituição formal na subsidiária só veio a ocorrer em 11 de setembro de 2007, conforme a décima-segunda alteração contratual da empresa, registrada na Junta Comercial de Minas Gerais sob o número 3802695;

- as ocorrências listadas no anexo ao ofício da Fazenda cobrem o período de fevereiro a novembro de 2007.

Ao final, pede sua exclusão do processo.

Da Instrução Processual

Às fls. 181/182 a Impugnante é intimada a apresentar documento comprovando o desligamento da Acesita Energética em 31 de julho de 2007 e a Décima Segunda alteração contratual da Preservar Madeira Reflorestada.

São anexados os documentos de fls. 183/191.

Da Manifestação Fiscal em relação à Impugnação do Coobrigado.

O Fisco retorna aos autos, às fls. 192/194, refutando os argumentos apresentados na impugnação do Sr. Rubens Teodoro da Costa, em resumo aos fundamentos seguintes:

- o Senhor Rubens não apresentou a documentação comprobatória referente às afirmativas postas, o que resultou no Termo de Intimação n.º 746/13;

- a Escritura Pública de Procuração, datada de 31 de maio de 2006, porém com carimbos de autenticação no 1º Tabelionato de Notas de Ipatinga em 24 de novembro de 2006, confirma que o Sr. Rubens Teodoro da Costa estava na administração da empresa no início do ano de 2007;

- a Décima Primeira Alteração Contratual da sociedade Preservar Madeira Reflorestada Ltda protocolada na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais, em 02 de julho de 2007, na Cláusula Sétima, parágrafo único, descreve que os sócios da empresa ratificam a nomeação dos Srs. Rubens Teodoro da Silva e Sr. José Anthero Bragatto para administrá-la e gerencia-la;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- na Ata da Reunião 003/07, realizada em 10 de setembro de 2007, da Acesita Energética Ltda., os sócios quotistas aprovaram a destituição do Senhor Rubens Teodoro da Costa dos cargos de Diretor e Diretor Presidente;

- na Décima Segunda Alteração Contratual da sociedade Preservar Madeira Reflorestada Ltda, ocorrida em 10 de setembro de 2007, houve alteração contratual na gerência e administração da sociedade nomeando os senhores Marcos Andrade Lessa e José Anthero Bragatto;

- diante desses documentos oficiais, o Sr. Rubens Teodoro da Silva tem razão em parte do pleito requerido porque a autuação é referente ao período de janeiro a novembro de 2007, sendo que ele estava na administração da empresa até o dia 10 de setembro de 2007, portanto na maior parte do período autuado e sendo parte do polo passivo da obrigação tributária principal;

- o Termo de Rerratificação explica o fato que o Sr. Rubens Teodoro não faz parte do polo passivo do Auto de Infração no período de outubro a novembro de 2007;

- considerando que os demais itens da peça fiscal permanecem inalterados, procede-se a intimação dos responsáveis solidários, com reabertura dos prazos legais para, inclusive, pagamento/parcelamento com as reduções previstas na legislação.

Da Instrução Processual

São juntados os documentos de fls. 195/198 e 202/208 e intimados todos os envolvidos conforme documentos de fls. 199/200, 209/211 e 217/219.

Apenas o Coobrigado Rubens Teodoro da Costa retorna aos autos, às fls. 224/235, reiterando e aditando sua impugnação, em síntese, aos seguintes fundamentos:

- que foi incluído no polo passivo da autuação fiscal com José Anthero Bragatto, com base no art. 21, §2º, II da Lei n.º 6.763/75;

- somente foi intimado do Auto de Infração em 31 de janeiro de 2013;

- a totalidade do crédito tributário lançado encontra-se extinta pelo decurso do prazo decadencial, o que impõe o cancelamento integral do Auto de Infração, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional e das recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça;

- no presente caso, não há dúvida de que, nos termos do Auto de Infração, houve recolhimento parcial do imposto, conforme se extrai do próprio quadro demonstrativo do crédito tributário elaborado pela Fiscalização;

- considerando que o devedor principal, empresa Preservar Madeira Reflorestada Ltda, tomou ciência do lançamento no dia 30 de janeiro de 2013, não há dúvida de que os créditos tributários relativos a fatos geradores ocorridos no período de 02 de fevereiro a 26 de julho de 2007 encontram-se extintos pela decadência;

- sua inclusão na condição de coobrigado não merece prosperar, pois não há qualquer evidência, nem se procurou comprovar, que tenha agido com dolo que justificasse sua responsabilização;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- reitera a situação fática que permeia a sua relação com a empresa Preservar Madeira Reflorestada Ltda, devedora principal;

- no presente caso não estão presentes quaisquer dos pressupostos do art. 135 do Código Tributário Nacional para sua responsabilização, eis que ausente a prática de atos com excesso de poderes ou com violação à lei ou estatuto social;

- cita jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio/gerente/diretor;

- está confirmada a ilegalidade da inclusão no polo passivo do Sr. Rubens Teodoro da Costa, tendo em vista a ausência de comprovação das práticas das irregularidades previstas no art. 135 do Código Tributário Nacional, mostrando-se imprescindível a sua exclusão do polo passivo da presente autuação fiscal;

- com relação à comprovação da matéria de fundo concernente à regularidade das vendas realizadas pela Preservar Madeira Reflorestada Ltda aos produtores rurais, não possui acesso à documentação fiscal/contábil da empresa, tendo em vista seu desligamento da mesma.

Ao final, reitera a defesa anteriormente apresentada e requer o cancelamento integral do crédito tributário, em razão da extinção do crédito pela decadência e, caso ultrapassada essa questão, que seja determinada sua exclusão do polo passivo.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco volta a se manifestar às fls. 242/244 destacando que o Auto de Infração foi publicado no “Minas Gerais” de 28 de dezembro de 2012 dentro do prazo decadencial e que a exclusão do Sr. Rubens Teodoro da Costa deve se dar parcial, conforme Termo de Rerratificação de fl. 202.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do presente lançamento o qual versa sobre a imputação fiscal de que a ora Impugnante – Preservar Madeira Reflorestada Ltda, teria deixado de recolher ou recolhido a menor o ICMS referente ao período de janeiro a novembro de 2007.

A apuração ocorreu mediante conferência das notas fiscais de saída, quando o Fisco verificou que as estas haviam sido emitidas com alíquotas erradas e/ou sem destaque do ICMS, portanto sem o recolhimento do imposto.

Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Multa Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 54, inciso VI.

Da Sujeição Passiva

O Sr. Rubens Teodoro da Costa e Sr. José Anthero Bragatto foram incluídos no polo passivo da autuação fiscal com base no art. 21, § 2º, inciso II da Lei n.º 6.763/75, que assim dispõe:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Inicialmente é importante destacar que, no caso dos autos, não está comprovado o encerramento irregular das atividades da Impugnante.

O Superior Tribunal de Justiça vem consolidando jurisprudência no sentido de que apenas quando há infração à lei, os sócios-gerentes, administradores e outros respondem pela obrigação tributária como no AgRg no Ag 775621/MG, julgado em 2007, relator Ministro José Delgado, nos seguintes termos:

OS BENS DO SÓCIO DE UMA PESSOA JURÍDICA COMERCIAL NÃO RESPONDEM, EM CARÁTER SOLIDÁRIO, POR DÍVIDAS FISCAIS ASSUMIDAS PELA SOCIEDADE. A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA IMPOSTA POR SÓCIO-GERENTE, ADMINISTRADOR, DIRETOR OU EQUIVALENTE SÓ SE CARACTERIZA QUANDO HÁ DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE OU SE COMPROVA INFRAÇÃO À LEI PRATICADA PELO DIRIGENTE.

Ademais, para efeito da responsabilização, importante distinguir se foi à sociedade ou o seu administrador que praticou o fato gerador que originou a obrigação tributária, sendo que o administrador só poderá ser responsabilizado se houver praticado o fato gerador de forma que exceda os seus poderes de administração. Neste caso, a sua responsabilidade será exclusiva.

O art. 135 do Código Tributário Nacional só encontra aplicação quando o ato de infração à lei societária, contrato social ou estatuto cometido pelo administrador for realizado à revelia da sociedade.

Neste sentido, veja-se o que determina o citado art. 135, *in verbis*:

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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Preservar Madeira Reflorestada Ltda, sediada em Santana do Paraíso/MG, resultou da associação entre as empresas Acesita Energética Ltda (atualmente denominada Aperam Bioenergia, sediada em Timóteo/Minas Gerais) e a Ceima, localizada no Estado do Espírito Santo. Esta última, que atuava no ramo da serraria e tratamento de madeira, ficou responsável pelas operações da Preservar, enquanto a Acesita Energética se encarregava de supri-la de madeira de eucalipto.

O Sr. Rubens Teodoro da Costa era Presidente da empresa Acesita Energética, tendo se aposentado em 31 de julho de 2007. Tendo em vista a participação da Acesita na empresa Preservar, o Sr. Rubens Teodoro da Costa participava da direção dessa última empresa e, segundo sua informação, não refutada pelo Fisco, sem receber qualquer remuneração pelos serviços prestados. Portanto, sua atuação se restringia a uma reunião mensal na sede da empresa, onde eram tratados assuntos de maior amplitude, como a execução orçamentária e o planejamento da sociedade.

Diante da aposentadoria em 31 de julho de 2007, o Sr. Rubens Teodoro da Costa também deixou as atividades relacionadas à direção da empresa Preservar Madeira Reflorestada Ltda. Este fato está inclusive confirmado nos autos pela Fiscalização, tanto que ela mesma decotou a responsabilidade do Sr. Rubens Teodoro da Costa no período posterior a essa data.

Em relação ao Sr. José Anthero Bragatto, embora este não apresentado impugnação, também não há nos autos provas de atos de sua gestão que levaram à ocorrência da falta ou pagamento a menor do imposto.

Voltando ao art. 135 do Código Tributário Nacional, cumpre analisar a possibilidade, diante dos fatos postos, da imputação da responsabilidade tributária aos Coobrigados. Citada norma determina que a responsabilidade dos gerentes, diretores ou equivalentes, se dará na hipótese de comprovação de que os mesmos agiram com excesso de poderes ou por meio de ilícitos, tornando estes solidariamente responsáveis pelos créditos tributários em aberto.

No presente caso não estão presentes quaisquer dos pressupostos exigidos pelo art. 135 do Código Tributário Nacional para a responsabilização dos Coobrigados, eis que ausentes provas de prática de atos com excesso de poderes ou com violação à lei ou estatuto social.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio/gerente/diretor, prevista no art. 135 do Código Tributário Nacional, sendo indispensável que os administradores tenham agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa:

TRIBUTÁRIO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO NÃO PAGO PELA SOCIEDADE. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO SÓCIO. ART. 135 DO CTN

1. NOS TERMOS DA JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DESTA CORTE, É CABÍVEL EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE EM EXECUÇÃO FISCAL

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PARA ARGUIR A ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM, DESDE QUE NÃO SEJA NECESSÁRIA A DILAÇÃO PROBATÓRIA.

2. A PRIMEIRA SEÇÃO, NO JULGAMENTO DO RESP 1.101.728/SP, REI. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS, CONSOLIDOU ENTENDIMENTO SEGUNDO O QUAL "A SIMPLES FALTA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO NÃO CONFIGURA, POR SI SÓ, NEM EM TESE, CIRCUNSTÂNCIA QUE ACARRETA A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO SÓCIO, PREVISTA NO ART. 135 DO CTN. É INDISPENSÁVEL, PARA TANTO, QUE TENHA AGIDO COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO À LEI, AO CONTRATO SOCIAL OU AO ESTATUTO DA EMPRESA". AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(AGRG NO RESP 1265515 / AP, RELATOR MINISTRO HUMBERTO MARTINS, ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA TURMA, DATA DO JULGAMENTO: 14/02/2012, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE: DJE 23/02/2012)

Diante do exposto, devem ser excluídos os Coobrigados do polo passivo uma vez não ter restado provado nos autos qualquer ato pessoal destes que tenha gerado a falta de recolhimento do imposto e tendo em vista que a empresa continua funcionando normalmente.

Do Mérito Propriamente Dito

A acusação fiscal é de falta de recolhimento e recolhimento a menor do ICMS em face da falta de destaque do imposto ou da utilização da alíquota interestadual de forma indevida.

A empresa Preservar Madeira Reflorestada Ltda apresentou impugnação em 31 de janeiro de 2013, alegando que ao auditar as notas fiscais do período de 2007, relativas à venda de postes de eucalipto, mourões de eucalipto e peças de eucalipto, a Fiscalização Estadual desconsiderou que alguns casos se tratavam de operações interestaduais e outros estariam acobertados por benefícios fiscais (isenção do ICMS decorrente do Programa Luz no Campo e Energia, conforme Decreto n.º 43.827/04).

Após a apresentação da referida impugnação, o processo foi enviado para manifestação fiscal, oportunidade em que a Fiscalização demonstrou entendimento de que o Programa Luz no Campo somente teria isentado as operações realizadas até 31 de dezembro de 2006 e informou que a alíquota interestadual somente estaria correta em casos de venda interestadual realizadas a pessoas jurídicas, o que não era o caso.

Intimada acerca da manifestação fiscal acima narrada, a empresa Preservar Madeira Reflorestada Ltda retornou aos autos informando que as notas fiscais, objetos da autuação fiscal, foram emitidas em nome de produtores rurais, com regular inscrição no CPF. Além disso, informou que o Programa Luz no Campo foi prorrogado com base na edição de decretos posteriores, sendo correta a fruição do benefício no ano-calendário de 2007.

Novamente enviado o processo para a manifestação fiscal, a Fiscalização informou que somente em relação a 03 (três) contribuintes foi possível comprovar a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inscrição estadual na condição de produtor rural e confirmou a prorrogação do Programa Luz no Campo, reformulando, parcialmente, o crédito tributário.

A partir desses fatos, o Sr. Rubens, Coobrigado, apresentou impugnação nos autos alegando a decadência para a cobrança do crédito autuado e, além disso, explicou sua relação com a Preservar Madeira Reflorestada Ltda.

Assim, em relação ao mérito, cabe analisar a arguição de decadência do direito da Fazenda Pública Estadual constituir o presente crédito tributário.

A alegação defensiva é no sentido de que se operou a decadência nos termos do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional que assim determina:

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.

Contudo, afasta-se a suposta violação ao retro transcrito art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, pois se trata aqui de lançamento de débito fiscal originário da cobrança decorrente de falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS, por utilização considerada indevida pela Fiscalização de alíquota interestadual e de isenção.

O Fisco Estadual busca a cobrança do tributo relativa ao período de janeiro a novembro de 2007.

O lançamento por homologação, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, e opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo contribuinte expressamente a homologa.

Na modalidade de lançamento por homologação, a apuração dos pressupostos fáticos, da base de cálculo e do pagamento da exação deverá ser efetuada pelo sujeito passivo, prévia, autônoma e independentemente de qualquer iniciativa do Fisco.

Nesta modalidade, o contribuinte, ou o responsável tributário, conforme o caso, deve realizar o pagamento antecipado do tributo, antes de qualquer procedimento administrativo, ficando a extinção do crédito tributário condicionada à futura homologação, expressa ou tácita, pela autoridade competente.

Outra hipótese, entretanto, é aquela em que o sujeito passivo não cumpre, ou cumpre de modo diverso do entendimento do Fisco, com suas obrigações. Assim ocorrendo, a atividade a ser praticada pelo Fisco não poderá ser caracterizada apenas como homologação, já que esta pressupõe a existência de providências adotadas pelo contribuinte passíveis de confirmação pela autoridade administrativa.

Afastando-se a hipótese de homologação e, por conseguinte, aplicando-se as disposições relativas ao lançamento de ofício, o prazo decadencial para constituição do crédito tributário deve ser calculado com base no art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional.

Sobre o assunto muito bem expôs a Dra. Misabel Abreu Machado Derzi ao atualizar a célebre obra “Direito Tributário Brasileiro” do eminente doutrinador Aliomar Baleeiro, em sua 12ª edição (editora Forense – 2013), a saber:

O art. 173 fulmina com a decadência a inércia da Fazenda Pública, que deixa de lançar o tributo. No entanto, as formas de contagem do prazo de decadência nele consignadas se aplicam apenas às hipóteses de lançamento de ofício (art. 149) ou com base em declaração do sujeito passivo (art. 147).

É necessário, nesse ponto, relembrar o que foi dito nos comentários ao art. 150 do CTN. Segundo esse artigo, o lançamento por homologação é ato administrativo, expresso ou tácito, que confirma a atividade desenvolvida pelo sujeito passivo (cálculo do tributo devido e pagamento antecipado), equiparando-a a ato liquidatário e extinguindo o crédito tributário. Segundo o mesmo dispositivo, a Fazenda Pública tem o prazo de cinco anos para lançar por homologação, contado o prazo da data da ocorrência do fato gerador da obrigação.

Portanto, verifica-se nos autos que não se operou a decadência em relação ao crédito tributário exigido pelo Fisco, oriundo dos fatos geradores ocorridos no citado período. Do exame do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, conclui-se que ocorre, nos termos ali ditados, a homologação ficta ou tácita do imposto que foi efetivamente declarado e pago pelo contribuinte.

Em relação ao ICMS que não foi declarado e/ou pago, é incabível o lançamento por homologação, mas o lançamento direto nos termos do art. 149, inciso V do Código Tributário Nacional.

Nesta hipótese, que é exatamente a constante dos autos, tem a Fazenda o direito de constituir o crédito correspondente no prazo decadencial previsto no art.173 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

A inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação por parte do sujeito passivo enseja a prática do lançamento de ofício ou revisão do lançamento, previsto no art. 149 do Código Tributário Nacional. Inaplicável se torna, assim, a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, própria para homologação tácita do pagamento.

O objeto da autuação lançada pelo Fisco pelo Auto de Infração ora analisado trata-se de um “Lançamento de Ofício”, pois não houve nenhuma participação da Defendente, sendo que as informações constantes na peça fiscal foram levantadas pelo Fisco.

Assim, no caso dos autos, repita-se pela importância, o prazo para a Fazenda rever o lançamento é o prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional podendo, dentro deste interregno que a lei lhe concede, postular créditos que porventura entenda existentes.

O citado dispositivo prevalece à previsão de homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte a que alude o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do art. 149, inciso V, do mesmo diploma legal.

Da análise das peças que compõem os autos, tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a novembro de 2007, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 1º de janeiro de 2008, findando-se em 31 de dezembro de 2012.

Desta forma, os fatos geradores evidenciados no feito, relativos ao período questionado, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 1º de janeiro de 2013.

Tendo sido os sujeitos passivos regularmente intimados da lavratura do Auto de Infração, por edital, publicado em 28 de dezembro de 2012 (fl. 05), claro está que a constituição do crédito tributário, relativamente ao período de janeiro a novembro de 2007, deu-se dentro do prazo decadencial, não se tendo fulminado, ainda, o direito da Fazenda Pública de constituí-lo.

Diante do acima exposto, a arguição de decadência levantada em preliminar pelo Coobrigado, não deve prevalecer pelo que se passa a analisar as demais questões que permeiam os presentes autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em relação à imputação fiscal de falta de destaque do ICMS nas notas fiscais, a Fiscalização concordou com a Impugnante tendo em vista ter restado demonstrado que as operações abrangidas pelo Programa Luz no Campo estavam amparadas pela isenção, uma vez que a regra do Decreto n.º 43.827/04 foi inúmeras vezes prorrogada.

Assim, os Decretos n.ºs 44.470/07 (vigência de 28 de fevereiro a 30 de abril de 2007); 44.573/07 (vigência de 1º de maio a 30 de julho de 2007); 44.605/07 (vigência de 31 de julho a 30 de agosto de 2007); 44.625/07 (vigência de 1º a 30 de setembro a 2007); 44.624/07 (vigência de 1º a 31 de outubro de 2007) e 44.677/07 (vigência de 1º de novembro de 2007 a 13 de março de 2008) abarcam todo o período autuado e estabelecem a isenção para as operações de saída para a CEMIG – Companhia Energética do Estado de Minas Gerais realizadas pela Impugnante no âmbito do Programa Luz no Campo.

Portanto, em relação a esta imputação fiscal, foram canceladas as exigências fiscais conforme quadros de fls. 151/152 e 204/205.

No que tange à imputação fiscal de utilização indevida da alíquota interestadual, sustenta a Impugnante Preservar - Madeira Reflorestada Ltda que os destinatários eram produtores rurais, portanto, contribuintes do imposto.

Já o Fisco argui que apenas em três casos restou configurada a condição de produtor rural do destinatário, a saber:

- José Luiz Diniz;
- Raphaela Santos Jantorno;
- Eliezer Ignácio de Oliveira.

Desta forma, considerando a situação de contribuinte destes três destinatários, o Fisco excluiu as exigências relativas a notas fiscais a eles enviadas e, manteve as demais.

A Constituição da República trata a matéria da seguinte forma:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

.....
II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
.....

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

.....

Assim, por força da regra constitucional, nas remessas de mercadorias a destinatários que não realizem operações sujeitas à incidência do ICMS, ou seja, não contribuintes, aplica-se a alíquota prevista para as operações internas.

Nesta linha, não restou demonstrado que os demais destinatários levantados pelo Fisco eram contribuintes do imposto.

Nos termos do art. 4º da Lei Complementar n.º 87/96, não restou demonstrado nos autos que os destinatários descritos nas notas fiscais objeto da autuação preenchem os requisitos para que sejam considerados como contribuintes do ICMS. O referido dispositivo assim conceitua a figura jurídica do contribuinte:

Art. 4º - Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Esta matéria esteve sob apreciação deste Conselho de Contribuintes por diversas vezes, como nas decisões proferidas nos Acórdãos n.ºs 18.848/10/2ª, 20.305/11/1ª e 20.294/11/3ª.

Assim, sendo os destinatários das mercadorias comercializadas pela Impugnante não contribuintes do ICMS, não poderia ter sido utilizada a alíquota interestadual nas operações a eles destinadas.

Face à utilização irregular de alíquota do imposto, aplicou o Fisco a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI da Lei n.º 6.763/75 que assim determina:

Art. 54. As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

.....

VI - por emitir documento com falta de qualquer requisito ou indicação exigida em regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - de 1 (uma) a 100 (cem) UFEMGs por documento;

.....

Observe-se que o Fisco, face à comprovação de que três destinatários eram contribuintes do imposto, reformulou o crédito tributário excluindo as operações a eles destinadas, conforme quadro de fls. 204/205, restando corretas as exigências remanescentes uma vez ter não ter sido demonstrado que os demais destinatários eram contribuintes do ICMS.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 203/205, e ainda, para excluir os Coobrigados do polo passivo da obrigação tributária. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Orias Batista Freitas e René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 23 de abril de 2014.

José Luiz Drumond
Presidente / Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora