

**A. I. Nº** - 217365.0024/15-2  
**AUTUADO** - MOG – MARINE OIL AND GAS ENERGY SOLUTION DO BRASIL VENDA E  
- ALUGUEL DE GERADORES LTDA.  
**AUTUANTE** - CARLOS FERNANDO DE ASSIS MEIRELES  
**ORIGEM** - DAT/METRO INFAZ/VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 23.11.2016

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0209-04/16

**EMENTA:** ICMS. 1. OMISSÃO DE RECEITA APURADA ATRAVÉS DE LEVANTAMENTO FISCAL. EMPRESA NA CONDIÇÃO DE OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. O autuante refez o demonstrativo acatando argumentação defensiva, vez provada terem algumas mercadorias sido devolvidas pelo destinatário. Infração parcialmente procedente. 2. SIMPLES NACIONAL. RECOLHIMENTO A MENOS DO DEVIDO. Imposto exigido mediante o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pelo autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 29 de dezembro de 2015 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$34.883,54, bem como multa no percentual de 75%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **17.03.12.** Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal – sem dolo, fato ocorrido nos meses de maio, agosto, e setembro de 2015, no total de R\$22.863,12. Consta a informação de que *“tudo de acordo com o consignado na coluna M da planilha C1 – Demonstrativo da falta de pagamento do ICMS devido sobre o faturamento do Simples Nacional. Fato evidenciado ao se confrontar o valor das operações e prestações discriminadas em notas fiscais e conhecimentos de transportes emitidos, com valor do faturamento DECLARADO nas DASN/DEFIS e no PGDAS, contrariando determinações contidas nos artigos 18º e 25º da Lei Complementar 123/2006”*.

Infração 02. **17.02.01.** Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor. Diz o autuante: *“Tudo de acordo com o demonstrativo na coluna O da planilha C2. Contribuinte deixou de pagar ou pagou a menor o ICMS Simples Nacional em virtude de ter incorrido em erro na determinação da Base de Cálculo e das Alíquotas aplicáveis”*. Totaliza a infração R\$12.020,42, além da multa de 75%, para fatos verificados nos meses de agosto e setembro de 2015.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 126 a 133, onde argui em sua defesa, após transcrever o teor da acusação, indicando que o lançamento deverá ser revisto, a fim de reduzir o valor pecuniário definido a título de sanção.

Esclarece que no mês de ocorrência do fato gerador 31 de maio de 2015 emitiu notas no valor total de R\$202.000,00 (NF 5 e 6), não havendo declaração nem pagamento do imposto por sua parte.

Já no mês de agosto de 2015, informa que emitiu notas no valor total de R\$ 498.080,00 (NF 12, 13 e 14), tendo declarado e pago o imposto referente à base de cálculo da nota fiscal número 12, valor R\$ 80.000,00. Fala de igual forma, não ter havido declaração, nem pagamento, referente ao imposto da nota fiscal número 14, no valor de R\$120.000,00, sendo que deverá ser abatido do auto de infração a base de cálculo do ICMS, referente a Nota fiscal nº 13 (anexa), no valor de R\$ 298.080,00, isso por que não houve a ocorrência do fato gerador, conforme declaração do cliente anexa.

Quanto ao mês de setembro de 2015, assevera que emitiu notas no valor total de R\$1.545.040,00 (NF 16, 17, 18, 19, 20, 21 e 22), tendo declarado de forma errada o valor de R\$1.212.960,00, referente ao faturamento da empresa. Ocorre que o valor correto do faturamento foi de R\$154.000,00 (NF 21 e 22), e deverá ser abatido do Auto de Infração a base de cálculo do ICMS, referentes às Notas Fiscais nº 16, 17, 18, 19 e 20 (anexas), no valor de R\$1.391,040,00 diante da não ocorrência do fato gerador, conforme declarações dos clientes anexas. Também afirma não ter havido declaração, nem pagamento, referente ao imposto das notas fiscais de números 21 e 22, valor da base de cálculo R\$154.000,00.

Desta forma, diante de todo o exposto, se faz necessário observar por parte do autuante que não ocorreu o fato gerador na emissão das notas fiscais de números 13, 16, 17, 18, 19 e 20, pois não houve a circulação de mercadorias, fato este atestado pelo cliente nas declarações os quais comunicam que não adquiriram os equipamentos, em virtude de incompatibilidade técnica do gerador.

Ressalta ainda que agiu sem dolo ao deixar de emitir nota fiscal de devolução e que embora, não tenha cumprido com essa obrigação acessória, colacionou a essa impugnação, declarações dos clientes, atestando que não houve a ocorrência do fato gerador (a mercadoria não circulou), tendo agido de boa-fé, fato esse comprovado pelo próprio autuante, ao afirmar no Auto de Infração que as supostas infrações ali cometidas, seriam sem dolo.

Solicita, na busca da verdade dos fatos aqui narrados, que o lançamento seja revisto, a fim de reduzir os valores das sanções e multas, dispostas nas infrações de números 01 e 02, em virtude da não ocorrência do fato gerador nas notas fiscais de números 13, 16, 17, 18, 19 e 20.

Conclui, solicitando seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas, com a revisão do Auto de Infração, com o intuito de reduzir os valores das sanções e multas, dispostas nas infrações de números 01 e 02, em virtude da não ocorrência do fato gerador nas notas fiscais de números 13, 16, 17, 18, 19 e 20, bem como seja ainda intimada de todo o andamento do processo administrativo para regular exercício da ampla defesa.

Encaminhado para informação fiscal por parte do autuante, este, às fls. 157 a 159, após analisar os documentos apresentados em sede de defesa, indica que a auditoria foi realizada utilizando a ferramenta PRODIFE, dados cadastrais, informações extraídas do sistema ICN, dentre outras.

Quanto às devoluções de mercadorias, aponta que o contribuinte não atentou para o disposto no artigo 451 do RICMS/12 (transcrito), tendo emitido Nota Fiscal de entrada para ela mesma, consignando nos “dados adicionais” informações que levam à conclusão se tratar de operações de venda, ao indicar pedido, comprador e solicitação depósito em conta corrente no Banco do Brasil, de sua titularidade.

Fala do reconhecimento da autuada quanto à falta de declaração de seu faturamento à Secretaria da Receita Federal, que se constitui em omissões no PGDAS, bem como sua inadimplência.

Esclarece ter mantido contato com a Associação Educacional Nove de Julho (destinatária das mercadorias), com o fito de confirmar se as devoluções das mercadorias ocorreram de forma efetiva, consoante alegação defensiva, tendo, através de e-mail de fls. 160 e 161 confirmado as

devoluções, diante da argumentação do adquirente de *“incompatibilidade técnica das peças enviadas com o projeto”*.

Conclui que acata parcialmente as alegações da empresa autuada, com o refazimento dos cálculos, e apresentação de novo demonstrativo de débito nas fls. 162 a 173 com valor ajustado de R\$15.419,93, motivo pelo qual o lançamento deve ser julgado procedente em parte.

Intimado da informação fiscal, bem como para tomar conhecimento dos novos demonstrativos que lhe foram entregues (fls. 177 e 178), contudo, mesmo tendo prazo para manifestação se manteve silente.

## VOTO

O lançamento constitui-se em duas infrações arroladas pela fiscalização, ambas objeto de impugnação.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos da infração trazendo fatos e documentos que ao seu entender elidiriam as infrações, colocando seus argumentos com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório. Passo, então a analisar cada uma das infrações, não sem antes fazer algumas observações quanto ao princípio da verdade material.

O processo administrativo tem o objetivo de proteger a verdade material, garantir que os conflitos entre a Administração e o Administrado tenham soluções com total imparcialidade, representando e garantindo que os atos praticados pela Administração e seus prepostos serão revisados e poderão ser ratificados ou não a depender das provas acostadas nos autos.

Dessa forma, estão arraigados ao processo administrativo os princípios constitucionais dentre eles o da ampla defesa, do devido processo legal, além dos princípios processuais específicos, quais sejam: oficialidade; formalismo moderado; pluralismo de instâncias e o da verdade material.

Este último, de importância vital, tem a sua gênese no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o qual traz a seguinte previsão:

*“LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*.

Segundo Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 39ª Ed, 2013): *“O conceito de processo administrativo tributário compreende todos os procedimentos fiscais próprios, ou seja, a atividade de controle (processo de lançamento e de consulta), de outorga (processo de isenção) e de punição (processos por infração fiscal), além dos processos impróprios, que são as simples autuações de expedientes que tramitam pelos órgãos tributantes e repartições arrecadoras para notificação do contribuinte, cadastramento e outros atos complementares de interesse do Fisco”*.

A autoridade julgadora tem o dever de analisar as provas apresentadas pelo contribuinte quando da apresentação da defesa. Deixar de lado provas lícitas no momento da decisão é deixar de lado as garantias de defesa, se tornando o Processo Fiscal em um verdadeiro processo inquisitorial, pois concretamente estará nas mãos da autoridade julgadora, simultaneamente, as funções de acusador e defensor, tendo em vista que de nada adiantará o sujeito passivo apresentar provas que não serão levadas em conta no processo.

O que se busca no Processo Administrativo Fiscal é a verdade material, devendo ser analisadas todas as provas e fatos trazidos pelo sujeito passivo, ainda que desfavoráveis à Fazenda Pública, desde que sejam provas lícitas, como no presente caso.

O princípio da livre convicção do julgador está previsto no ordenamento jurídico-tributário, e por ele a valoração dos fatos e circunstâncias constantes dos autos é feita livremente, pelo julgador, não havendo vinculação a critérios prefixados de hierarquia de provas, ou seja, não há preceito legal que determine quais as provas devem ter maior ou menor peso no julgamento.

Importante associar-se o livre convencimento do julgador e as regras probatórias, sendo a regra básica de que todos os tipos de provas são permitidos e praticados desde que admitidos em lei e moralmente legítimos. De certa forma, a prova no direito brasileiro, e no ordenamento tributário, é aberta, desde que válida diante do fato que no processo existirão sempre três verdades: a descrita no lançamento pela autoridade fiscal; a verdade descrita na impugnação do contribuinte; e a verdade do julgador, a qual há de prevalecer e para quem as provas terão papel fundamental na formação da sua convicção. A essa autoridade incumbe determinar ou não a realização das diligências, inclusive perícias, podendo indeferi-las se as tiver por prescindíveis ou impraticáveis.

Assim, diante das provas trazidas ao feito, cabe a análise das mesmas pelo julgador, conforme visto acima. Observo que o autuante elaborou demonstrativo no qual discriminou como obteve a base de cálculo para chegar ao valor lançado, lançando os dados essenciais de todas as notas fiscais cujos lançamentos não foram identificados.

Feitas tais considerações, passo a analisar os argumentos e provas trazidos ao feito pela autuada.

A infração 01, a argumentação defensiva é a de que em relação aos documentos elencados, alguns deles foram objeto de devolução pelo destinatário, não se perfazendo a operação, o que foi devidamente comprovado pelo autuante, resultando em revisão do feito, com redução do valor lançado.

Com efeito, da leitura do conteúdo da mensagem encaminhada ao autuante pela empresa destinatária das mercadorias, encartada às fls. 160 e 161, fica devidamente comprovada a devolução dos produtos constantes dos DANFES 13, 16, 17, 18, 19 e 20, pelo fato das mercadorias não terem sido entregues, diante do fato de terem sido faturados kits para motores com um turbo, quando o pedido era de kits com dois turbos.

Na mesma correspondência confirma o recebimento das mercadorias constantes dos DANFES 59, 60, 61, 62 e 63.

Pelo fato da infração 02 ser decorrente da infração 01, além do que a própria empresa reconhece que algumas notas fiscais deixaram de ser computadas no cálculo de seu faturamento, a mesma, tal qual a anterior, foi ajustada pelo autuante, motivo pelo qual, me alio ao mesmo e a julgo procedente em parte.

Diante do fato de que em sede de informação fiscal o autuante realizou revisão dos valores contidos no Auto de Infração, ficou prejudicado o pedido de realização de diligência, formulado na defesa apresentada, além do que os elementos constantes no processo serem suficientes para o julgamento do mesmo, com a formação da convicção do julgador, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF99.

Por tais razões, voto no sentido de que o lançamento deva ser julgado procedente em parte, de acordo com o seguinte demonstrativo, extraído das fls. 172 e 173 dos autos.

**Infração 01**

Maio/15	R\$ 3.757,20	Multa de 75%
Agosto/15	R\$ 2.796,00	Multa de 75%
<b>Total</b>	<b>R\$ 6.553,20</b>	

Infração 02

Agosto/15	R\$ 376,00	Multa de 75%
Setembro/15	R\$ 8.490,73	Multa de 75%
Total	<b>R\$ 8.866,73</b>	

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **217365.0024/15-2** lavrado contra **MOG – MARINE OIL AND GAS ENERGY SOLUTION DO BRASIL VENDA E ALUGUEL DE GERADORES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.419,93**, além da multa de 75% prevista na Lei Federal 9.430/96, com a redação estabelecida pela Lei Federal 11.488/07, artigos 34 e 35, e acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA