

PROCESSO - A. I. Nº 232127.0007/17-5
RECORRENTE - MILITAR COLDRES LTDA. ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0120-04/18
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/12/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0314-12/19

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 fiscal. Autuação feita com base legal. O contribuinte não contestou valores. Infração mantida. Não acolhidas as questões preliminares aventadas pela defesa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão de a Decisão do Acórdão nº 0120-04/18 ter julgado Procedente o Auto de Infração lavrado em 20/06/2017 para exigir crédito tributário na ordem de R\$172.058,43, bem como multa de 75%, pela constatação da seguinte infração:

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.

A 4ª JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgando, por unanimidade, procedente o presente Auto de Infração.

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 possibilitassem 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 impositivo, 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, inexistente 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 a 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.

Inconformada com a decisão posta, interpôs Recurso Voluntário (fls. 446/462) pertinente, conforme normatizado pelos Artigos 169 “b” e 171, ambos do RPAF.

Inicialmente, argumenta que, em que pese o denodo do eminente 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.

Ressalta que a Junta de Julgamento, ao decidir sobre lavratura de Auto de Infração, nunca deve resolver de plano, uma vez, que se faz necessário verificar se foi observado o devido processo legal, nos moldes do artigo 2º do RPAF/99. Este enunciado assevera a intenção do legislador baiano em assegurar aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal.

Ademais, o Código Tributário Nacional, Lei Complementar à Constituição, elevou 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*”.

Alega que tal imputação de infração não pode prosperar, vez que representa 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 judice*”, devido ao vício de procedimento que possui ser declarada a nulidade.

É cediço que o Sistema AUDIG gera demonstrativos e relatórios de informações a respeito do contribuinte, especialmente para aqueles sujeitos passivos da obrigação tributária, optantes pelo Simples Nacional, como é o caso dos autos. Afirma que a não utilização do método adequado gerou o cerceamento de defesa, bem como, a nulidade do Auto de Infração em comento.

Por fim, assevera ser inaplicável aos autos, a hipótese prevista no do § 1º, do art. 18 do RPAF/99, ante a impossibilidade de saneamento da autuação, 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, 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.

Reclama, pois, ante a injustiça ocorrida, para pleitear que se acolham as razões expostas, impugnando o auto de infração citado.

VOTO

O presente Recurso Voluntário visa combater a infração 1, reiterando as mesmas razões trazidas em sede de impugnação.

Quanto ao pedido de nulidade, 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.

Ficou comprovado que o Autuante cumpriu todos os requisitos legais estabelecidos, nos moldes do artigo 2º do RPAF/99, motivo pela qual não acato o pedido de nulidade.

Afasto a alegação de cerceamento de defesa, pois o Auto de Infração foi lavrado em 29/06/2017, e o Recorrente tomou conhecimento da intimação da lavratura do Auto em 21/07/2017, constando no PAF, um Demonstrativo da Apuração da Apuração do Débito, de 31/01/2014 a 31/12/2016 (fls.4/5), Demonstrativo – Análise do ICMS a Reclamar por tipo de infração, dos anos 2014 a 2016 (fls. 6/11), Levantamento da conta caixa, dos exercícios 2013/2016 (fls.12/34), Relatório de notas fiscais emitidas e segregação de receitas (fls.35/71), Relação das Notas Fiscais 2014/2016 (fls.72/124), Cópias das Notas Fiscais (fls.125/358), Relação das notas fiscais destinadas a autuada, no período de 01/01/2013 a 31/12/2016 (fls.359/376), e o CD com todas informações para auxiliar o Recorrente a avaliar e apurar provas em seu favor (fl.377), coisa, que não o fez na fase inicial e tampouco trouxe nesta fase nenhuma prova concreta.

Não cabe, ao autuado, determinar a forma de como o preposto fiscal deva elaborar os levantamentos e demonstrativos que embasam o seu trabalho, inclusive dizer qual sistema que deveria usar, as circunstâncias da realização do trabalho é que determinam os meios utilizados para sua consecução.

No tocante á segurança em relação ao valor apurado, o autuado tece críticas mas não apontou nenhuma falha cometida na apuração do imposto.

Considerando-se que 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, pois, 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”.

Além do 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.

Diante ao todo exposto, voto em NÃO PROVER o Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232127.0007/17-5**, lavrado contra **MILITAR COLDRES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$172.058,43**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 44, I, na Lei Federal nº 9.430/96, com a redação contida na Lei Federal nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

PAULO SHINYASHIKI FILHO – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS