

**PROCESSO** - A. I. Nº 211329.0098/15-6  
**RECORRENTE** - PAVIMENTO SOLUÇÕES EM FERRAMENTAS LTDA. (PAVIMENTO MARMORES E GRANITOS) - ME  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0166-02/16  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 13/06/2017

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0166-12/17

**EMENTA:** ICMS. 1. 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. 2. 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. 3. OMISSÃO DE RECEITA APURADA. LEVANTAMENTO FISCAL. Infração subsistente. O defendente não negou 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 ou se negar a aplicá-la. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência do presente Auto de Infração, lavrado em 28/12/15 para imputar ao contribuinte o cometimento de três imputações, todas objeto do presente Recurso, como a seguir descrito:

*Infração 1 - 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 abril a dezembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014. Foi lançado o ICMS no valor de R\$6.334,00, acrescido da multa de 75%;*

*Infração 2 - 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 a novembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014. Foi lançado o ICMS no valor de R\$37.090,50, acrescido da multa de 75%;*

*Infração 3 - omitiu receitas apuradas por meio de levantamento fiscal - sem dolo -, nos meses de maio, novembro de 2013 e abril de 2014. Foi lançado o ICMS no valor de R\$727,32, acrescido da multa de 75%.*

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

### 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 defendente 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 defendente 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.*

**O sujeito passivo, irrisignado com a Decisão de Primeira Instância, interpôs Recurso Voluntário**

argumentando que “a fixação da multa no patamar de 75% é absolutamente desarrazoada e desproporcional, apesar de estar correta se observada a exegese da Lei 9.430/96”, porque não leva “em conta nenhum tipo de balizamento ou proporcionalidade”, com flagrante desrespeito à vedação do confisco contida no inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal.

Acrescenta que “mesmo a multa sendo caracterizada como uma sanção a ato ilícito, pelo espírito da Lei, ela não tem por finalidade a produção de receita pública, mas sim a função de desestimular o comportamento que configura sua hipótese de incidência” e, dessa forma, a aplicação da penalidade em um nível exorbitante, como nessa autuação, “estaria fugindo da sua própria finalidade e onerando o contribuinte acima do que ele é capaz de arcar”. Transcreve a jurisprudência a respeito.

Frisa, ainda, que “se alguma informação equivocada ocorreu, comprometeu os cofres da administração pública apenas nas diferenças de recolhimento, mas nunca de forma tão danosa quanto a que vem sendo cobrada no auto infracional, que impõe a empresa um ônus exorbitante por erros pontuais e de pouca significância ao erário”.

Observa que os julgadores de piso se eximiram da aplicação do regramento constitucional com base em um suposto descabimento da análise de princípios constitucionais na instância administrativa, desconsiderando “de forma aberta e desdenhosa a hierarquia normativa brasileira”.

Lembra que a Constituição Federal é a norma de maior poder hierárquico de todo o ordenamento jurídico brasileiro e os julgadores não podem ignorar todo o arcabouço principiológico constitucional e priorizar uma norma hierarquicamente inferior, mesmo em sede administrativa, sem levar em consideração “princípios como a proporcionalidade, a razoabilidade e a vedação ao confisco”, restando “necessária a reforma da Decisão de primeira instância por esta Câmara de Julgamento Fiscal”.

Finalmente, requer que seja “reformulado o Auto de Infração, reduzindo a multa de 75% aplicada sobre os períodos de apuração decorrentes da infração ao patamar de 50%, menos oneroso ao contribuinte e condizente com os princípios constitucionais suscitados”.

## VOTO

O presente processo é composto de três 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 não discutiu o mérito do trabalho fiscal, mostrando-se inconformado apenas com o percentual de multa aplicado (75%), alegando que é confiscatório e atenta contra os princípios constitucionais do não confisco, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Entretanto, como foi ressaltado na Decisão recorrida, a penalidade está prevista na legislação que rege as empresas inscritas no Simples Nacional, como a seguir explanado.

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 regente, descabendo a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação 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 ao pleito do recorrente, de cancelamento ou redução da penalidade, em face da incompetência legal deste órgão julgador para apreciá-lo.

Saliente-se, por último, que o autuado não contestou os valores indicados no lançamento de ofício.

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 apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **211329.0098/15-6**, lavrado contra **PAVIMENTO SOLUÇÕES EM FERRAMENTAS LTDA. (PAVIMENTO MARMORES E GRANITOS) - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$44.151,82**, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 35, da Lei Complementar nº 123/06, c/c o artigo 44, I, da Lei federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei federal nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS