

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

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF 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 constitucionalidade da multa. Infração comprovada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo recorrente contra a Decisão da 1ª JJF - Acórdão JJF 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 constitucionalidade, 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 argüição 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 constitucionalidade 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 1<sup>a</sup> 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.

Corrobora 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 defendant 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, entendo 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 1<sup>a</sup> 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