

PROCESSO - A. I. Nº 279690.0002/07-7
RECORRENTE - SERCOM DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0128-01/08
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 21/08/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJE Nº 0256-11/08

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação tributária acessória de apresentar o arquivo magnético com informações das operações ou prestações realizadas, sujeitando-se à multa de 1% sobre o valor das operações, conforme previsto no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07. Falta de competência deste Colegiado para apreciar a alegação de inconstitucionalidade da multa. Infração comprovada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo recorrente contra a Decisão da 1ª JF - Acórdão JF nº 0128-01/08 - que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir o débito de R\$2.729.761,47, em razão de:

1. Deixar de recolher o ICMS retido, no valor de R\$1.116.176,20, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de vendas de combustíveis e lubrificantes realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de setembro a dezembro/2006 e janeiro a maio/2007;
2. Deixar de recolher o ICMS, no montante de R\$653.343,10, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de dezembro/2006 e janeiro a maio/2007, inerente às operações *internas* com álcool etílico hidratado combustível, realizadas e lançadas nos livros fiscais próprios;
3. Deixar de recolher o ICMS, no valor de R\$195.135,72, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de dezembro/2006 e janeiro a maio/2007, inerente às operações *interestaduais* com álcool etílico hidratado combustível, realizadas e lançadas nos livros fiscais;
4. Multa de 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, no montante de R\$573.121,38, referente às aquisições interestaduais de álcool etílico hidratado combustível, provenientes de unidades federativas não signatárias do Protocolo ICMS 17/2004, adquiridos para fins de comercialização e devidamente registrados na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, inerente aos meses de setembro, novembro e dezembro/2006, janeiro, fevereiro a maio/2007, conforme demonstrativo anexo às fls. 66 a 90 e 91 a 106;
5. Multa de 1% sobre o valor das operações de saídas e das prestações de serviço realizadas, no montante de R\$191.985,07, por ter deixado de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação conforme documentos de fls. 10, 107 e 108 dos autos, com informações das operações e prestações realizadas, em relação aos meses de outubro a dezembro/2006 e de janeiro a junho/2007.

Inicialmente, no que concerne ao inconformismo do autuado sobre as multas aplicadas, inclusive, sobre o alegado caráter confiscatório, a Decisão recorrida ressalta que o CONSEF não tem competência para apreciar questão de inconstitucionalidade, consoante art. 125 da Lei nº 3.956/2001(1981), instituidora do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

No mérito, quanto à primeira infração, que os demonstrativos de fls. 24 a 65 indicam, mês a mês e em relação a cada nota fiscal, os valores retidos e que deixaram de ser recolhidos pelo sujeito passivo. Acrescenta que, de igual modo, as cópias das notas fiscais em referência se encontram acostadas aos autos e que os valores do ICMS referente a cada um dos documentos fiscais foram retidos pelo contribuinte sem que os valores correspondentes tivessem sido recolhidos. Mantém a infração.

Inerente às infrações 2 e 3, verifica a JJF que os demonstrativos, às fls. 80 a 87, apontam os valores do ICMS recolhidos pelo contribuinte, indicando nos períodos em que ocorreram diferenças a recolher, os valores referentes a cada uma dessas duas infrações, cujos dados utilizados foram colhidos no livro Registro de Apuração do ICMS do autuado, cujas cópias se encontram acostadas aos autos, e do extrato de pagamentos obtidos através do Sistema INC/SEFAZ, também anexado aos autos. Mantém as infrações.

No que se refere à infração 4, salienta o órgão julgador que a aplicação da multa no percentual de 60% encontra-se prevista no art. 42, II, da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/2007, cujos cálculos pertinentes encontram-se demonstrados às fl. 88 a 103, uma vez que não tendo o autuado cumprido a obrigação de antecipar o ICMS, cujo pagamento ocorreu quando da apuração do imposto normal, cabe a aplicação da multa de 60% sobre o imposto que deveria ter sido recolhido em referência à antecipação parcial. Mantém a infração.

Por fim, quanto à infração 05, aduz a JJF que decorreu do fato de o contribuinte ter deixado de entregar os arquivos magnéticos exigidos através de intimação, anexa à fl. 10, tendo-lhe sido concedido o prazo de cinco dias, conforme previsto no art. 708-B do RICMS/97. Assim, entendeu correta a aplicação da multa de 1% sobre as saídas, conforme previsto na legislação tributária invocada, considerando que, em conformidade com a redação dada pela Lei nº 10.847/2007, a falta de fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa de 1% sobre o valor das operações realizadas. Mantém a infração.

No Recurso Voluntário, apresentado às fls. 3.588 a 3.589 dos autos, o recorrente aduz não assistir razão a JJF dizer que arguição de multa confiscatória é matéria de natureza constitucional que foge a competência do CONSEF. Ressalta que o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, diz exatamente ao contrário quando expressa: *“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e Recursos a ela inerentes.”*. Assim, sustenta que, se a Carta Magna prevê o contraditório e a ampla defesa, não é de se admitir que preceitos elaborados pelo Estado da Bahia tenham o poder de afrontar a Lei Maior. Por isso, entende que a Câmara deve dizer se a multa é ou não confiscatória.

De referência aos demais itens, aduz o recorrente que só vai se pronunciar após a conclusão dos levantamentos que se propôs a realizá-los desde a lavratura do Auto de Infração.

Requer que seja dado Provimento ao Recurso Voluntário para julgar procedente a defesa administrativa, nos termos que foi requerida.

O Parecer PGE/PROFIS, à fl. 3.600 dos autos, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, uma vez que entende que o argumento de dever do CONSEF em apreciar a alegação de inconstitucionalidade da multa prevista na lei estadual não merece ser acatada, pois, os princípios da ampla defesa e contraditório não significam que os Tribunais Administrativos devem se manifestar sobre toda a matéria argüida pela defesa, ainda que diante de vedação expressa da lei.

Aduz que os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório foram respeitados, tendo sido dada oportunidade ao contribuinte de produzir todas as provas, tomando conhecimento dos fatos que lhes eram imputados e dos fundamentos fáticos e jurídicos utilizados pela autuação.

Por fim, sustenta a PGE/PROFIS ser irrelevante a notícia do recorrente de que está preparando levantamentos sobre os demais itens da defesa, já que o princípio da concentração da defesa, assim como o da preclusão temporal, impedem a apreciação tardia de provas e argumentos.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância.

Da análise da peça recursal, verifica-se que a mesma restringe-se, unicamente, a sustentar o entendimento de que é dever do CONSEF apreciar a alegação de inconstitucionalidade da multa prevista na lei estadual, por entendê-la de caráter confiscatória, sob o manto de não lhe assegurar o contraditório e a ampla defesa, previstos na Constituição Federal.

Corroboro com o entendimento da PGE/PROFIS de que os exercícios dos princípios da ampla defesa e do contraditório não significam que os Tribunais Administrativos devam se manifestar sobre toda a matéria argüida pela defesa, ainda que diante de vedação expressa da lei.

Há de se ressaltar que a declaração ou apreciação da inconstitucionalidade da multa, por ser confiscatória, não é da competência dos órgãos julgadores, consoante art. 125, I, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), como também que todas as penalidades consignadas no Auto de Infração têm previsão legal no art. 42 da Lei nº 7.014/96, conforme consignadas.

É inegável que o Processo Administrativo Fiscal preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e principalmente à ampla defesa do contribuinte, a qual foi por ele exercida, visto que o sujeito passivo apresentou sua impugnação ao Auto de Infração e, em sede de Recurso, seu Recurso Voluntário.

Contudo, o sujeito passivo, em ambas as oportunidades, limita-se tão-somente a alegações genéricas, a exemplo da *“multa confiscatória, multa excessiva”*; que *“os cálculos apresentados pelos fiscais estão incorretos, como se demonstrará no decorrer do PAF que se inicia”*; que *“Por isso mesmo, a defendente só vai se pronunciar sobre a acusação acima após análise detalhada da acusação”*; *“Nesse passo, considere-se como matéria de defesa a mesma invocada em sede preliminar”*, conforme foi consignada em sua peça de defesa e muito menos no seu Recurso Voluntário, o qual se limitou apenas à alegação do dever do CONSEF de apreciar a inconstitucionalidade da multa prevista. Assim, entendendo caracterizado o Recurso Voluntário, apenas, como expediente meramente protelatório, sendo irrelevante a notícia do recorrente de que está preparando levantamentos sobre os demais itens da defesa.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **279690.0002/07-7**, lavrado contra **SERCOM DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.964.655,02**, acrescido das multas de 150% sobre R\$1.116.176,20 e 50% sobre R\$848.478,82, previstas no art. 42, V, “a” e I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$765.106,45**, previstas no art. 42, II, “d” e XIII-A, “j”, da citada lei, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de julho de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS