

A. I. N° - 211329.0098/15-6  
AUTUADO - PAVIMENTO SOLUÇÕES EM FERRAMENTAS LTDA. - ME  
AUTUANTE - ALEXINALDO DA SILVA LIMA  
ORIGEM - INFAC VAREJO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 24.10.2016

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0166-02/16**

**EMENTA:** ICMS. 1. REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTES SIMPLES NACIONAL. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA APLICADA A MENOS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Fato comprovado nos autos. Infração subsistente. 2. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 3. OMISSÃO DE RECEITA APURADA. LEVANTAMENTO FISCAL. Infração subsistente. O defensor não nega o cometimento das infrações, limitando-se a impugnar a multa indicada na autuação, a qual foi corretamente aplicada. Não cabe a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/12/15, reclama ICMS no valor histórico total de R\$44.151,82, imputando ao autuado as seguintes acusações:

Infração 1 - 17.02.01. Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas 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, nos meses de abril a dezembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014. Foi lançado imposto no valor histórico de R\$6.334,00, mais multa de 75%.

Infração 2 - 17.03.16. Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões - sem dolo, nos meses de janeiro a novembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014. Foi lançado imposto no valor histórico de R\$37.090,50, mais multa de 75%.

Infração 3 - 17.03.12. Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal - sem dolo, nos meses de maio, novembro de 2013 e abril de 2014. Foi lançado imposto no valor histórico de R\$727,32, mais multa de 75%.

O autuado apresenta defesa (fls. 143 a 150) e, inicialmente, demonstra a tempestividade da impugnação e faz uma síntese da autuação. Em seguida, passa a impugnar o Auto de infração conforme relatado a seguir.

Menciona que no Auto de infração foi aplicada multa de 75% em todas as infrações, utilizando como fundamento legal o art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, cujo teor reproduziu. Aduz que, da leitura desse dispositivo legal, conclui-se que a falta de pagamento ou recolhimento e a falta de declaração ou inexatidão ensejam a aplicação da referida multa.

Argumenta que a aplicação de uma multa de 75%, sem levar em conta nenhum tipo de balizamento ou proporcionalidade, caracteriza afronta aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da vedação ao confisco. Cita o art. 150, IV, da Constituição Federal, para respaldar seus argumentos. Diz que se pode extrair deste dispositivo que o valor de um tributo, e até a sua multa, deve-se observar a capacidade contributiva do sujeito passivo, de forma que não onere a tal ponto que lhe confisque bens de direito.

Esclarece, ainda, que mesmo a multa sendo caracterizada como uma sanção a ato ilícito, ela não tem por finalidade a produção de receita pública, mas sim, a função de desestimular o comportamento que configura sua hipótese de incidência. Pontua que a aplicação da multa nesse nível exorbitante, fugiria da sua própria finalidade e onera o contribuinte em comento do que ele é capaz de arcar. Reproduz jurisprudência para embasar esse seu entendimento.

Afirma que, conforme decisão do TRF, a multa indicada e aplicada no Auto de Infração é desproporcional, pois deveria ser balizada caso a caso, já que uma vez aplicada diretamente teria feição confiscatória para o autuado.

Frisa que, se alguma informação equivocada ocorreu, ela comprometeu os cofres públicos apenas nas diferenças de recolhimento, mas nunca como vem sendo cobrado neste Auto de Infração, impondo à empresa um ônus exorbitante. Destaca que se deve ter em conta que a República funda-se na justiça: “é a proporcionalidade que se reclama quando se aplicar cada regra jurídica; é a densidade que se requer presente em cada norma; é a vedação do confisco, parâmetro básico para a aplicação das regras tributárias, que se coloca para refrear a imposição de multas que exaure o patrimônio do contribuinte”.

Salienta que esses três valores devem ser sopesados, o que frisa não ter sido feito na presente autuação. Registra que deve estar presente a necessidade de que a regra sancionatória preveja, de forma precisa, os limites máximos e mínimos da pena, porque é imperativo da ordem constitucional que toda a infração tenha uma consequência certa. Transcreve farta doutrina para embasar sua tese.

Explica que o princípio da razoabilidade veda as sanções que extrapolam a sua finalidade, bem como reclama a correta adequação entre as regras de direito e o meio concreto a que elas se referem. Sustenta que a redução das multas de mora do direito do consumidor a razoáveis 2% sobre o valor do contrato, o que vem acusar a necessidade de que também se imponha limites à aplicação das gravosas penalidades tributárias. Diz que não se trata de aplicação analógica da regra advinda do direito do consumidor, até porque seria ela descabida diante de expressa previsão legal do sistema tributário (CTN, artigos 108, §2º, e 111, do CTN). Aduz que se trata de aplicação de princípios constitucionais elementares, que dizem respeito à vedação ao confisco e à proporcionalidade que há de existir entre a finalidade e os efeitos da norma.

Sustenta que, uma vez demonstrado a falta de balizamento dos princípios constitucionais, resta claro que o contribuinte não poderia ser apenado pela multa de 75%, especialmente porque não está discutindo nenhuma questão de fraude ou dolo que pudesse justificar tal majoração, mas apenas recolhimentos a menos que foram ocasionados por equívocos da empresa, comuns a qualquer atividade comercial que se encontra repleta de afazeres e obrigações acessórias de diversas legislações.

Conclui que, pelas razões expostas, não pode persistir a aplicação da multa de 75%, pois não houve balizamento de acordo com o caso concreto, muito menos forma respeitados os princípios constitucionais de não vedação ao confisco, proporcionalidade e razoabilidade. Requer que seja reduzida a multa de 75% para o patamar de 50%.

Na informação fiscal, fls. 165 a 167, o autuante afirma que o impugnante, embora reconheça as infrações apuradas, solicita a multa indicada na autuação passe de 75% para 50%.

Menciona que a Lei Complementar nº 123/06, no *caput* do art. 35, prevê que aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e empresas de pequeno porte, optantes do SIMPLES NACIONAL aplicam-se as normas relativas aos juros e multa, de ofício, previstas para o imposto

de renda. Em seguida, diz que a multa aplicada às Infrações 1, 2 e 3 está em conformidade com inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, cujo teor reproduziu.

Assinala que é de competência do CONSEF cancelar ou reduzir multas, não lhe cabendo entrar na avaliação de mérito ou pertinência de tal redução. Ressalta que foi constatada a ausência de dolo por parte do autuado, tendo o mesmo cooperado com os trabalhos fiscalizatórios, sem oferecer qualquer embaraço.

Por fim, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente, pois resta comprovado, inclusive com o reconhecimento do autuado na parte não impugnada, que é devido o montante do ICMS lançado no Auto de Infração em comento.

## VOTO

Conforme já relatado, no Auto de Infração em comento o autuado foi acusado de ter recolhido a menos ICMS devido na condição de optante pelo Regime do Simples Nacional (Infração 1) e de ter omitido operações de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento das vendas pagas com cartão de crédito/débito (Infração 2) e mediante levantamento fiscal (Infração 3). Por essas infrações, foi lançado ICMS no valor de R\$ 44.151,82, mais multa de 75%.

De ofício, observo que as infrações imputadas ao autuado foram descritas de forma clara e precisa, tendo o autuante acostado aos autos cópia impressa dos demonstrativos que embasaram o lançamento - fls. 11 a 27, bem como dos documentos que respaldam esses demonstrativos – fls. 30 a 137. Também foi anexado ao processo um CD, fl. 139, no qual constam cópias desses referidos demonstrativos, inclusive dos relatórios TEFs utilizados na auditoria. Ressalto que o autuado recebeu cópia desses demonstrativos e do CD, conforme recibo às fls. 18-A, 27, 137 e 138. O lançamento encontra-se revestido das formalidades legais previstas, não ensejando qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do sujeito passivo. Não vislumbro, portanto, a existência de vício capaz de macular de nulidade o Auto de Infração ou o correspondente processo administrativo fiscal.

Em sua defesa, o autuado não impugna o montante do ICMS que foi lançado, não indica equívoco na apuração dos valores cobrados e nem contesta a metodologia empregada na ação fiscal. Porém, o defendant questiona a multa indicada nas três infrações, equivalente a 75% do valor do imposto não recolhido, assim como solicita que essa multa seja cancelada ou reduzida.

Sustenta o defendant que a multa indicada na autuação, equivalente a 75% do valor do imposto exigido, afronta os princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade e da vedação do confisco, bem como diz que não foi considerada a capacidade contributiva do sujeito passivo. Aduz que a multa não tem por finalidade a produção de receita pública. Frisa que não agiu de forma dolosa ou fraudulenta, tendo o recolhimento a menos do imposto decorrido de equívocos cometidos no desenvolvimento de suas atividades comerciais. Solicita que a penalidade seja reduzida de 75% para 50%.

Inicialmente, há que se ressaltar que o autuante, ao indicar a multa cabível para os ilícitos fiscais descritos no Auto de Infração, agiu no cumprimento de seu dever funcional, pois, nos termos do art. 142 do CTN, a autoridade administrativa que efetuar o lançamento tributário de ofício deverá, *sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível*. Nesse ponto, é importante salientar que o parágrafo único desse mesmo artigo expressamente prevê que a *atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional*.

No caso em tela, a legislação tributária que trata das empresas inscritas no Regime do Simples Nacional, expressamente, prevê a aplicação de multa para as infrações que foram apuradas.

Como foi dito na informação fiscal, a Lei Complementar 123/06, no seu artigo 35, prevê que “*Aplicam-se aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS*”.

Por seu turno, a Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 15/06/07, no seu artigo 44, inciso I, assim dispõe:

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)*

*I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)*

Dessa forma, a multa indicada para as infrações apuradas no lançamento tributário de ofício está em perfeita consonância com os dispositivos legais que preveem essa penalidade.

Ressalto que o fato de o autuado não ter agido de forma dolosa já foi sopesado no momento da indicação da multa, pois, se tivesse restado comprovado algum dolo, a pena seria de 150%.

A tese defensiva de que a multa indicada na autuação teria afrontado os princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade, vedação do confisco e capacidade contributiva não merece acolhimento, uma vez que a penalidade aplicada está expressamente prevista na legislação pertinente para as infrações apuradas, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária, nos termos do art. 125, I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB).

O pleito defensivo atinente à redução ou dispensa de multa não pode ser acolhido, uma vez que a pena indicada na autuação é decorrente de descumprimento de obrigações principais e, portanto, fora da competência das Juntas de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda.

Em face ao acima exposto, as infrações descritas no Auto de Infração subsistem integralmente, bem como é cabível a multa de 75% indicada na autuação.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **211329.0098/15-6**, lavrado contra **PAVIMENTO SOLUÇÕES EM FERRAMENTAS LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$44.151,82, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 35, da LC, c/c 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, dada pela Lei Federal nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR