

A. I. N° - 232109.0016/18-4
AUTUADO - J. M. SILVA ROCHA
AUTUANTE - MAURO SÉRGIO COQUEIRO GAMA
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28.12.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0220-02/18

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. **a)** CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta Caixa indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não elidida a presunção legal. Infração caracterizada. Retificada, de ofício, a multa indicada na autuação. **b)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Comprovado nos autos que mercadorias tributáveis de fabricação do próprio sujeito passivo foram computadas como não tributáveis nas PGDAS do período autuado e os dados do levantamento fiscal não foram contestados. Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 17/06/18 para exigir ICMS, no valor de R\$79.680,84, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 1 - 17.03.07: Deixou de recolher ICMS em razão de saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais e escrituração na contabilidade, presumida pela constatação de suprimento de caixa sem a comprovação da origem do numerário, demonstrado pela existência de saldo credor na conta caixa. Valor: R\$ 10.520,94. Período: Janeiro, Março a Julho, Setembro a Dezembro 2014, Janeiro 2014 a Março 2016. Enquadramento legal: Artigos 18, 21 e 26, I, § 2º, da Lei Complementar 123/06; Artigo 4, § 4º, I, da lei 7.014/96. Multa: Artigo 35 da LC 123/06; ARTIGO 44, I, § 1º, DA LEI FEDERAL 9.430/96, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.488/07.

Consta da descrição que a autuada opera basicamente como indústria de produtos destinados a construção civil e no período fiscalizado (janeiro 2013 a Dezembro 2017) omitiu receitas de vendas. Tais omissões foram apuradas por presunção em ocorrência de saldo credor de caixa. A empresa foi intimada, mas não apresentou os livros Caixa do período fiscalizado e que a ação fiscal reconstruiu a movimentação com base nas informações legais disponíveis e acessíveis. A legislação pertinente ao Simples Nacional, LC 123/06, no art. 34, prevê que “Aplicam-se à microempresa e EPP optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional”.

A Resolução 94 do Comitê Gestor do Simples Nacional regulamentou tal dispositivo (com alterações posteriores feitas pela Resolução 122).

As presunções de omissão de receitas permitem a aplicação da legislação estadual prevista na Lei 7.014/96.

Lembra que o cálculo tributário previsto na apuração pelo Simples nacional prevê o levantamento de “receita bruta acumulada nos 12 meses anteriores ao período de apuração” para fins de definição da alíquota aplicável. Então, a ação fiscal somou as receitas declaradas pela empresa no PGDAs como nas receitas omitidas no PGDAs para estabelecer as alíquotas cabíveis.

A ação fiscal também considerou o ACORDÃO JJF N° 0095-04-17, quanto às alíquotas aplicáveis em casos de não comprovação de origem de saldo de CAIXA.

Foi elaborada a planilha denominada “Omissões de Caixa e SN” anexada em formato digital. Nela estão expostas 5 subpastas que conduzem aos correspondentes cálculos do ICMS devido por omissão de receitas. Inclusive com notas explicativas sobre a proporcionalidade de mercadorias tributadas no âmbito das receitas de vendas declaradas pela empresa. Também foi anexada em formato impresso uma das citadas subpastas denominada “Cálculo de ICMS a Pagar Apurado por Omissão de Pagamentos e de Receitas que serve de base para o demonstrativo desta infração”.

Em razão do prazo decadencial, não foram lançados de ofício os débitos apurados nos meses de Janeiro 2013 a Maio 2013.

Infração 2 - 17.05.01: Deixou de recolher ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo). Valor: R\$69.159,90. Período: Junho 2013 a Dezembro 2017. Enquadramento legal: Artigo 18, da Lei Complementar 123/06. Multa: Artigo 35 da LC 123/06; Artigo 44, I, da Lei Federal 9.430/96, com redação dada pela Lei 11.488/07.

O autuado a apresenta defesa, fls. 50-61. Após reproduzir as infrações suscita preliminar de invalidade do AI por entender que o procedimento fiscal feriu o princípio da legalidade tributária. Transcrevendo o art. 86 da Resolução 140 do CGSN, diz que toda averiguação de dados inerentes a empresa optante do Simples Nacional será registrada no Sistema Eletrônico de Fiscalização, o que, alega, fulmina a ação fiscal, ao invocar cobrança de ICMS adverso das ações instituídas pela LC 123/06.

No caso, observa que a primeira ocorrência do demonstrativo de débito (Janeiro 2014: BC R\$29.150,00, ICMS de R\$ 542,19) já constitui cobrança indevida, pois na planilha de receitas não declaradas (omitidas) no Livro Caixa, em sua coluna Receitas Omitidas, apresenta valor divergente que retrata um quantitativo de R\$ 41.127,88.

Aduz que maior prova se faz com a planilha CÁLCULO ALÍQUOTA DE ICMS EM FUNÇÃO DE RBA ACUMULADO onde se observa que a coluna RECEITA BRUTA MENSAL OMITIDA se apresenta no valor de R\$ 29.149,93, ainda que a diferença seja centavos para penalizar o sujeito passivo, isto se repetindo nos meses posteriores.

Reproduz os arts. 39, IV, e 18, II, do RPAF, para dizer que a nulidade se impõe no caso. Em complemento, também reproduz excerto de doutrina sobre os arts. 37 e 150 da CF/88, bem como ementa de decisão judicial para alegar que a multa aplicada viola o “princípio do confisco de multa fiscal estabelecido pela Constituição Federal”.

No item “III – NO MÉRITO”, diz que o AI deve ser arquivado por insubsistência, pois contraria a legislação e não retrata a realidade à ocasião da escrituração fiscal e contábil. Novamente reproduz o art. 18, IV do RPAF, agora agregado do art. 19, do mesmo regulamento.

Diz não haver clareza “quanto as omissões cometidas onde carece de norma legal exata e indicativa de motivo infracional cometido, ou seja, a infração supostamente cometida se trata de SUPRIMENTO DE CAIXA NÃO COMPROVADO quando há a ocorrência de ingressos no caixa sem comprovação conforme determina o art. 4º, § 4º inciso II SALDO CREDOR DE CAIXA com base no inciso I do mesmo parágrafo?”

Expressa que, “por tratar-se de questões de relevância, impõe-se a nulidade do julgado por esta Corte, reconhecendo de plano a insubsistência do AI, ante as evidentes nulidades insanáveis, tem esta preliminar de prejudicialidade o fim de requerer a V. As. Seja o mesmo considerado nulo de pleno direito, com o seu consequente cancelamento”.

Seguindo, passa a explicar o que é hipótese de incidência nem sempre se resume em fato gerador de um tributo.

Com relação a descrição dos fatos diz partir do “pressuposto de que a ACÃO FISCAL RECONSTRUIU A MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA COM BASE NAS INFORMAÇÕES DISPONÍVEIS sem considerar o saldo de caixa do exercício anterior que é fato imprescindível para consequência das operações realizadas pela empresa na busca da reconstituição do saldo real de caixa, contribuindo DUPLAMENTE na PRETERIÇÃO DO DIRETO DE DEFESA”.

No item “III.1 – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE”, alega até admitir algum erro formal, mas que erro formal não implicou na falta de pagamento de imposto. Nesse caso, diz, se houve erro formal, a pena a ser aplicada não pode ser a cobrança de percentual sobre o valor da operação, por não existir fato gerador, o que entende decorrer do art. 112 do CTN, que reproduz.

Em seguida, também reproduz ementa do Acórdão CJF nº 0208-12/05 para dizer que a existência por se só de saldo credor apurado extra contabilmente não caracteriza omissão de receita, pois há divergência temporal entre a emissão de NF de saída e sua contabilização, bem como a escrituração das despesas, obrigações e aquisições de mercadoria em geral, isso, sem falar na sobreposição de uma omissão a outra, visto que não é abatido do saldo do período anterior que já foi penalizado.

Conclui requerendo:

- a) Seja recebida e apreciada a Impugnação;
- b) Que o AI seja declarado nulo de pleno direito;
- c) Com fulcro no § 3 do art. 123 do RPAF, requer diligência na busca da reconstituição do caixa da empresa e seus subsequentes saldos, tendo em vista a omissão do saldo inicial por parte do autuante.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 67-71. Reproduz as infrações e diz que os fatos estão detalhados na descrição de fls. 1 e 2 do PAF e as planilhas de fls. 21-32 explicam as infrações e os cálculos, que também constam em formato digital no CD de fl. 45.

Informa que a empresa opera com atividade principal de fabricação de tintas, vernizes, esmaltes e lacas (fl. 10) e foi fiscalizada no 2º trimestre 2018 e foram lavrados três AIs (2321090017/18-8, 2321000018/18-7 e 2321090016/18-4). Resume os argumentos defensivos e destaca alguns de seus aspectos que constam das fls. 52-60, mas não acata as alegações defensivas pelas seguintes razões:

1. A Defesa não nega a falta de escrituração de suas despesas nos livros Caixa, nem prova o contrário, pois sequer contesta a acusação de que a autuada não apresentou os livros Caixa obrigatórios, quando intimada;
2. As alegações teóricas de “nulidade”, “cerceamento de defesa”, “duplicidade”, “confisco”, dentre outras alegações não se sustentam em provas juntadas aos autos. São apenas alegações teóricas sem embasamento técnico e se confunde entre os conceitos de “saldo credor de caixa” com “suprimento de caixa”;
3. Ainda em relação à Infração 01, diz notar confusão quanto ao demonstrativo de débito do AI e as planilhas de cálculo que foram incluídas no PAF com cópia entregue ao contribuinte (recibo de fl. 45). Aduz que tais planilhas reúnem os conceitos de “suprimento de caixa”, “presunção de omissão de receitas”, “receitas tributadas proporcionais” “receitas brutas acumuladas em 12 meses anteriores”, “alíquotas escalonadas por faixa de receitas”, dentre outros, para o levantamento do valor tributário;
4. Entende que as planilhas de cálculo com suas notas explicativas são compreensíveis. Portanto, vê a Impugnação imotivada, porque os cálculos tributários são fiéis à LC 123/2006 e seus anexos;

5. Quanto à alegação de “divergência temporal entre a emissão de NF de saída e sua contabilização, diz ser exatamente isto a motivação da autuação: suprimento de caixa sem comprovação da origem do numerário, pois se a autuada houvesse emitido as NFs de saídas correspondentes, comprovado os ingressos no caixa, a infração não ocorreria. Ressalta que nem na oportunidade da defesa os livros Caixa foram apresentados para desfazer a “divergência temporal entre a emissão de NF de saída e sua contabilização”, alegada na Defesa, nem mesmo apresentou planilha de cálculo para contradizer a da acusação fiscal;
6. Quanto à discordância sobre a Infração 02, sugere a releitura da descrição da infração e o acesso às suas planilhas suporte, atentando para as correspondentes notas explicativas nelas constantes;
7. Explica que a Infração 01 se refere a falta de recolhimento do ICMS por omissão de receitas, ao passo que a Infração 02 expõe a falta de recolhimento do ICMS mesmo quando a autuada declarou receitas de vendas. Lembra que nesta infração a autuada emitiu NF-es e, posteriormente, elas foram declaradas no PGDAS como receitas não tributadas pelo ICMS;
8. Diz que a Infração 02 representa o cálculo do ICMS apurado dentro do regime do Simples Nacional e devido porque a autuada declarou como não tributáveis receitas que são tributáveis pelo ICMS, em operações próprias da empresa. Aduz que a sistemática de cálculo do ICMS no regime do Simples Nacional é complexa em razão do entrelaçamento de vários conceitos, tais como: “receita bruta acumulada nos 12 meses anteriores ao período de apuração”, “proporcionalidade entre vendas de mercadorias tributadas e não tributadas pelo ICMS”, “alíquota escalonada por faixa de receitas totais”, etc;
9. Porque elaborou as planilhas da ação fiscal atendendo a todos os conceitos e fórmulas de cálculo previstos na LC 123/2006 e seus anexos, não ocorrendo descuido, nem inexperiência na elaboração das planilhas suporte da autuação;
10. Porque a alegação de que a Infração 02 carece de comprovação não resiste, até porque o Impugnante não apresentou novos cálculos ou demonstrativos, ou provas para embasar tal alegação.

Concluindo, reafirma os cálculos da ação fiscal e pede que o AI seja julgado procedente.

Às fls. 76-87, o Impugnante se manifesta repetindo os argumentos da Defesa e à fl. 98, o autuante informa nada mais ter que acrescentar à Informação Fiscal anterior, pois o Impugnante apenas repetiu as alegações defensivas da Defesa, já apreciadas anteriormente.

VOTO

Conforme acima relatado, o AI contém sete infrações que totalizam a exação fiscal de R\$79.680,84. Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 04, 09, e 45, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 21-32 e CD de fl. 45); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise. Por consequência, não há falar em nulidade do AI.

A exação fiscal decorre de obrigação tributária liquidada por Autoridade Fiscal competente do Ente tributante, mediante regular procedimento administrativo, cujos elementos determinantes previstos no art. 142 do CTN (ocorrência do fato gerador; determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e multa proposta) constam claramente identificados nos autos.

Ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

A apuração do imposto em todas as infrações foi corretamente realizada e consta claramente demonstrada nos arquivos constantes do CD de fl. 45.

Trata a infração 1 da falta de recolhimento de ICMS em decorrência de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade apurada por meio da constatação de suprimentos de caixa de origem não comprovada, demonstrada pela ocorrência de saldos credores na conta Caixa, conforme demonstrativo de fls. 24-26, 30-32 e CD de fl. 45.

Para o caso, o disposto no artigo 9º da Resolução CGSN nº 30, de 07/02/2008 reza que se aplicam aos optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional.

De acordo com o artigo 4º, § 4º, inciso I, da Lei 7.014/96, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar saldo credor de caixa, cabendo ao contribuinte o ônus de comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Visando elidir a presunção legal que embasou a exigência fiscal, sem negar a falta de escrituração das despesas levantadas no procedimento fiscal e apostas no demonstrativo de fls. 24-26 (coluna “Pagamentos efetuados” X Coluna “Receitas declaradas) ou contrastar os dados do procedimento fiscal, o autuado alega: a) inexistentes questões formais que levariam nulidade do PAF por “cerceamento ao direito de defesa”; b) duplicidade de cobrança por sobreposição de valores por falta de abatimento de saldo do período a omissão do período anterior que já teria sido penalizado, o que não se vê no demonstrativo próprio do cálculo de receitas não declaradas ou omitidas no Livro Caixa (fls. 24-26); c) cobrança com efeito de confisco por ilegitimidade de multa proposta, aspecto cuja adequação oportunamente apreciarei e, finalmente; d) divergência temporal entre a emissão de NF de saída e sua contabilização, o que, ao fim e ao cabo, de certa forma, este é o aspecto motivador da infração, uma vez que é a presunção legal de receita tributável auferida sem o indispensável documento fiscal correspondente que propiciou o suprimento de caixa cuja origem diversa não foi comprovada pelo sujeito passivo, de modo a ilidir a acusação fiscal.

Ora, compulsando os autos vejo que não há como prosperar a arguição defensiva, haja vista que a descrição da irregularidade foi feita de forma clara e objetiva. Ademais, para todas as infrações, o lançamento tributário se faz acompanhar de demonstrativos contendo a indicação dos documentos fiscais objeto de autuação e demais expressões das irregularidades constatadas, cujas cópias, como acima indicado, foram entregues ao autuado, elucidando e discriminando todos os dados necessários para o entendimento das infrações, dos valores apurados e da metodologia empregada no procedimento fiscal.

Para ambas exações, o AI consigna os dispositivos legais dados como infringidos, aduzindo as respectivas motivações, com a indicação dos fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, restando clara a finalidade e o objeto do ato de constituição do

crédito tributário, permitindo a compreensão das irregularidades e esclarecendo a motivação da autuação.

Especificamente para a Infração 01, a exação fiscal tem suporte no demonstrativo de 24-26, 30-32 e CD de fl. 45, nos quais se detalha os cálculos e os dados considerados na apuração do imposto devido, que, repito, não foram contestados na Impugnação.

É que, ainda que seja absoluto direito do contribuinte autuado, para surtir os efeitos pretendidos, o direito de defesa há que ser exercido dentro de determinados parâmetros. Nesse sentido, o artigo 123 do RPAF dispõe:

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação.

§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.

...

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportunamente, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Portanto, considerando que recebendo cópia dos demonstrativos e do CD de fl.31, suportes detalhados das irregularidades constatadas no procedimento fiscal, relacionando os documentos fiscais em que se apurou o valor do imposto devido por regulares roteiros de fiscalização, o sujeito passivo nada diz a respeito, tenho que o caso se enquadra nas disposições dos arts. 140, 141 e 142 do RPAF, abaixo reproduzidos:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Dessa forma, o autuado não logrou comprovar a improcedência da presunção legal que embasou a exigência fiscal tratada na Infração 1. Concluo pela subsistência deste item do lançamento, tendo em vista que a ocorrência de saldo credor da conta Caixa indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

A Infração 02 se refere a falta de recolhimento de ICMS em razão de o autuado ter considerado receita tributável como não tributável. Como expresso na descrição da Infração e visto na planilha de fls.65-66, tais produtos, de fabricação própria do contribuinte autuado (tintas, vernizes, esmaltes e lacas) são mercadorias tributáveis pelo ICMS e, como exposto nas planilhas/demonstrativos suporte da exação fiscal, o procedimento apenas cuida de adequar a tributação dos valores, ainda que declarados em PGDAS – mas como não tributáveis – dentro da sistemática de cálculo do regime do Simples Nacional, evidentemente, estratificando a tributação conforme a alíquota da faixa de receita totais. Portanto, ao contrário do que alega o Impugnante, tudo atendendo ao comando da Lei Complementar 123/2006.

A Lei Complementar nº 123/2006 prevê que sobre a receita bruta auferida no mês, incidirá a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º do artigo 18, podendo o contribuinte optar que a incidência se dê sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irretroatível para todo o ano-calendário.

No caso em análise a autuada é acusada de deixar de incluir na Receita Bruta do mês, valores relativos a vendas de mercadorias tributáveis de fabricação própria, as considerando sem tributação quando deveria tê-las incluído no montante a ser tributado (conforme demonstrado na relação de vendas mostrada na planilha “ST saída 2013 a 2017”, CD de fl. 45, com exemplo

impresso de fls. 65-66), haja vista que a sistemática de apuração dos valores mensais a recolher exige que se considere no cômputo da receita bruta o total do produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, conforme §1º, do art. 3º da Lei nº 123/06.

Ora, o autuante demonstra os valores das receitas brutas apurados mês com base nos dados obtidos das informações prestadas pelo próprio contribuinte através do PGDAS-D que tem caráter declaratório e a acusação funda-se na constatação de que o Autuado considerou na apuração mensal do ICMS a recolher, receita tributável como não tributável, incorrendo em erro na determinação da base de cálculo e na aplicação das alíquotas, o que repercutiu em falta de pagamento do ICMS devido a título do SIMPLES NACIONAL, tudo demonstrado pelo autuante nas planilhas suporte da autuação (fls. 30-32 – coluna “ICMS declarado devido A PAGAR”).

Observo que prestada a Informação Fiscal, tendo o autuante detalhadamente pontuado e rebatido as alegações defensivas, de modo as esclarecer as dúvidas de leituras dos demonstrativos da ação fiscal cujas cópias foram entregues ao contribuinte, o Impugnante voltou a se manifestar apenas repisando as genéricas e evasivas alegações defensivas iniciais, o que denota a fragilidade para ilidir as calçadas acusações fiscais.

Assim, considerando ainda que nenhuma falta foi alegada com relação aos demonstrativos de levantamento do débito objeto da autuação ou mesmo quanto ao valor apurado pelo fisco, e que do exame do levantamento fiscal nada foi apurado que maculasse o feito empreendido pela autuação, tenho a Infração 02 como subsistente.

Quanto ao argumento de inconstitucionalidade ou ilegalidade genericamente arguido, inclusive com respeito ao entendimento de confiscatoriedade da multa pelo descumprimento da obrigação tributária principal, limito-me a afirmar que é a penalidade legalmente prevista e a citar o art. 167 do RPAF que exclui da competência dos órgãos administrativos julgadores: I - a declaração de inconstitucionalidade; II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida. III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Contudo, ainda que a Impugnação seja ineficaz para os fins que se destina, de ofício, observo que a multa de 150% indicada para a infração 1 deve ser retificada para 75%, com base no art. 35 da LC 123/06 combinado com o art. 44, I da Lei 9.430/96 e art. 16, inciso I da Resolução CGSN Nº 30 de 07/02/2008. Esses mencionados dispositivos legais estabelecem que o descumprimento de obrigação principal devida no âmbito do Simples Nacional sujeita o infrator à multa de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido (art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007).

De acordo com o § 1º do art. 44 da Lei 9.430/96 e inciso II do art. 16 da Resolução CGSN Nº 30 de 07/02/2008, aplica-se a multa de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido, nos casos previstos nos artigos 71 (sonegação), 72 (fraude) e 73 (conluio) da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. Neste caso, a legislação estabelece que multa duplicada quando forem identificadas as hipóteses descritas nos referidos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964, quais sejam sonegação, fraude e conluio.

Para se aplicar o mencionado dispositivo legal de forma a duplicar a multa para 150% é necessário estar caracterizado nos autos o dolo, elemento subjetivo que não pode ser presumido, devendo ficar demonstrado e comprovado. No caso em exame, o autuante fundamentou a exigência do imposto como omissão de saídas e não apontou, sequer, qual dos três ilícitos descritos na Lei 4.502/64 que teria motivado a duplicação da multa exigida.

Considerando as definições referentes à sonegação, fraude e conluio constantes nos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502, de 30/11/1964, entendo que não houve no presente processo o registro de fatos que comprovem a existência dos referidos elementos para ensejar a aplicação da multa no percentual de 150%, devendo ser reduzida a referida multa aplicada na infração 1 para 75%.

Face ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, retificando, de ofício, a multa indicada na infração 1 para 75%.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **233109.0016/18-4**, lavrado contra **J. M. SILVA ROCHA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$79.680,84**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC 123/06; art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala de sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR