

PROCESSO - A. I. Nº 142096.0703/11-5
RECORRENTE - BS COLWAY PNEUS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF 0034-04/12
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 05/03/2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0068-13/13

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. SAÍDAS EM VALORES INFERIORES ÀS AQUISIÇÕES. SUBFATURAMENTO. Restou comprovado que nas notas fiscais de vendas foram declarados valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias, tendo sido considerados para apuração do ICMS devido por substituição tributária os valores indicados nas notas fiscais de simples remessa de entrega por conta e ordem. Infração caracterizada. Não acolhida a argüição de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão da 4ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 03/07/2011, no qual fora constada a seguinte infração:

Utilização de documento fiscal consignando preços inferiores ao praticado (sub-faturamento comprovado). Valor lançado de R\$ 27.162,92, com multa de 100%. (art. 56 c/c 209, VI, do RICMS, art. 42, IV, "f", Lei 7.014/96)

A 4ª JJF afastou a preliminar de nulidade por entender que o auto fora lavrado com clareza e em conformidade com os arts. 38 e 41, do RPAF, não havendo qualquer nulidade, nos termos do art. 18, do mesmo diploma legal.

E no mérito julgou procedente o Auto de Infração sob o seguinte argumento:

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que no momento da ação fiscal foram apresentados os DANFEs 15116, 15117, 15118 e 14881 (fls. 121/126) acobertando a entrega de pneus novos à empresa V10 Comércio Atacadista de Pneus IE 76.427.972, nas quais foram indicados no campo de informações complementares as NFe 15027, 15028, 15056, 15057 e 14931 relativas ao faturamento e GNREs com recolhimento do ICMS-ST destinado ao Estado da Bahia.

Pelo confronto dos valores destacados na nota fiscal de faturamento e de simples remessa constato que as diferenças são relevantes, tomando como exemplo o produto Pneu Sunny 165/70 R13 no DANFE 15116 de simples remessa (fl. 121) foi indicado valor unitário de R\$94,74 enquanto a NFe 15027 (fl. 127) indicou valor unitário relativo ao faturamento do mesmo produto de R\$44,03.

Já o produto Pneu Sunny 225/70 R15 no DANFE 15116 de simples remessa (fl. 121) foi indicado valor unitário de R\$255,38 enquanto a NFe 15027 (fl. 127) indicou valor unitário relativo ao faturamento do mesmo produto com valor de R\$92,07. Embora não tenha sido dado conhecimento à empresa, motivo pelo qual não deve ser tomado como documento de prova, em consulta no sítio WWW.maisqpneu.com.br o produto com esta especificação é comercializado com preço unitário de R\$399,90 (fl. 165) e tabela à fl. 158.

A análise também é válida quanto aos outros produtos objeto da autuação. Logo, restou caracterizado que os preços praticados de venda para a Pneus Bahia e que serviu de base de cálculo para promover o recolhimento do ICMS-ST destinado ao Estado da Bahia são notoriamente inferiores aos das mercadorias que foram revendidas por aquela empresa em operação triangular e simples remessa feita pelo estabelecimento autuado. Conforme ressaltado pela fiscalização o valor total das mercadorias relacionadas no DANFE 15116 totaliza valor de R\$125.652,54 enquanto para as mesmas mercadorias foi indicado valor total da venda de R\$49.244,40 e base de cálculo do ICMS substituição de R\$77.844,21.

Embora a Pneus Bahia se encontrasse ativa no momento da ação fiscal, conforme ressaltado pelo autuado, em momento posterior a fiscalização constatou que a mesma tinha como endereço a sala 305 do bloco II da Av. Luiz Tarquínio, 2580 que é o mesmo do escritório de contabilidade da empresa, tendo sua inscrição cancelada. Também, os sócios da Pneus Bahia, Fernando Francisco Simeão Rodrigues e Luiz Bonacin Filho guardam relação de parentesco com os sócios do estabelecimento autuado Colway & BS – Remoldagem de Pneus, inclusive alguns residindo no mesmo endereço (vide contratos, fls. 44 e 63 – Rua Lauro Mallin, 600 e Av. Getúlio Vargas, 2800, Curitiba).

Pelo acima exposto, estes elementos demonstram que os sócios do estabelecimento adquirente das mercadorias (Pneus Bahia) possuem vinculação de parentesco com o estabelecimento remetente, dando motivo para procederem vendas de mercadorias para contribuintes localizados no Estado da Bahia, sendo intermediada por outro, com preços subfaturados o que fica caracterizado pelas diferenças significativas dos valores unitários das mercadorias constantes nas notas fiscais de venda e de simples remessa. Por isso, entendo que restou caracterizado o subfaturamento das mercadorias e aplicável na apuração do ICMS-ST o valor efetivo das vendas declaradas pelo próprio contribuinte do valor da operação.

Restando caracterizada a declaração em documentos fiscais de valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias, detectados na fiscalização de trânsito de mercadorias, os artigos 937 e 938 do RICMS/BA prevêem que deve ser levantado o preço corrente das mercadorias no atacado e acrescida a margem de valor adicionado (MVA) ou o preço de varejo. Na situação presente, a fiscalização no arbitramento da base de cálculo, tomou os valores indicados nas notas fiscais de simples remessa, o que considero correta, mesmo porque não existe fábrica dos produtos comercializados neste Estado e também os valores indicados não foram contestados pelo impugnante, que argumentou apenas que tais valores foram o de revenda pelo estabelecimento destinatário, do qual efetuou a remessa por conta e ordem.

No que tange ao ICMS-ST já recolhido esclareceu que o valor fora subtraído do cálculo apresentado pelo autuante, conforme demonstrativo à fl. 03.

E, por fim, quanto à alegação do caráter confiscatório da multa, afirmou que esta tem previsão legal e “*não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária*”.

O autuado inconformado com a r. Decisão interpôs Recurso Voluntário sob o argumento de que a documentação apresentada comprova que a operação triangular está correta, e que todos os tributos foram devidamente recolhidos, não havendo qualquer subfaturamento.

Afirma que a r. Decisão *a quo* fora omissa quanto aos documentos e argumentos jurídicos, doutrinários e jurisprudenciais, havendo, assim, violação aos princípios de direito, redundando em substancial prejuízo ao direito de defesa do recorrente.

Argui, ainda, que “*na Decisão recorrida ocorreu a simples manutenção do débito por presunção, eis que entendeu o julgador monocrático que o simples fato de existir relação de parentesco entre os sócios das pessoas jurídicas envolvidas demonstra a intenção de vender os pneus com preços subfaturados no Estado do Bahia*”, devendo ser declarada nula a Decisão, determinando-se novo julgamento, com a análise da matéria e documentos apresentados pela defesa.

Alega, também, que “*o Auto de Infração está maculado por vício insanável e que implica em sua necessária declaração de nulidade*”, e colacionou decisões do primeiro Conselho de Contribuintes, que entende que é nulo o lançamento tributário quando ocorre dúvida a respeito da matéria de fato.

Entende que não houve determinação segura da infração, se achando o Auto de Infração nebuloso neste aspecto, “*motivo pelo qual dever ser declarada a sua nulidade, eis que o auditor fiscal deixou simplesmente de considerar a venda por conta e ordem de terceiro*”.

Esclarece que “*a Nota que apropria este ICMS é, por definição legal, a emitida pelo Vendedor Originário “BS Colway Pneus Ltda.” contra o B/Adquirente (nºs: 15027, 15028, 15056, 15057 e 14931) por preço “seu” específico. É sobre esse preço que a Substituição Tributária é calculada e não sobre as notas indicadas pelo auditor fiscal no Auto de Infração e que equivocadamente serviu de base à apropriação do ICMS Substituto*”.

E sustenta, novamente, que o autuante omitiu o ICMS de Substituição Tributária já recolhido para esta operação, no total de R\$4.658,83, que deveriam ser considerados como fator redutor dos errados R\$54.325,84 e cuja cópia dessas GNRES recolhidas foram anexadas ao processo administrativo, assim como que a NF 15022, indicada pelo autuante não tem qualquer relação com a ação fiscal.

Alega que houve abuso de poder por parte da autoridade pública, vez que “*os auditores fiscais resolveram desqualificar a venda à ordem realizada, sem que tivesse ocorrido qualquer fato ou justificativa para tanto, pois todos os tributos foram devidamente recolhidos*”.

E, por fim, argui que a multa tem caráter confiscatório não podendo prevalecer.

A PGE/PROFIS apresentou opinativo pelo Improvimento do Recurso Voluntário ao argumento de que quanto à alegação de constitucionalidade da multa não cabe qualquer apreciação pelo CONSEF, havendo previsão legal à multa aplicada.

Afirma que o voto da junta aprecia de modo fundamentado todas as preliminares e nulidades suscitadas na defesa inicial, bem como as razões de mérito, havendo motivação e esclarecimento das razões para desconsideração da venda por conta e ordem de terceiro e a adoção do arbitramento da base de cálculo, que está amparada em dispositivo de lei. Estando a autuação motivada pelas provas materiais colacionadas pelo autuante.

Alega que a JJF analisou criteriosamente as provas dos autos, extraindo que os preços de vendas para a PNEUS BAHIA são notoriamente inferiores ao das mercadorias que foram revendidas em operação triangular e de simples remessa, além da relação de parentesco entre os sócios das duas empresas.

Esclarece que o arbitramento foi efetivado com base nos valores indicados nas notas fiscais de simples remessa, em razão da inexistência de fábrica dos produtos comercializados no Estado da Bahia, em consonância com os termos do art. 937, IV, c/c art. 938, I, “c”, do RICMS/BA.

VOTO

Da análise do Recurso Voluntário, observa-se que a linha de defesa é similar àquela apresentada na impugnação inicial e que fora rechaçada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

Inicialmente cumpre esclarecer que não há no presente auto qualquer vício, nos termos do art. 18, do RPAF, que enseje a sua nulidade ou a nulidade da Decisão *a quo*.

A infração cometida está clara, bem como o enquadramento legal, a indicação do sujeito passivo e a base de cálculo para o imposto.

Não há dúvidas de que na ação fiscal fora verificado o trânsito de mercadorias acompanhadas de notas fiscais de remessa por conta e ordem de terceiros em valor superior à nota fiscal de faturamento da mercadoria, com destaque do ICMS.

Portanto, ante a clareza dos fatos não houve qualquer cerceamento de defesa, não houve omissão no julgamento da Junta quanto aos argumentos e documentos do autuado, e, tampouco a Decisão se baseou no “*simples fato de existir relação de parentesco entre os sócios das pessoas jurídicas envolvidas*”, pois tal fato apenas reforçou, ante o exposto naquela Decisão, que a operação fora subfaturada, bem como o fato da empresa adquirente (Pneus Bahia), embora ativa no momento da ação fiscal, ter como endereço a sala do escritório de contabilidade da empresa.

Logo, afasto as preliminares de nulidade.

No mérito observo que o recorrente apenas reforça que a relação triangular está correta, porém, não vislumbro na defesa o esclarecimento a respeito da diferença dos valores contidos nas notas fiscais de faturamento e de remessa.

De fato, a relação triangular tem previsão legal no Regulamento do ICMS, e a nota que apropria o ICMS é aquela emitida pelo vendedor originário ao adquirente, porém não há justificativa jurídica

para a diferença entre esta nota e a de remessa encontrada na ação fiscal, o que leva ao entendimento da existência de transação subfaturada, sendo, portanto, acertada a conclusão da Junta que subscrevo abaixo:

Restando caracterizada a declaração em documentos fiscais de valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias, detectados na fiscalização de trânsito de mercadorias, os artigos 937 e 938 do RICMS/BA prevêem que deve ser levantado o preço corrente das mercadorias no atacado e acrescida a margem de valor adicionado (MVA) ou o preço de varejo. Na situação presente, a fiscalização no arbitramento da base de cálculo, tomou os valores indicados nas notas fiscais de simples remessa, o que considero correta, mesmo porque não existe fábrica dos produtos comercializados neste Estado e também os valores indicados não foram contestados pelo impugnante, que argumentou apenas que tais valores foram o de revenda pelo estabelecimento destinatário, do qual efetuou a remessa por conta e ordem.

Quanto ao ICMS já recolhido, vale frisar, conforme esclarecido pela Decisão da Junta, aquele fora incluído no cálculo do autuante, conforme demonstrativo de fl. 03, bem como já fora esclarecido que a Nota Fiscal nº 15022, indicada pelo autuante, trata-se, em verdade, da Nota Fiscal nº 15027, e tal equívoco não gerou qualquer prejuízo para a defesa.

No que tange à alegação de abuso de poder não há qualquer plausibilidade, vez que o autuante agiu no exercício de sua função, tendo fé pública para apurar e afirmar o que consta no Auto de Infração, cabendo ao recorrente trazer provas, argumentos e esclarecimentos que sejam capazes de elidir a infração.

Quanto à argüição de caráter confiscatória da multa, não cabe a este CONSEF a análise de qualquer ilegalidade ou constitucionalidade.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário mantendo a Decisão da 4ª JJF, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 142096.0703/11-5.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **142096.0703/11-5**, lavrado contra **BS COLWAY PNEUS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.162,92**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

VANESSA DE MELLO BATISTA - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS