

A. I. Nº - 269131.0005/12-7
AUTUADO - AMADEU SOUZA DE ARAÚJO
AUTUANTE - ANTONIO FERREIRA DA SILVA
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
INTERNET - 26. 12. 2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0305-01/12

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE INVENTÁRIO. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Infração caracterizada. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Autuado não apresentou os arquivos magnéticos solicitados, mesmo tendo sido regularmente intimado. Não acolhido o pedido de redução da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/06/2012, formaliza o lançamento de crédito tributário no valor de R\$99.723,78, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deixou de apresentar livros fiscais, quando regularmente intimado, nos meses de abril e junho de 2012, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$2.760,00. Consta que o contribuinte foi intimado três vezes, conforme intimações e avisos de recebimento (AR) anexados aos autos, nos dias 23/04/2012, 29/05/2012 e 22/06/2012, não atendendo as intimações e tampouco solicitado prorrogação do prazo;

2. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, em 06/06/2012, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$96.963,78, correspondente à aplicação da multa de 1% sobre o valor das saídas. Consta que o contribuinte foi intimado em 23/04/2012 para apresentar e corrigir os arquivos magnéticos do período de 01/01/2009 a 31/12/2011, conforme intimações anexas, com prazos de 5 a 30 dias, respectivamente. Apresentou os arquivos omissos (março e setembro de 2009 e junho, julho, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2011) e reapresentou o arquivo de alguns meses, com a inclusão do registro 60-R, que havia sido omitido no período constante da intimação. Não obstante a intimação, a regularização da omissão de alguns meses, restaram sem correção os demais meses que foram objeto da presente autuação. Os meses cujos arquivos foram apresentados ou corrigida a omissão do Registro 60-R ainda apresentam divergências, que serão objeto de nova para suas correções, mas como o prazo para correção dos demais expirou e nada foi feito, foi lavrado o presente Auto de Infração.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 79/84), suscitando inicialmente a ilegalidade da multa cobrada em razão de não apresentação de livros fiscais, imposta na infração 01.

Destaca, em primeiro lugar, que não apresentou os citados livros por conta de enfermidade de seu Contador, conforme documento em anexo, razão pela qual não houve má fé ou dolo por parte da empresa. Acrescenta que quando chegava intimação para prestar as informações, estas eram enviadas ao escritório de contabilidade, para as devidas providências. Entretanto, em razão desse infortúnio no profissional citado, algumas informações não foram prestadas.

Registra que na 1ª intimação foi feita a exigência de apresentação dos arquivos magnéticos dos meses de março e setembro de 2009, junho, julho, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2011.

Diz que por tal motivo, tendo em vista que a exigência de apresentação do referido arquivo magnético, se ateve somente aos meses acima citados, foi mais que natural, apresentar somente tais arquivos.

Salienta que, por conseguinte, veio a Fiscalização autuar exatamente os meses não exigidos na intimação, conforme se observa do confronto entre a 1ª intimação e o demonstrativo de multa do arquivo magnético.

Afirma que dessa forma, o fato cobrado e autuado é inexistente, devendo haver a exclusão da imputação e julgado improcedente o presente Auto de Infração.

Assinala que para se ter um autor de um fato típico, antijurídico e culpável pressupõe um suporte fático positivo da culpa administrativa ou fiscal, guardando uma função declarativa de autoria provável, exigindo prova de autoria, visto que não é ato discricionário, pois não há a possibilidade legal de autuar ou não.

Ressalta que a questão se situa no plano da legalidade do ato, isto porque também vigora no Auto de Infração o princípio constitucional de presunção de inocência. Diz que desse modo, para se atribuir um ilícito a uma pessoa é necessário observar primeiro os requisitos do ato ilícito, quais sejam uma conduta, um resultado, e um nexo de causalidade. Acrescenta que essa conduta há de ser provada cabalmente, como sendo dolosa, ou seja, que haja a intenção voluntária de causar um resultado: no seu caso, dever-se-ia provar que houve intenção voluntária de não apresentar a documentação exigida, para sonegação de impostos. Indaga: “É qual a prova que se fez nos autos dessas condutas? Qual a intimação da fazenda comprovando a exigência dos meses multados no demonstrativo de multa do arquivo magnético?” Invoca ensinamentos doutrinários, reproduzindo textos de Luiz Flávio Gomes, Julio Fabrini Mirabete.

Diz que fora desse ângulo jurídico não há ilícito nem justa causa para se atribuir quaisquer ilícito, seja penal, seja, administrativo, seja tributário ou mesmo civil. Aduz que condenar o contribuinte por presunção seria retornar aos tempos da inquisição, afastando os princípios constitucionais do devido processo legal, que norteiam não só os processos judiciais, mas também os administrativos, visto que a Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade.

Menciona que o princípio da legalidade consubstanciado no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal impõe que no Estado Constitucional e Democrático de Direito seja condicionado o conteúdo e a estrutura do fato punível como condição imprescindível para o exercício de qualquer ação ou representação.

Sustenta que em não havendo prova quanto aos fatos constitutivos, resolve-se a questão, *prima facie*, a teor do que dispõe o art. 333, II, do CPC, haja vista que se é fato não é provado pela parte autora (SEFAZ) é evidente que não se desincumbiu do ônus de provar, visto que não há intimação da Fiscalização comprovando a exigência dos meses indicados no demonstrativo de multa do arquivo magnético.

Prosseguindo, frisa que caso o seu pedido de improcedência do Auto de Infração seja indeferido, impugna também os valores referentes às multas indicadas, pois têm um verdadeiro efeito confiscatório.

Aduz que sem prova material da existência de fraude fiscal, como definidas em lei federal, a multa por eventual irregularidade com o regulamento fiscal, sem má-fé, não pode ser astronômica, nem proporcional ao valor da operação ou do imposto, como no presente caso. Diz que não há qualquer causa legítima ou legal para tais valores, que fere de morte o art. 150, IV, da CF, que repele o confisco tributário. Acrescenta que tal confisco esbarra no art. 5º, XXII, da CF.

Assinala que a imposição fiscal deve se ater à capacidade contributiva; e a multa como pena deve sua gradação aos elementos de fato, subjetivos, como: a máxima para os delitos fiscais; a média para reincidência; e a mínima, para mera irregularidade fiscal sem má-fé.

Salienta que, neste caso, tal efeito confiscatório não pode ser desconhecido pela Administração Pública, até porque o servidor público não é obrigado a cumprir normas ilegais ou inconstitucionais, conforme a inteligência do art. 116 da Lei 8112/90. Invoca e reproduz, nesse sentido, posições doutrinárias de Ricardo Corrêa Dalla e Leandro Paulsen, bem como entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Conclui requerendo que seja julgada improcedente e ilegal a aplicação da multa da infração, pelos motivos acima alegados e, caso não seja este o entendimento, que seja minorada a multa aplicada, por estar em verdadeiro efeito confiscatório.

O autuante prestou informação fiscal (fl. 95), consignando que com relação à ilegalidade das multas, cobradas em razão da não apresentação dos livros fiscais e arquivos magnéticos, o contribuinte alega não tê-los apresentado em virtude da enfermidade de seu contador, entretanto se contradiz quando diz, e os fatos confirmam que apresentou alguns dos arquivos solicitados.

Contesta a alegação defensiva questionando que, se apresentou alguns arquivos, por que não apresentou os demais documentos e livros fiscais, assim como os arquivos corrigidos sanando as omissões de registros indispensáveis para a atividade de fiscalização? Acrescenta que o autuado informa que teria anexado aos autos documento comprobatório da enfermidade do Contador, o que não parece ter feito.

Informa, ainda, nesse sentido, que foram feitas várias intimações e contatos telefônicos com o escritório contábil responsável pela escrituração fiscal do contribuinte, no período da fiscalização, entretanto, em nenhum momento foi alegada a suposta enfermidade do profissional e nem tampouco foi requerida a prorrogação do prazo para apresentação dos livros e documentos fiscais, o que caracterizou descaso e atitude de embaraço à fiscalização, implicando na presente autuação.

Afirma que o impugnante incorre em inverdade quando afirma que as multas aplicadas pela não correção da omissão de documentos fiscais (valores) nos arquivos magnéticos, em alguns meses do período fiscalizado, não teria suporte fático, pois basta verificar às fls. 5 e 7, onde constam duas intimações, recebidas no mesmo dia, 23/04/2012, sendo a primeira para apresentação de arquivos omissos e a segunda (fl. 7) para correção ou reapresentação de arquivos magnéticos onde foram omitidos os registros 60-R. Observa que esta última intimação, pelo seu descumprimento, foi que ensejou a cobrança das multas.

Quanto à argumentação defensiva sobre o caráter confiscatório da multa, salienta que não lhe cabe se manifestar sobre tal assunto, mas sim cumprir o que determina a legislação tributária do Estado da Bahia.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide diz respeito à imposição de multas por descumprimento de obrigação acessória, pela falta de apresentação de livros fiscais quando regularmente intimado (infração 01) e pela falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas (infração 02).

Verifico que o impugnante ao se reportar sobre a infração 01, alega que não apresentou os citados livros por conta de enfermidade de seu Contador, conforme documento que diz anexar, porém, que inexistente nos autos. Diz que quando a intimação chegava para prestar as informações, estas eram enviadas ao escritório de contabilidade, para as devidas providências, entretanto, em razão desse infortúnio no profissional citado, algumas informações não foram prestadas.

Já no que tange à infração 02, alega que na 1ª intimação foi feita a exigência de apresentação dos arquivos magnéticos dos meses de março e setembro de 2009, junho, julho, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2011, motivo pelo qual, se ateve somente aos meses acima citados na apresentação dos arquivos magnéticos. Alega que a Fiscalização autuou exatamente os meses não exigidos na intimação, conforme se observa do confronto entre a 1ª intimação e o demonstrativo de multa do arquivo magnético, sendo, desse modo, o fato cobrado e autuado inexistente, devendo haver a exclusão da imputação e julgado improcedente o presente Auto de Infração.

Noto também que o autuante rechaça a argumentação defensiva, afirmando que basta verificar às fls. 5 e 7, onde constam duas intimações, recebidas no mesmo dia 23/04/2012, sendo a primeira para apresentação de arquivos omissos e a segunda (fl. 7) para correção ou reapresentação de arquivos magnéticos onde foram omitidos os registros 60-R. Observa que esta última intimação, pelo seu descumprimento, foi que ensejou a cobrança das multas.

No que concerne à infração 01, certamente a alegação defensiva de que o Contador da empresa se encontrava enfermo, motivo pelo qual não foram entregues os livros fiscais solicitados, poderia até ser levada em consideração para fins de apreciação e decisão, desde que o fato alegado restasse devidamente comprovado.

Em verdade, o impugnante aduziu que estava anexando o documento comprobatório da enfermidade, contudo, nada trouxe aos autos.

Diante disso, restando comprovado que o autuado não apresentou os livros fiscais quando regularmente intimado, este item da autuação é integralmente subsistente.

No que diz respeito à infração 02, observo que nos termos do artigo 708-A do RICMS/97, o contribuinte do ICMS usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais e/ou livros fiscais, deverá entregar o arquivo magnético, referente ao movimento econômico de cada mês, inclusive contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, devendo ser incluídos todos os registros exigidos pela legislação.

O § 4º do citado art. 708-A, determina que:

“§4º O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético cancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.”

Vale registrar que o arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, e por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, de acordo com o § 6º do mesmo artigo 708-A do RICMS/BA, abaixo transcrito:

“§ 6º A recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas.”

Independentemente da entrega mensal prevista no art. 708-A do RICMS/97, acima referido, o contribuinte também é obrigado a entregar, quando intimado, os referidos arquivos, conforme a previsão do art. 708-B, § 5º, do mesmo RICMS/97, *in verbis*:

“Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.”

(...)

§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.”

O que se verifica no caso em exame, é que não procede a argumentação defensiva, haja vista que às fls. 5 e 7, constam duas intimações datadas de 23/04/2012, sendo a primeira para apresentação de arquivos omitidos e a segunda (fl. 7) para correção ou reapresentação de arquivos magnéticos onde foram omitidos os registros 60-R, contudo, o contribuinte não entregou novos arquivos no prazo estabelecido, o que caracterizou a infração.

Assim, a ação fiscal atendeu ao disposto no artigo 708-B, § 5º, do RICMS/97, pois o sujeito passivo foi regularmente intimado para fornecer os documentos e o arquivo magnético, sendo-lhe concedido o prazo de trinta dias úteis contados da data do recebimento da intimação, não tendo atendido as intimações no prazo estipulado.

Diante disso, não resta dúvida que o contribuinte incorreu na infração que lhe é imputada, sendo, portanto, integralmente subsistente este item da autuação.

Quanto à argumentação defensiva de que as multas são confiscatórias, cabe observar que estas foram corretamente aplicadas ao caso da presente lide, estando previstas na Lei 7.014/96. Quanto à sua redução, requerida pelo autuado, observo que ambas as infrações restaram devidamente caracterizadas e por não ter ficado evidenciado que o cometimento das irregularidades não implicou em falta de recolhimento do imposto, não acolho o pleito.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 269131.0005/12-7**, lavrado contra **AMADEU SOUZA DE ARAÚJO.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$99.723,78**, previstas no artigo 42, XIII-A, “g”, XVIII, “e”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR