

Acórdão: 14.782/01/1^a
Impugnação: 40.010058647-04
Impugnante: Só Tecidos Ltda.
Coobrigados: Sonia Maria Reis Souza Diniz e Celso Souza Diniz.
Proc. do Sujeito Passivo: Leonardo Antônio Galvani de Souza/Outros
PTA/AI: 01.000134796-18
Inscrição Estadual: 480.892360.01-69 (Autuado)
CPF: 154.859.866-68 e 127.679.306-59 (Coob.)
Origem: AF/Patos de Minas
Rito: Ordinário

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - COBRIGADOS - ELEIÇÃO ERRÔNEA. Inclusão indevida dos sócios da Impugnante na relação processual como Coobrigados, pois o que prevê a legislação de regência é a responsabilidade subsidiária dos sócios. Assim, somente após frustrada a cobrança do crédito tributário do contribuinte de direito é que se poderia exigí-lo dos sócios. Exclusão dos Coobrigados do pólo passivo da relação processual.

BASE DE CÁLCULO - CALÇAMENTO - Imputação fiscal de recolhimento a menor de ICMS, em decorrência de calçamento de notas fiscais. Mantidas as exigências fiscais somente em relação a Nota Fiscal em que houve o confronto entre a 1^a e 5^a vias, comprovando o efetivo calçamento. Exigências fiscais parcialmente canceladas.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - Saída de mercadoria, por conta e ordem da matriz, sem nota fiscal de transferência simbólica e sem pagamento do ICMS. Infração caracterizada. Exclusão da Multa Isolada aplicada para as operações identificadas como "Retorno Fictício de Industrialização". Exigências parcialmente mantidas.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - DIVERSAS IRREGULARIDADES - Apropriação indevida de crédito de ICMS em decorrência de: nota fiscal destinatário diverso, (Art. 70, VIII do RICMS/96); devolução irregular (retorno fictício); nota fiscal inidônea. Infração caracterizada. Razões de defesa incapazes de elidir o feito fiscal. Exigências mantidas.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - FALTA DE 1^a VIA DO DOCUMENTO FISCAL. Evidenciada a apresentação da 1^a via da nota fiscal objeto da autuação. Exigências canceladas pelo Fisco.

MERCADORIA - ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA - LQEM - Imputação fiscal de saídas e entradas de mercadorias sem notas fiscais e sem o

recolhimento do imposto. Procedimento tecnicamente idôneo. Entretanto, tendo em vista o tipo de mercadoria, com variações de consumo, não se pode afirmar que houve a irregularidade apontada pelo Fisco. Exigências fiscais canceladas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS NO LRCPE - Inobservância das disposições contidas no art. 160, § 3º do RICMS/96 (475, § 3º do RICMS/91). Exigência da MI prevista no art. 55, inciso I da Lei nº 6763/75. Infração caracterizada. Entretanto, acionou-se o permissivo legal art. 53, § 3º da Lei n.º 6763/75, para reduzir a Multa Isolada aplicada a 5% do seu valor.

Lançamento Parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o recolhimento a menor de ICMS, nos exercícios de 1996/1997, apurado por VFA; saídas e entradas de mercadorias sem notas fiscais e sem o recolhimento do imposto, apuradas mediante LQEM (1.996/1.997) e falta de escrituração do LRCPE, também do período de 1996/1997.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls.75/95), por intermédio de procurador regularmente constituído, requerendo, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco apresenta a manifestação de fls. 263/265, refutando as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 325/343, opina pela procedência parcial da Impugnação, para em preliminar, excluir os Coobrigados da relação processual e, no mérito, afastar do crédito tributário remanescente, após ajustes pelo Fisco (DCCM de fl. 290), a MI aplicada para as operações identificadas como de "Retorno Fictício de Industrialização", apontadas nas planilhas de fls. 24 a 28.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Da perícia solicitada

O pedido de perícia, pela Impugnante, com quesitos formulados às fls. 92/94, foi indeferido pela Auditoria (Despacho à fl. 322), com espeque no inciso I do art. 116 da CLTA/MG, por entendê-la desnecessária à elucidação do feito, haja vista a intenção implícita da solicitante, de consideração em conjunto das movimentações comerciais da filial e da matriz, com o fim de elidir responsabilidade pelo crédito tributário, o que atropela o princípio da autonomia dos estabelecimentos para efeitos tributários.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não houve interposição de Recurso de Agravo.

Da Eleição dos coobrigados

É interessante observar que a Impugnante aduz o argumento de eleição errônea dos coobrigados, ao fundamento de que estes não mais participavam da sociedade, ao tempo da ação fiscal que redundou no lançamento objeto do presente PTA. A alegação é de caráter preliminar e aproveita necessária e exclusivamente àqueles. Se não podem ser coobrigados, por estarem excluídos da empresa, também não poderiam estar representados pelos procuradores constituídos apenas por esta, nos termos do instrumento de fl. 96.

Independentemente disto e apesar de toda a argumentação apresentada pelo Autuante, no sentido de que a coobrigação, na espécie, decorra da responsabilidade pessoal, conforme art. 135, III, do CTN, concebe-se de boa medida efetuar a exclusão daqueles da relação processual, em conta o artigo 21, parágrafo único, 2, da Lei 6.763/75 impor responsabilidade “subsidiária” ao sócio-gerente, pelo imposto devido pela sociedade que dirigiu ou de que faz ou fez parte, e não solidária.

A responsabilidade pessoal vincula imperativamente a obrigação a quem de fato cometeu a infração qualificada como crime, salvo se no exercício regular de administração (no caso dos sócios-gerentes) ou intencionalmente.

Nas circunstâncias da lide, a Autuada é a pessoa jurídica, a quem deve ser conferido o direito de ampla defesa. Supletivamente respondem pelo crédito os sócios atuais e os da época das infrações.

A exclusão dos coobrigados, ora proposta, não prejudica a execução forçada, se necessária, dado que o contrato social vincula os sócios para eventual responsabilidade subsidiária.

Em consonância a esse entendimento, podem ser apontados dois acórdãos emanados do CCMG: 1.064/00/5^a e 14.396/00/1^a.

NO MÉRITO.

Consta do relatório do Auto de infração, que a primeira irregularidade apurada é a seguinte: recolhimento a menor de ICMS nos exercícios de 1996 e 1997, apurados através de verificação fiscal analítica, em decorrência de calçamento de quatro notas fiscais.

No entanto, dos autos apenas se tem a prova efetiva do calçamento da Nota Fiscal 000565, onde se tem a primeira via com o valor total dos produtos em R\$11.889,00 (fls. 20) e a quinta via como valor de R\$3.750,00 (fls. 21), encontrando ainda divergência quanto aos produtos e quanto a datas de emissão e de saída, dentre outras. Nas demais, o Fisco fundou-se nas divergências entre a primeira via das notas fiscais e os seus respectivos CRTCs.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com todo o respeito à seriedade do trabalho fiscal desenvolvido, entende-se que, para se imputar a quem quer que seja o calçamento de nota fiscal, há que se ter a prova material e não apenas uma via e documento outro, que apenas dá indício de subfaturamento, como é o caso dos CTRC constantes dos autos. Assim, quanto a este subitem, é mantida a exigência apenas quanto à Nota fiscal 565.

Quanto às exigências referente ao item 6.2. do relatório do Auto de Infração, saída e entrada de mercadorias de notas fiscais e sem pagamento de ICMS, nos exercícios de 1996 e 1997, apuradas através de Levantamento Quantitativo por Espécie de Mercadorias, tem-se que esta exigência não está fundada em dados precisos e robustos.

O Levantamento Quantitativo por Espécie de Mercadorias é previsto na legislação como meio legítimo para se apurar produção. No entanto, mesmo servindo-se dele, fundou-se o Fisco em dados fornecidos pelo Contador da Autuada. Nem mesmo a corroboração de dados fornecidos por outra empresa, se presta a tal. Em roupas há estilo e há detalhes, e cada detalhe representa um variação no consumo do tecido para a produto final.

Não se tem nos autos, em detalhe, qual foi o produto final que se buscou chegar, nem mesmo a informação do Contador contém detalhe, como também a informação da concorrente. Bermudas há de diversos estilos, como calças, saias e toda a variação de peças do vestuário. Não se pode dizer que uma saia plissada tenha o mesmo aproveitamento de tecido de uma saia reta. Até mesmo a simples variação de manequim, de um mesmo estilo de saia, gera produtividade diversa em tecido. Resta, então, a dúvida, pois não se pode dizer que estava a se informar sobre o mesmo produto. Restando a dúvida, aplica-se o art. 112 do CTN e, fundando-se nele exclui-se esta exigência.

Do estorno de créditos apropriados indevidamente.

Quanto a este item, o Fisco reconheceu procedência à impugnação apenas no que se refere à glosa do crédito relativo à nota fiscal 048166, cuja 1ª via a defesa juntou à fl. 258, resultando em alteração do feito, conforme quadro à fl. 287.

Relativamente às demais notas fiscais cujo crédito fora glosado, o procedimento se justifica.

As NNF de nºs 002290, 002243, 012762, 002532, 004832, 003377 e 003618 (fls. 30/32 e 34/36) destinavam-se ao estabelecimento matriz, em BH e não ao Autuado, em Patos de Minas. Obviamente não ensejaria crédito à Impugnante, a teor do art. 70, VIII, do RICMS/96, vedação expressa, quando o doc. fiscal indica destinatário diverso. O estorno relacionado com tais notas não foi contestado.

A NF 000031 – Entrada (fl. 33) – não fora admitida pelo fisco e, ao que parece, com razão. Estaria a se referir à 000023 (fl. 307 – 1ª via), emitida para devolver mercadoria adquirida pela NF 013357, devolução esta que teria sido recusada. Pois bem, esta última não fora registrada no LRE da Autuada, nem exibida ao fisco (pelo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que lembra o Autuante). A 000023 menciona “devolução parcial”, não possui carimbo fiscal de retorno, nem termo de recusa e, muito menos, CTRC de devolução. Por isso tudo, fora considerado o retorno “fictício” e glosado o crédito da 000031.

A NF 000466, de Fiorenza Confecções Ltda (fl. 56), também não identifica transportador e não apresenta carimbo fiscal de trânsito, apesar da existência de dois Postos Fiscais no itinerário que teria sido percorrido. Pior, é inidônea, em virtude de cancelamento de ofício da inscrição estadual do suposto remetente, consoante Ato Declaratório publicado no MG de 21.10.98 (cópia anexa).

Vale destacar que o Ato Declaratório tem finalidade meramente declaratória, como diz o próprio nome, não criando nem extinguindo direito, donde produzir efeitos **ex tunc** ou seja, recua à data do ato/fato por ele declarado ou reconhecido. Daí a irrelevância de se dar antes, durante ou após a ação fiscal.

Correta, pois, a glosa procedida e a aplicação das penalidades pecuniárias pela inobservância de obrigação acessória (Lei 6.763/75, art. 55, III, IV e X), cuja BC há de ser o valor das operações a que fazem referência os documentos fiscais e não o do imposto, como pretende a Impugnante.

Do não registro no LRCPE.

De fato o contribuinte autuado não registrara em dito livro a documentação relativa às entradas para a produção e ao estoque, nos termos da determinação do art. 160, § 3º do RICMS/96 (475, § 3º do RICMS/91) e na forma imposta pelos arts. 175 a 187 do Anexo V ao Regulamento de 96 e 497 a 509 do de 91.

A MI – não resta dúvida – é a aplicada pelo fiscal, art. 55, I, da Lei 6.763/75, não a do 54, II, que se dá quando os livros existem, mas não são registrados na Repartição Fiscal.

Remessa de “venda à ordem” sem transferência simbólica; transferência sem tributação e remessa para industrialização sem retorno (omissão de vendas).

O tópico constitui a parcela mais significativa do crédito tributário. Veementemente contestado pela Impugnante, fora, tanto quanto possível, explicitado pelo Autuante.

Os fatos constatados pelo fisco são basicamente os seguintes:

- saída de mercadoria para industrialização sem o retorno;
- saída de mercadoria a terceiros, como em remessa por conta e ordem da matriz, porém, não se emitindo notas fiscais de transferência (simbólica) e nem oferecendo-as à tributação;
- transferências de mercadorias industrializadas, através de notas fiscais constando “Retorno de industrialização”, contudo, sem referência às notas fiscais de recebimento de matéria-prima e insumos para a industrialização.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso da letra “a”, o Autuante considerou omissão de vendas, com supedâneo (**mutatis mutandis**) na nota 2 do Anexo III do RICMS/96, tendo-se utilizado do arbitramento, para levantar a BC das saídas, nos termos do art. 54, IV, desse diploma, para exigência de ICMS, MR e MI.

Na situação da letra “b”, não houve nota fiscal de transferência, para a matriz, da mercadoria saída a terceiro, em tese, por conta e ordem desta, descumprindo-se o disposto no art. 321, II, “b”, do Anexo IX ao Regulamento de 96.

Já na situação da letra “c”, com a matriz por destinatário, o fisco interpretou como retorno de industrialização fictício, vez que não vinculavam nenhuma NF de remessa para industrialização (contrariando o art. 35 do Anexo II do Regulamento/96). Além disso, a Impugnante não distinguia entre o tecido recebido da matriz daquele que adquiria.

Ocorre, neste caso específico, em que o Autuante identificou, nas planilhas de fls. 24 a 28, as operações como “Retorno Fictício”, ter havido aplicação da Multa Isolada a 20% do seu valor, com o que não concorda esta Auditoria, donde propor-se sua exclusão, exatamente por não configurar infração sancionável pelo art. 55, II, “a”, da Lei 6.763/75. As saídas se deram acobertadamente, apenas não foram oferecidas à tributação, a pretexto de retorno de industrialização.

A Impugnante tenta descaracterizar essas exigências, argumentando que só através de um levantamento global das operações por ela promovidas conjuntamente às da matriz torna possível averiguar regularidade fiscal e omissões.

Obviamente o fisco rechaça essa pretensão – e com razão – sobretudo porque, para efeitos fiscais, cada estabelecimento tem sua autonomia.

O pagamento do ICMS pelas operações próprias da matriz não supre o devido pelas praticadas pela Autuada.

A facção para comercialização é industrialização e configura operação tributada pelo ICMS a saída do produto industrializado.

Insta lembrar que o Autuado não apenas industrializa para terceiros, como também vende produtos industrializados, conforme se observa nas notas fiscais de fls. 44/46 e 54/5.

Traz ainda à colação o levantamento elaborado pelo fisco, às fls. 145/154, alegando divergências em relação ao que integra o AI, suscitando fragilidade deste. Na verdade, não passa aquele de um levantamento preliminar, que redundaria, após análise mais acurada da documentação do contribuinte, no outro formalizado com o AI. A se ver, em nada fragiliza o feito.

Ademais disso, com o objetivo de elidir a pretensão fiscal, a Impugnante acosta à peça de defesa o seu “elaborado levantamento” (fls. 117/144), buscando acasalar a movimentação dos dois estabelecimentos, para provar ausência de prejuízo ao Erário.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O fisco rejeita-o e com razão: as notas fiscais de retorno de industrialização não vinculam a mercadoria recebida; a NF 001093 (fl. 157) não fora registrada no LRE; não houve observância dos artigos 318, III e 319 do Anexo IX do Regulamento.

Simples vista d'olhos sobre fls. 117/118 permite constatar que a mercadoria remetida pela matriz, através da NF 1073 (6.028,10 m) não poderia resultar em mais de 20.000 peças de vestuário. Outrossim, o valor do tecido, que era de R\$12.728,56, ao ser remetido para industrialização, teria chegado a mais de R\$49.000,00.

Percebe-se que o levantamento da Impugnante não merece fé.

As notas fiscais juntadas às fls. 195/206, 208/218, 220/226 e 228/236, emitidas pela matriz para "C& A Modas Ltda", como se referentes à de remessa por conta e ordem, saídas da Autuada, embora sem transferência para a vendedora (matriz), sequer mencionam que sairiam as mercadorias do estabelecimento autuado.

Não suficiente isso, o expediente de conferência fiscal, presente às fls. 297/306, permite constatar, seja por declaração do fisco paulista, seja da própria "C & A Modas Ltda" – fl. 305, que esta última não efetuara transações comerciais com a Autuada. Ora, se não há comércio com a consignada destinatária, tais notas fiscais não se prestam a provar regularidade alguma.

Por último, as notas fiscais de tecido cujas cópias estão presentes às fls. 164/193, conforme o próprio fisco informa, só foram objeto de registro na matriz, não acobertando, portanto, entradas no estabelecimento da Impugnante.

Em suma, no que diz respeito aos resultados da VFA, afora os ajustes já elaborados pelo funcionário fiscal, que resultaram no DCMM de fl. 290, esta Auditoria propõe apenas a exclusão da MI relacionada com as saídas para a matriz, identificadas como "Retorno Fictício", por inaplicável.

De resto, afigura-se de plena sustentação, **data venia**, o remanescente.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar integralmente as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para: 1) excluir do pólo passivo das obrigações tributárias, os sócios arrolados como Coobrigados, face ao disposto no art. 21, parágrafo único, item "2" da Lei n.º 6.763/75, sem prejuízo do disposto no art. 135, inciso III, do CTN; 2) excluir das exigências fiscais, após reformulação efetuada pelo Fisco (DCMM de fls. 290), a Multa Isolada aplicada para as operações identificadas como "Retorno Fictício de Industrialização", apontadas na planilha de fls. 24 a 28; 3) excluir as exigências fiscais relativamente ao LQEM, item 6.2 do Auto de Infração, 4) excluir as exigências fiscais relativamente ao calçamento das Notas Fiscais de n.ºs 000563, 000564, 000566. Vencidos, em parte, os Conselheiros Mauro Heleno Galvão (Relator) e José Eymard Costa que o julgavam parcialmente procedente nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. A seguir, à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

unanimidade, acionou-se o permissivo legal, art. 53, § 3º, da Lei n.º 6763/75, para reduzir a Multa Isolada aplicada (falta de escrituração do Livro LRCPE- item 6.3 do Auto de Infração de Infração) a 5% do seu valor. Crédito tributário indeterminado, para apuração nos termos do art. 45, § 1º do Regimento interno do CC/MG Designado Relator o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor). Decisão sujeita ao disposto no art. 139, da CLTA/MG, salvo na hipótese de interposição de Recurso de Revisão pela Fazenda Pública Estadual. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Leonardo Antônio Galvani de Souza e, pela Fazenda Estadual, o Dr. Élcio Reis. Participaram do julgamento, além dos supramencionados e dos signatários, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 29/03/01.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente/Relator

MLR/es

CC/MG