

A. I. Nº - 232127.0007/17-5
AUTUADO - MILITAR COLDRES LTDA.
AUTUANTE - APARECIDA DE FÁTIMA VALE
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 15.08.2018

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0120-04/18

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. UTILIZAÇÃO CORRETA DE ROTEIRO DE FISCALIZAÇÃO. A fiscalização não está obrigada a adotar roteiro de fiscalização quando detectar infração comprovada na escrituração contábil. Autuação feita com base legal. O contribuinte não contestou valores. Não acolhidas as questões preliminares aventadas pela defesa. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado, foi lavrado em 29 de junho de 2017, e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$172.058,43, bem como multa de 75%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **06.05.01.** Deixou de recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas microempresas e empresas de Pequeno porte, Simples Nacional, fatos ocorridos nos meses de janeiro a junho, agosto a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015 e janeiro a dezembro de 2016.

Tempestivamente, a autuada, por seus advogados, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 386 a 396, onde requer em sua defesa, inicialmente, argumenta que em que pese o denodo do eminentíssimo agente fiscal, sua ação fiscal não merece prosperar diante da inadequação do roteiro de fiscalização adotado, que conduz à falta de certeza do valor apurado como devido. Isto porque, considera que a autuada praticou a infração de omissão de receita, fundamentando tal imputação, no roteiro de auditoria da conta caixa, deixando de observar que a autuada é optante do regime do SIMPLES NACIONAL.

Fala que a imputação deveria ser apurada com aplicação do sistema AUDIG de fiscalização, específico para apurar irregularidades cometidas por contribuintes optantes pelo SIMPLES NACIONAL, e dessa forma, a exigência do imposto, com a metodologia de cálculo como foi efetuada no presente lançamento, não é apropriada ao enquadramento das empresas optantes daquele Regime.

Sustenta que a Junta de Julgamento, ao decidir sobre lavratura de Auto de Infração, nunca deverá resolver de plano, uma vez que, faz-se necessário verificar se foi observado ou não o devido processo legal, invocando o teor do RPAF/99, em seu artigo 2º, devidamente transcrito.

Assevera ter o enunciado acima informado, a nobre intenção do legislador baiano em assegurar aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal, remetendo aos princípios de direito, invoca necessariamente a Constituição Cidadã, marco histórico da nova era democrática, que nos coloca no mesmo cenário político daqueles que vivenciam o estado de direito, e sendo assim, não há como olvidar os direitos e garantias fundamentais assegurados pela nossa Carta Magna.

Argumenta ter o Código Tributário Nacional, Lei Complementar à Constituição, ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, elevado os princípios gerais de direito, de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível como forma de proteger o contribuinte, sendo tal afirmativa evidenciada principalmente no seu artigo 112, quando se usa o princípio do “*in dubio pro contribuinte*”.

Pontua ser a função fiscal, exercício do poder-dever da autoridade administrativa, para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento, estar sujeita à obediência ao princípio da reserva legal, sendo a Constituição Brasileira e as leis infraconstitucionais fundamentais que lhes seguem, atribuem encargos, deveres ou funções para os órgãos da administração pública, que devem se desincumbir deles com a maior presteza possível.

Aduz não ter a autoridade fiscal qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir, nem tem qualquer interesse próprio ou particular com o exercício de sua função legal, como bem está expresso no trecho da Revista dos Tribunais, copiado, inserido no artigo “Regime Jurídico dos Recursos Administrativos Fiscais e Seus Efeitos”, in Revista de Processo, Jan – Mar, 1982, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 54”.

Ressalta que a atuação do órgão fiscal na cobrança dos tributos a seu encargo, portanto, não envolve qualquer interesse próprio das autoridades fiscais, nem é o exercício de um direito subjetivo do órgão fiscal, que também não é parte credora de uma relação jurídica, sendo a ação da autoridade fiscal impulsionada pelo dever de ofício, tendo de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, já que o princípio da legalidade objetiva, exige do Fisco uma atuação oficial e imparcial para obtenção da verdade dos fatos.

Defende não poder prosperar tal imputação de infração, por ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas, base para a atividade de lançamento fiscal a que está adstrito o agente público, sendo por tal motivo que o caso “*sub examine*”, devido aos vícios que possuem, levará fatalmente a decretação da sua nulidade.

Frisa que no tocante à infração imputada à autuada, a metodologia utilizada pelo aujuante baseada na conta caixa da autuada, se apresenta equivocada, por se utilizar de um procedimento dissociado da técnica, bem como por desconsiderar que a empresa é optante do SIMPLES NACIONAL.

Esclarece ter a auditoria das contas do ativo, por objetivo a verificação da regularidade dos lançamentos e dos documentos que dão suporte à escrita contábil, compreende o exame dos lançamentos contábeis, conciliação de contas, ajustes e outras providências pertinentes, a fim de observar se valores foram ocultados ou contabilizados incorretamente, com o propósito de esconder sua verdadeira origem, ao tempo em que indica que o referido regime tem método específico de apuração do imposto devido. Assim, no caso em exame, nos moldes como foi apurado o débito na infração constante no referido Auto de Infração, mostra-se inadequada a metodologia de cálculo utilizada, haja vista que traz incerteza quanto ao valor efetivamente devido.

Afigura ao seu entender, demonstrada a falta de certeza do valor devido, restando configurado, com base no artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para ser determinada com segurança e liquidez a infração, impondo-se a nulidade deste da ação fiscal.

Fala ter a autuante deixado de observar o devido processo legal, na medida que exigiu o cumprimento da obrigação principal, utilizando método de apuração não respaldado em roteiros de auditoria adotados pela SEFAZ, uma vez que aquele desenvolvido pela autuante não era próprio para a situação, não permitindo que se determine com segurança, a infração e o valor do imposto.

Menciona ser cediço que o Sistema AUDIG gera demonstrativos e relatórios de informações a respeito do contribuinte, especialmente para àqueles sujeitos passivos da obrigação tributária, optantes pelo Simples Nacional, como é o caso dos autos, ao passo que no procedimento fiscal ora analisado, a autuante não utilizou o roteiro previsto no Sistema de Auditoria Digital, ocasionando a nulidade do Auto de Infração em comento.

Repete ser o lançamento em questão referente a contribuinte inscrito no Simples Nacional e que o levantamento fiscal foi efetuado a partir dos livros e documentos fiscais apresentados pela empresa. Assim, o imposto devido deveria ser apurado, mês a mês, mediante aplicação do roteiro de auditoria AUDIG, apurando-se os movimentos de numerários e calculando-se a Receita Real para ser comparada com a receita informada pelo contribuinte no PGDAS.

Fala que neste tipo de Auditoria são emitidos relatórios, a exemplo de “ANÁLISE DO ICMS SIMPLES NACIONAL A RECOLHER,” e para determinação da alíquota, deve ser considerada a receita global da empresa, ou seja, a receita omitida adicionada à receita declarada pelo contribuinte, e não serão computadas para o cálculo do ICMS, as vendas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, valor esse que será apurado no momento da segregação da receita, conforme previsto no § 4º, do artigo 18 da Lei Complementar 123 de 14/12/2006.

Rememora ter o Simples Nacional sido instituído pela Lei Complementar 123/2006, a qual estabeleceu um pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias, sendo que no levantamento fiscal foram adicionadas às vendas declaradas, os valores das diferenças apuradas no “levantamento de caixa” e não declaradas pelo contribuinte nos respectivos meses, encontrando-se a receita total.

Sustenta deva ser realizada a segregação e apuração da omissão de receita, de acordo com a proporcionalidade das receitas de mercadorias da substituição tributária, conforme prescreve o § 4º do artigo 18 da Lei Complementar 123/2006, e com a nova receita calculada, seriam apurados os débitos observando as alíquotas constantes no Anexo 1 da referida Lei, devendo ser considerados no levantamento fiscal, os valores declarados na DASN ou recolhidos.

Garante que diante do exposto, da forma em que foi feita a apuração do imposto do auto de infração em referência, a autuante desconsiderou o ditame legal vigente e contraria as decisões deste Egrégio Órgão Julgador, como atestam os Acórdãos JJF 0057-03/14, CJF 0106-11/14, e CJF 0220-12/14, cujas Ementas copiou.

Anota ter a autuante procedido, contrariando além das regras de direito material e formal estipuladas nas leis e regulamentos, as rotinas administrativas que devem ser observadas, além do devido processo legal, ao utilizar roteiro de auditoria inadequado às empresas optantes do regime do Simples Nacional.

Fala que por meio do sítio eletrônico da SEFAZ/BA, é permitido obter acesso à informação de que a autuada atua na condição de microempresa desde 25/07/2013, quando fez opção pelo Simples Nacional, portanto, opera na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, e neste contexto, tem-se que a apuração das irregularidades cometidas por empresas regidas pelo mencionado Regime, se submete aos ditames da Lei Complementar 123/06, por se tratar de regime tributário especial e específico, que estabelece um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

Assim, vislumbra que a fiscalização de contribuintes submetidos ao Simples Nacional requer a aplicação de sistema específico de fiscalização, para evitar insegurança na constituição do crédito tributário, uma vez que a sistemática adequada para apuração das obrigações fiscais dos contribuintes optantes pelo Simples Nacional, perpassa pela utilização do roteiro e sistema de auditoria AUDIG, especialmente desenvolvido para esse fim.

Observa que à autuante faltou observância dos ditames da Lei Complementar 123/06, vez que o imposto eventualmente devido em cada mês, deveria ser apurado mediante aplicação deste roteiro de auditoria (AUDIG), apurando-se os movimentos de numerários e calculando-se a Receita Real, para ser comparada com a receita informada pelo contribuinte no PGDAS, sendo que no caso *sub examine*, a apuração dos débitos nesta infração deu-se de modo diverso do legalmente previsto, restando inafastável o dever de reconhecimento por esta Junta de Julgamento, da inadequação da metodologia de cálculo, especialmente, pois traz incerteza quanto ao valor efetivamente devido, afetando o princípio da segurança jurídica, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado em desacordo com as normas que regem a matéria.

Igualmente, entende inaplicável aos autos, a hipótese prevista no do §1º, do art. 18 do RPAF/99, ante a impossibilidade de saneamento da atuação por meio de diligência fiscal, uma vez que não se trata de eventual incorreção ou omissão e nem de não observância de exigências formais contidas na legislação, restando, a seu ver, inequívoca a ausência de elementos suficientes para ser determinada com segurança e liquidez a infração imputada, por isso pugna pela nulidade do Auto de Infração, com fulcro no artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99.

Postula pela declaração da nulidade da infração contida no Auto de Infração em referência por inobservância do devido processo legal, nos termos dos artigos 2º, 18, e 41, do RPAF/99, conforme assevera ter decidido este egrégio órgão julgador, nos Acórdãos JJF 0369-04/02, JJF 0052-04/05, CJF 0894/01 e Resolução 1104/97.

Assim, entende que se exigir ICMS através de auditoria de conta caixa/Sintegra, sem anexar ao lançamento nenhum documento probatório e sem considerar que o autuado comercializa, em sua totalidade, mercadorias sujeitas à substituição tributária, representa uma teratologia sem precedentes, pois já foi encerrada a sua fase de tributação, significando um evidente “*bis in idem*”.

Destaca que a auditoria de omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada por meio de saldo credor em caixa, não se desvia do fato gerador do ICMS (a saída de mercadorias tributárias), tanto que o resultado dessa espécie de auditoria (saldo credor), representa, em verdade, uma presunção de omissão de mercadorias tributáveis, o que significa dizer, o tributo exigido nesta espécie de auditoria é apurado, presumidamente, na saída de mercadorias tributáveis (regime normal de apuração).

Nesse sentido, fala que exigir o ICMS sobre o saldo credor encontrado por meio de entradas de mercadorias cujo tributo já foi recolhido, considerando em seus demonstrativos como despesas, representaria, evidentemente, uma bitributação, ao exigir o tributo anteriormente à ocorrência do fato gerador (antecipação ou substituição) e, presumidamente, na ocorrência do fato gerador (saída de mercadorias tributáveis), e a Fazenda Estadual estaria, assim, exigindo o tributo por meio de dois regimes de apuração do ICMS (substituição ou antecipação e normal), sobre um mesmo fato gerador, caracterizando, portanto, bis (repetido) in idem (a mesma coisa).

Reitera que a exação exige um imposto já pago pelo sistema de substituição tributária, caracterizando a bitributação, constituindo-se em um verdadeiro confisco ao patrimônio do contribuinte, o que o leva a requerer que se declare a total nulidade do auto de infração em apreço, pela inobservância do devido processo legal e/ou pela falta de provas, e se assim não entender, no mérito, decida pela sua improcedência, em face das razões de Defesa acima expostas, para que se faça justiça!

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 417 a 419, esclarece, depois de apertado resumo da autuação e defesa, não caber ao autuado determinar a forma como o preposto fiscal deva elaborar os levantamentos e demonstrativos que embasam o seu trabalho, inclusive dizer qual sistema deveria usar, porque cada indivíduo é único e as circunstâncias da realização do trabalho é que determinam os meios utilizados para sua consecução.

Quanto à segurança em relação ao valor apurado, pontua que ao invés de tecer críticas ao trabalho realizado, deveria apontar eventuais falhas cometidas, como não há, só se pode dizer que fora tomado como base para a apuração do imposto a recolher, a receita constante dos documentos fiscais emitidos pelo próprio contribuinte que se encontra segregada no “Demonstrativo 3” de fls. 35 a 71), acrescendo-se da presunção de omissão de receita detectada pela existência de saldo credor da conta caixa, apurado no “Demonstrativo 4,” constante às fls. 12 a 34, que foram levados aos demonstrativos de apuração do ICMS Simples Nacional, dos exercícios de 2014 a 2016 (fls. 7, 9, e 11), todos baseados na documentação fiscal/contábil relativos ao contribuinte.

Por outro lado, indica que aos optantes pelo Regime Especial do Simples Nacional aplicam-se todas as hipóteses de presunção de omissão de receitas existentes na legislação, conforme artigo 34 da Lei Complementar 123, cuja transcrição realizada.

Frente ao argumento de que as mercadorias comercializadas são em sua totalidade enquadradas no regime de substituição tributária, onde a fase de tributação se encontraria encerrada, a mesma não condiz com a realidade dos fatos, diz, pois, que a proporcionalidade realizada o foi de acordo com a Instrução Normativa 56/2007, com base nas notas fiscais emitidas pelo contribuinte conforme “Demonstrativo 3”, (fls. 35 a 71), cujas cópias dos documentos emitidos manualmente (modelo 1 e D-1), se encontram às (fls. 125 a 358), bem como nos documentos fiscais eletrônicos (NF-e), cujos arquivos “XML” e respectivos DANFES, encontram-se na mídia (fl. 377), fornecidos ao contribuinte conforme Aviso de Recebimento da ECT, constante das (fl. 499) do PAF 2321270008/17-1, cuja cópia junta à fl. 416.

Fala que a proporcionalidade se encontra reproduzida no “Demonstrativo da Apuração do ICMS Simples Nacional” (fls. 7, 9 e 11), e corresponde à receita do contribuinte com emissão de documentos fiscais que ao contrário do afirmado, não detectou nos documentos emitidos saídas de mercadorias com substituição tributária.

Quanto ao pedido de nulidade, se posiciona no sentido de que não deve prosperar, pois o contribuinte foi devidamente intimado (fls. 5-A e 5-B), e após procedimento de fiscalização através de levantamento, foram elaborados os demonstrativos que embasam o presente lançamento, devidamente subsidiados em documentos fiscais plenamente válidos, onde se apurou o montante do imposto devido, bem como se atendeu a todas as normas legais inerentes ao lançamento e se forneceu cópias de tudo ao autuado, o que leva a manter integralmente o lançamento.

VOTO

O lançamento constitui-se em apenas uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação pelo sujeito passivo, o qual, basicamente se estriba na tese de ser o lançamento nulo, pela aplicação incorreta do roteiro de fiscalização, uma vez entender que aquele aplicado se apresenta como inapropriado.

Observo que a empresa autuada tomou conhecimento do lançamento em toda sua plenitude, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitessem a instalação do contencioso.

A defesa alega, a título de preliminar, a existência de nulidade, uma vez que teria sido utilizado roteiro incompatível com a situação do contribuinte, optante do regime de apuração denominado SIMPLES NACIONAL, bem como a presença de *bis in idem*, além de não aplicação da proporcionalidade.

Inicialmente, esclareço que tal Regime simplificado foi instituído através da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, passando a produzir os seus efeitos a partir de 01 de julho de 2007.

Nos termos de tal diploma normativo, se encontram as seguintes obrigações:

“Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

(...) II - manter em boa ordem e guarda os documentos que fundamentaram a apuração dos impostos e contribuições devidos e o cumprimento das obrigações acessórias a que se refere o art. 25 desta Lei Complementar enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes.

(...) § 2º As demais microempresas e as empresas de pequeno porte, além do disposto nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão, ainda, manter o livro-caixa em que será escriturada sua movimentação financeira e bancária.

(...) § 15. O CGSN regulamentará o disposto neste artigo.

(...) Art. 27. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão, opcionalmente, adotar contabilidade simplificada para os registros e controles das operações realizadas, conforme regulamentação do Comitê Gestor”.

O Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), mediante a Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, regulamentou tanto as obrigações fiscais acessórias no seu artigo 61, em obediência ao § 15, do artigo 26 da Lei nº 123, de 2006, quanto à adoção de contabilidade comercial simplificada, no seu artigo 65. Assim determina o artigo 61:

“Art. 61. A ME ou EPP optante pelo Simples Nacional deverá adotar para os registros e controles das operações e prestações por ela realizadas, observado o disposto no art. 61-A:

I - Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira e bancária”;

Esclareça-se que em resposta à consulta formulada por contribuinte, a Receita Federal, através de sua Coordenação Geral de Tributação, na Solução de Consulta nº 444, COSIT, de 18 de setembro de 2017, adotou posicionamento de que “*a apresentação da escrituração contábil, em especial do Livro Diário e do Livro Razão, pelas Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte optante pelo Simples Nacional, dispensa a apresentação do Livro Caixa, todavia não implica a dispensa da apresentação dos demais livros fiscais exigidos na legislação. A elaboração da escrituração com base nos critérios e procedimentos simplificados não afasta a obrigatoriedade de apresentação dos demais livros fiscais exigidos na legislação*”.

Ainda no mesmo diploma legal assim prescreve o artigo 33: “*A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.*

§ 3º *O valor não pago, apurado em procedimento de fiscalização, será exigido em lançamento de ofício pela autoridade competente que realizou a fiscalização*”.

Já o artigo 34 estipula: “*Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional*”.

Ou seja, é inquestionável a competência legal para a fiscalização realizada, bem como a obrigatoriedade de escrituração e apresentação ao Fisco, por parte das empresas optantes do SIMPLES NACIONAL, de livros contábeis. Também é sabido que a norma não cria obrigação que não seja necessária nem dispensável, o que significa dizer que possui caráter legal a intimação para a apresentação de livros contábeis, além dos fiscais, por tais empresas.

Ademais, contrariamente ao entendimento da defesa, os sistemas estaduais de fiscalização dos tributos das empresas optantes do regime do Simples Nacional, são instrumentos adicionais de suporte aos trabalhos de auditoria, sem qualquer obrigatoriedade na sua aplicação, dependendo das circunstâncias, indícios e fatos ocorridos ao curso dos trabalhos.

Por outro lado, o artigo 142 do CTN dispõe que “*Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível*”. E completa o seu parágrafo único: “*a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional*”.

Isso significa dizer que a obrigação tributária decorre da lei, não possuindo a autoridade o livre critério de efetuar o lançamento ou o deixar de fazer, impondo o caráter expressamente vinculado e obrigatório à atividade do lançamento, sob pena de responsabilidade funcional do agente público, e uma vez verificado pela administração o nascimento do vínculo pessoal entre o sujeito ativo e o sujeito passivo, ou seja, o nascimento da obrigação tributária, a administração, através de seus prepostos, estará obrigada a efetuar o lançamento. A hipótese de incidência da atividade administrativa será assim a ocorrência do fato imponível, previsto na hipótese de incidência da lei tributária.

E para tal, deve a autoridade fiscal se valer dos instrumentos legais que possui, e/ou os dados disponibilizados pelo contribuinte, o que ocorreu, diante do material para análise que tinha ao seu dispor.

Ou seja: a autoridade administrativa não pode ficar adstrita à vontade do contribuinte no desenvolvimento de suas atividades fiscais, mas, como dito acima, agir de acordo com a legislação, que no presente caso, lhe dá o devido amparo para a adoção dos roteiros tidos como necessários para a apuração, o que invalida a alegação defensiva de nulidade, quanto a este aspecto.

Da mesma forma, não há que se falar em *bis in idem*, conforme aventado na defesa. Em primeiro lugar, diante do fato de que a defesa não conseguiu apontar de forma objetiva onde tal figura jurídica estaria presente. Em segundo, pelo fato de que a metodologia adotada pela auditoria foi a de apurar a receita omitida, agregá-la às receitas declaradas, considerar os recolhimentos feitos, e lançar as diferenças omitidas, mês a mês, utilizando a faixa de faturamento prevista no Anexo I da Lei Complementar 123/2006. Logo, inexiste duplicidade na cobrança do imposto, o que me faz refutar tal argumento.

Isso invalida o argumento defensivo de ter sido realizada a auditoria de conta caixa/Sintegra, sem se anexar ao lançamento nenhum documento probatório e sem considerar que o autuado comercializa, em sua totalidade, mercadorias sujeitas à substituição tributária, o que não se comprovou à vistas das notas fiscais consultadas e acostadas ao feito se reportarem a uniformes, boinas, capas, bornal e armas, mercadorias não sujeitas à substituição tributária com encerramento de tributação.

As diversas decisões deste Órgão acerca da inaplicabilidade do roteiro de fiscalização aplicado, não se apresentam adequados por não guardarem a devida e necessária correlação, motivo pelo qual as mesmas não podem ser consideradas.

Quanto à não aplicação da proporcionalidade, que ao entender da defesa viciariam o lançamento, diante do fato de que as mercadorias que comercializa estariam sujeitas à substituição tributária, conforme explicitado na informação fiscal, não procede, na forma do “Demonstrativo da Apuração do ICMS Simples Nacional” (fls. 07, 09 e 11), e corresponde à receita do contribuinte com emissão de documentos fiscais que não detectou nos documentos emitidos, saídas de mercadorias com substituição tributária, como se verifica nas fls. 72 a 123.

Logo, ausentes quaisquer dos elementos determinantes de nulidade, contidos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99, motivo para a não aceitação da arguição de nulidade posta.

Diante do fato de que, embora os documentos fiscais tanto de entrada como de saídas estejam em poder do contribuinte, e não haver comprovação de tais fatos nos autos, não posso acolher tal argumento, nos termos dos artigos 142 “*a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária*” e 143 do RPAF/99 “*a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”.

De mais, a defesa não trouxe de forma objetiva quanto ao mérito, qualquer impugnação aos cálculos efetuados e valores apurados na autuação, o que me leva a julgar o lançamento procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232127.0007/17-5**, lavrado contra **MILITAR COLDRES LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$172.058,43**, acrescido da multa de 75%, prevista na Lei Federal 9.430/96, artigo 44, inciso I, com a redação contida na Lei Federal 11.488/07 além dos acréscimos legais e moratórios devidos.

Sala de Sessões do CONSEF, 11 de julho de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ- JULGADORA