

PROCESSO - A. I. N° 232331.0008/16-5  
RECORRENTE - JORGE LUIS SILVA NETO (EMPORIO DOS FRIOS) - ME  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3<sup>a</sup> JJF n° 0266-03/16  
ORIGEM - INFAS ATACADO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/06/2017

**2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0156-12/17**

**EMENTA:** ICMS. 1. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 2. REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES NACIONAL. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA APLICADA A MENOS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Fato comprovado nos autos. Infração subsistente. O defensor não negou o cometimento das infrações, limitando-se a requerer a redução da multa indicada na autuação. Não cabe a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária ou se negar a aplicá-la e muito menos reduzir multa por descumprimento de obrigação principal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência do presente Auto de Infração, lavrado em 15/06/16 para imputar ao contribuinte o cometimento de duas imputações, todas objeto do presente Recurso, como a seguir descrito:

*Infração 1 - omitiu saídas de mercadorias tributadas, presumidas por meio de levantamento de vendas com pagamentos efetuados com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões - sem dolo -, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2015. Foi lançado ICMS no valor de R\$129.333,73, acrescido da multa de 75%;*

*Infração 2 - efetuou recolhimento a menos do ICMS declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2015. Foi lançado imposto no valor de R\$172.852,80, acrescido da multa de 75%.*

A Junta de Julgamento decidiu a lide com os seguintes fundamentos:

**VOTO**

*Compulsando os autos, não vislumbro na autuação qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, que foi exercida plenamente, haja vista que o sujeito passivo demonstrou perfeito conhecimento das infrações, as quais foram fundamentadas em demonstrativos analíticos e documentos fiscais, cujas cópias foram fornecidas ao contribuinte. De fato, resta evidenciado os dispositivos do regulamento considerados infringidos pelo contribuinte foram indicados no Auto de Infração, bem como os dispositivos legais referentes à multa proposta.*

*Na lavratura do presente Auto de Infração, cujos fatos geradores ocorreram no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2015, a fiscalização adotou procedimentos que encontram amparo nas alienas “a” e “b”, do inciso I, no §8º, do art. 129, das Disposições Transitórias da Resolução do CGSN N° 94/2011, eis que lastreado na legislação tributária de regência do Estado da Bahia. Portanto, não vislumbro nos autos qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade como suscitou o defensor.*

*Em sua defesa, o autuado suscitou como ilegalidade na autuação por inobservância do devido processo legal em razão da fiscalização ter identificado infração à legislação tributária - exclusão da base cálculo do Simples Nacional da parte devida a título de ICMS por entender ser titular de isenção fiscal - perpetrada por ele reiteradamente por 36 meses e não ter procedido à sua exclusão de ofício no Simples Nacional, conforme disposto no art. 75 da Resolução do CGSN Nº 94, de 29 de novembro de 2011.*

*Convém salientar que a adesão ao regime simplificado do Simples Nacional é uma prerrogativa do contribuinte. Compete a ele avaliar se é vantajoso ou não essa opção em comparação com a adoção do regime normal de apuração do imposto, que utiliza o regime de conta - corrente fiscal, no qual, as operações isentas não são oferecidas à tributação. Distintamente do Simples Nacional que na apuração do imposto a base de cálculo é decorrente da receita bruta auferida. Ademais o defendente que atua no ramo de "Comércio Varejista de mercadorias com predominância de produtos alimentícios", como se verifica no cadastro do INC - Informações do Contribuinte à fl. em geral, apesar de afirmar "ser titular de isenção fiscal" não traz aos autos qualquer comprovação de sua alegação.*

*Logo, não há como prosperar o argumento da defesa, optante do Simples Nacional, ao ser autuado por cometer irregularidades continuadas e por ele próprio reconhecidas, invocar a sua exclusão de ofício por haver previsão legal para o sujeito ativo assim proceder. É bom que se frise que, por ocasião da lavratura do Auto de Infração, o impugnante encontrava-se regularmente submetido ao regime do Simples Nacional, inclusive com recolhimentos regulares no período fiscalizado, como se verifica nas Relações de DAEs acostadas às fls. 46 a 50. Ocorrendo as situações tipificadas no art. 29 da Lei Complementar 123/2006, é atribuída ao Sujeito Ativo, tão-somente, a prerrogativa de promover a exclusão de ofício do Simples Nacional.*

*Concordo com o entendimento da autuante de que o legislação de regência estabelece como parâmetros, não a ocorrência continuada da irregularidade, como aduz o impugnante, e sim, a apuração da infração com a lavratura do auto ou notificação fiscal e o lapso de tempo em que ocorreria a repetição do fato, ou seja, os últimos cinco anos-calendário. Assim, a exclusão somente poderá ocorrer a partir da segunda autuação fiscal, referente ao mesmo fato, com Decisão transitada em julgado.*

*Ademais, a descrição das infrações permite, claramente, identificar sobre o que está sendo imputado ao contribuinte, não ocorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF-BA/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento. Pelo expedito, considero superadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo defendente.*

*No mérito, a Infração 01 trata de omissão de saída de mercadoria tributada presumida, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2015, conforme demonstrativos acostados às fls. 14 a 43.*

*À época dos fatos geradores, o autuado estava inscrito no SIMPLES NACIONAL, na condição de microempresa, tendo sido realizado confronto entre o total de vendas efetuadas pelo contribuinte de acordo com os documentos fiscais emitidos por meio de cartão de crédito/débito e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões.*

*Foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no §4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96.*

*Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, tendo sido entregue ao sujeito passivo o Relatório TEF Diário por Operação, fl. 127, o que lhe possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções "Z" e documentos fiscais de vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/ crédito.*

*A exigência de imposto por presunção legal, que pode ser elidida pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, compete ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF-BA/99. No entanto, o defendente não carreou aos autos comprovação alguma que pudesse elidir a acusação fiscal.*

*A Infração 02 do Auto de Infração se refere ao recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2015, conforme demonstrativos acostados às fls. 14 a 43.*

*Este segundo item do Auto de Infração está relacionado com a Infração 01. Em virtude disso, seus demonstrativos são compartilhados. Logo, resta patente que os dados constantes nos demonstrativos atinentes a esse item da autuação representam aqueles decorrentes das receitas efetivas obtidas pelo estabelecimento autuado, o que traduz o correto procedimento que apurou os valores lançados pelo autuante, em consonância com a inclusão na receita bruta da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada na Infração 01.*

*Consigno que, em relação ao mérito da autuação, o sujeito passivo em suas razões de defesa, não apresentou qualquer documento ou demonstrativo para contrapor aos elaborados pela autuante.*

*Entendo que estão caracterizadas as infrações apontadas, sendo devido o imposto calculado nos demonstrativos AUDIG elaborados pela autuante, tendo sido apurado o débito considerando a condição do autuado como optante pelo Simples Nacional.*

*Concluo pela subsistência das infrações 01 e 02, nos valores constantes no demonstrativo de débito.*

*Em face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

O sujeito passivo, inconformado com a Decisão de primeira instância, interpôs Recurso Voluntário, argumentando que, por entender que faz “*jus à isenção legal conferida pela legislação estadual do ICMS, procedeu à exclusão da alíquota dessa exação quando do cálculo do valor do Simples Nacional para as competências de janeiro/2013 a dezembro/2015, ou seja, perpetrou infração à legislação reiteradamente por 36 meses*”.

Sendo assim, “*uma vez identificada a reiterada infração à legislação tributária que regulamenta a matéria, cumpre à autoridade fiscal, obrigatoriamente, atender ao quanto disposto no art. 75 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011*”, isto é, deveria tê-lo excluído, de ofício, do cadastro de contribuintes do Simples Nacional, por ter infringido as disposições do “*art. 29 da Lei Complementar 123 e ao art. 4º da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011*”.

Observa que, “*no âmbito federal, as decisões proferidas pelas Juntas de Julgamento da DRJ não destoam do entendimento ora sustentado*”, consoante a Decisão da Delegacia da Receita Federal em Porto Alegre que reproduziu.

Alega que a fiscalização incorreu em ilegalidade, pelo fato de se ter “*omitido na obrigação legal de proceder à exclusão do contribuinte do Simples Nacional após identificação de reiterada (36 infrações) infração à legislação tributária – em total prejuízo ao contribuinte que goza de isenção do ICMS concedida pela legislação estadual*”.

Salienta que, “*uma vez perpetrada a exclusão do contribuinte do Simples Nacional, ao fiscal cumpre proceder à constituição do crédito tributário a partir da legislação estadual que regulamenta o ICMS na unidade da federação respectiva*”, chamando a atenção para o fato de que “*é isento a partir da legislação do Estado da Bahia*”.

Aduz que, não obstante isso, não foi “*realizado o procedimento legal na íntegra em razão da sanha arrecadatória do Fisco Estadual, vez que a autoridade fiscal, a partir da legislação estadual estar-se-á diante de isenção legal conferida ao contribuinte*”.

Alega, ainda, que “*esqueceu-se a fiscalização de seguir na íntegra a legislação federal que regulamenta a matéria, tendo utilizado exclusivamente os dispositivos que favorecem ao fisco estadual, à revelia do procedimento legal estampado na norma regente*”, haja vista que, de acordo com o artigo 79 da Resolução CGSN nº 94/11, deveria ter sido lavrado Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do Sefisc, e não o presente Auto de Infração. Transcreve a doutrina a respeito.

Conclui que resta configurada “*a manifesta inconstitucionalidade e ilegalidade do lançamento fiscal realizado pela Secretaria da Fazenda da Bahia – ente federado – para fins de constituir crédito tributário decorrente de obrigação principal mediante “Auto de Infração” próprio da SEFAZ, vez que há previsão legal vinculando a autoridade fazendária para proceder ao lançamento através de Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do Sistema Eletrônico Único de Fiscalização, o que macula o Auto de Infração de vício insanável*”.

*Ad argumentandum, requer que seja aplicada a legislação federal referente à multa, reduzindo-a em 90%, conforme o inciso I do artigo 38-B da Lei Complementar nº 147/14.*

Finalmente, requer a nulidade ou a improcedência do lançamento de ofício, ou, sucessivamente, “*a redução da multa aplicada no Auto de Infração em 90% (noventa por cento), vez a previsão legal estampada no art. 38-B da LC 147/14*”.

## VOTO

O presente processo é composto de duas infrações, constatadas em estabelecimento de

contribuinte optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

O recorrente suscitou a nulidade do Auto de Infração por dois motivos:

1. a Fiscalização deveria tê-lo excluído do regime do Simples Nacional, tendo em vista que, por fazer *“jus à isenção legal conferida pela legislação estadual do ICMS, procedeu à exclusão da alíquota dessa exação quando do cálculo do valor do Simples Nacional para as competências de janeiro/2013 a dezembro/2015, ou seja, perpetrou infração à legislação reiteradamente por 36 meses”*;
2. foi lavrado Auto de Infração, de competência estadual, quando deveria ter sido expedido Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do Sefisc, nos termos do artigo 79 da Resolução CGSN nº 94/11.

Quanto à primeira alegação, verifico que, conforme o disposto nos artigos 28 a 32 da Lei Complementar nº 123/06, a exclusão de empresas do Simples Nacional pode ser feita de ofício ou por iniciativa dos próprios contribuintes.

A exclusão de ofício poderá ser feita por qualquer um dos entes federativos e ocorre, dentre outras hipóteses, quando *“tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto”* na Lei Complementar (artigo 29, inciso V, da Lei Complementar nº 123/06).

Já o § 9º do artigo 29 da citada Lei Complementar estabelece o que vem a ser *“prática reiterada”* da seguinte forma: (i) a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, **formalizadas por intermédio de Auto de Infração ou notificação de lançamento**; ou (ii) a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

O artigo 75 da Resolução CGSN nº 94/11, por seu turno, prevê que *“a competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é da Receita Federal do Brasil, das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária”*.

A alínea “d” do inciso IV do artigo 76 da mencionada Resolução estabelece que *“a exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos, a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, quando tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123/06”*.

Finalmente, o § 6º do artigo 76 da Resolução CGSN nº 94/11, repetindo os termos da Lei Complementar nº 123/06, considera prática reiterada o seguinte: (i) a ocorrência, em dois ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos-calendário, formalizadas por intermédio de Auto de Infração ou notificação de lançamento, em um ou mais procedimentos fiscais; (ii) a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

Vejamos a redação da legislação referida:

**LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06:**

**Art. 28.** A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

**Parágrafo único.** As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados pelo Comitê Gestor.

**Art. 29.** A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

*V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;*

(...)

*§ 3º A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.*

(...)

*§ 6º Nas hipóteses de exclusão previstas no caput, a notificação:*

*I - será efetuada pelo ente federativo que promoveu a exclusão; e*

(...)

*§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:*

*I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de Auto de Infração ou notificação de lançamento; ou*

*II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.*

#### **RESOLUÇÃO CGSN N° 94/11:**

**Art. 75.** A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

*I - da RFB;*

*II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e*

*III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.*

(...)

**Art. 76.** A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

*IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)*

(...)

*d) tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;*

(...)

*§ 6º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j" e "k" do inciso IV do caput: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 9º)*

*I - a ocorrência, em dois ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos-calendário, formalizadas por intermédio de Auto de Infração ou notificação de lançamento, em um ou mais procedimentos fiscais;*

*II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.*

Dessa forma, depreende-se que, para que se considere prática reiterada, nos termos da legislação regente, faz-se necessária a comprovação de que o contribuinte incorreu em idênticas infrações em dois ou mais períodos de apuração, nos últimos cinco anos-calendário, formalizadas por meio de Auto de Infração ou notificação de lançamento.

Na situação dos autos, constata-se que não ocorreu nenhuma das hipóteses previstas legalmente para que a administração tributária do Estado da Bahia fosse compelida a promover a exclusão do recorrente do Simples Nacional, **previamente à lavratura deste lançamento de ofício**, haja vista que não restou comprovada a lavratura de outro Auto de Infração ou notificação fiscal, anteriormente a este que ora se analisa, com Decisão transitada em julgado ou de que não caiba mais Recurso.

Rejeitada, por conseguinte, a primeira preliminar de nulidade aventada no apelo recursal.

Esclareço, todavia, que nada impede que o autuado requeira a sua exclusão do Simples Nacional, conforme o disposto no artigo 30, inciso I, c/c o artigo 31, inciso I, e seu § 4º, da Lei

Complementar nº 123/06 e no artigo 73, inciso I, da Resolução CGSN nº 94/11.

A segunda preliminar de nulidade também não merece ser acolhida, porque de acordo com o artigo 129 da multicitada Resolução CGSN nº 94/11, “*Enquanto não disponibilizado o Sefisc, deverão ser utilizados os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado*”.

Ademais, mesmo apóis disponibilizado o SEFISC (Sistema Único de Fiscalização, Lançamento e Contencioso), o § 8º do artigo 129 da mesma Resolução prevê que “*poderão ser utilizados alternativamente os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado*”, para fatos geradores ocorridos entre 1º de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2014, até 31 de dezembro de 2016, e a partir de 1º de janeiro de 2015, até 31 de dezembro de 2017. Confiram-se os dispositivos:

**Art. 129.** *Enquanto não disponibilizado o Sefisc, deverão ser utilizados os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado, observado o disposto nos arts. 125 e 126. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, § 4º)*

(...)

*§ 8º Observado o disposto neste artigo, depois da disponibilização do Sefisc poderão ser utilizados alternativamente os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, § 4º)*

**I – para fatos geradores ocorridos: (Redação dada pelo(a) Resolução CGSN nº 125, de 08 de dezembro de 2015)**

*a) entre 1º de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2014, até 31 de dezembro de 2016;-(Incluído(a) pelo(a) Resolução CGSN nº 125, de 08 de dezembro de 2015)*

*b) a partir de 1º de janeiro de 2015, até 31 de dezembro de 2017; (Incluído(a) pelo(a) Resolução CGSN nº 125, de 08 de dezembro de 2015)*

O recorrente não discutiu o mérito do trabalho fiscal, mostrando-se inconformado apenas com o percentual de multa aplicado (75%), requerendo a sua redução em 90%, nos termos do inciso I do artigo 38-B da Lei Complementar nº 147/14.

Ressalto, por oportuno, que a Lei Complementar nº 123/06, em seu artigo 35, estabelece 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*”.

A Lei federal nº 9.430/96, que instituiu as regras aplicáveis ao Imposto de Renda, determina, em seu artigo 44, inciso I, o seguinte:

**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 presente lançamento de ofício está em consonância com a legislação aplicável, descabendo a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de sua aplicação, nos termos do artigo 125, incisos I e III, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a seguir reproduzidos:

**Art. 125.** *Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:*

**I - a declaração de inconstitucionalidade;**

(...)

**III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.**

Também não há como atender o pleito do recorrente, de redução da penalidade em 90%, considerando que o artigo 38-B da Lei Complementar nº 123/06 (com a redação da Lei Complementar nº 147/14) estabelece que tal redução é aplicável apenas para as multas relativas ao descumprimento de obrigação acessória, praticado pelos microempreendedores individuais (MEI).

Transcrevo abaixo o artigo citado:

**Art. 38-B.** As multas relativas à falta de prestação ou à incorreção no cumprimento de obrigações acessórias para com os órgãos e entidades federais, estaduais, distritais e municipais, quando em valor fixo ou mínimo, e na ausência de previsão legal de valores específicos e mais favoráveis para MEI, microempresa ou empresa de pequeno porte, terão redução de: (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

**I** - 90% (noventa por cento) para os MEI; (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

**II** - 50% (cinquenta por cento) para as microempresas ou empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

**Parágrafo único.** As reduções de que tratam os incisos I e II do caput não se aplicam na: (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

**I** - hipótese de fraude, resistência ou embaraço à fiscalização; (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

**II** - ausência de pagamento da multa no prazo de 30 (trinta) dias após a notificação. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

Não obstante, pode ainda o recorrente, se assim o desejar, se beneficiar da redução da penalidade prevista no parágrafo único do artigo 87 da Lei nº 123/06, como a seguir reproduzido:

**Art. 87.** O descumprimento de obrigação principal devida no âmbito do Simples Nacional sujeita o infrator às seguintes multas: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 35)

**I** - 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo, no caso de falta de pagamento ou recolhimento; (Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, inciso I)  
(...)

**Parágrafo único.** Aplicam-se às multas de que tratam os incisos do caput deste artigo as seguintes reduções:

(...)

**II** - 30% (trinta por cento), na hipótese de o contribuinte efetuar o pagamento do débito no prazo de 30 (trinta) dias contados da data em que tiver sido notificado:

**a)** da Decisão administrativa de primeira instância à impugnação tempestiva; (Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, § 3º; Lei nº 8.218, de 1991, art. 6º, inciso III)

Por tudo quanto foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida em sua integralidade.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 232331.0008/16-5 lavrado contra JORGE LUIS SILVA NETO (EMPORIO DOS FRIOS) - ME, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$302.186,53, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07, c/c o artigo 35 da Lei Complementar nº 123/06, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS