

A. I. N° - 269131.0001/12-1
AUTUADO - ARMAZÉM OURO PRETO LTDA.
AUTUANTES - ANTÔNIO FERREIRA DA SILVA
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
INTERNET - 02/10/2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0215-04/13

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. **a)** EXIBIÇÃO INCOMPLETA E EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. FALTA DE INFORMAÇÃO DOS REGISTROS FISCAIS. MULTA. De acordo com o RICMS/97 sendo constatadas inconsistências no arquivo magnético do SINTEGRA, deve ser concedido o prazo de trinta dias para as devidas correções. Infração subsistente, tendo em vista que foi devidamente cumprido o devido processo legal com a intimação e apresentação das listagens diagnósticos para regularização no prazo de 30 (trinta) dias, não sendo atendido no prazo estipulado, conforme a própria autuada reconhece. Infração caracterizada. **b)** FALTA DE APRESENTAÇÃO AO FISCO. O contribuinte deixou de apresentar os arquivos magnéticos contendo o Registro 74. O Autuante refez o demonstrativo de débito, reduzindo o valor da cobrança. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 14 de fevereiro de 2012 e refere-se à cobrança de multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$ 341.400,69, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 1. Forneceu informações através de arquivo(s) magnético(s) exigido(s) na legislação tributária, requerido(s) mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas, sendo lançado o total de R\$ 45.155,32, aplicada a alíquota de 5% sobre os valores de operações realizadas.

Consta, ainda, da acusação fiscal que a empresa “foi intimada a reapresentar os arquivos magnéticos correspondentes a alguns meses dos anos de 2008 e 2009, pois foram encontradas divergências entre os dados informados e os documentos fiscais escriturados nos livros fiscais, conforme demonstrativos de fls. 18, 19, 23 e 24, além de ter sido constatada a falta dos registros 74 que deveriam ter sido apresentados nos meses de janeiro e dezembro dos referidos anos. Após ser intimada conforme folhas 04 e 05, a empresa ainda foi cientificada por AR das referidas divergências, conforme reconhece seu preposto fiscal no primeiro e segundo requerimento de dilação de prazo da intimação, anexos nas folhas 25 e 26. O primeiro requerimento foi deferido, e a empresa teve mais 30 dias. Não obstante o requerimento de dilação do prazo para entrega dos arquivos solicitados mediante intimação, feito em 26 de dezembro de 2011 e prontamente acatado, a empresa apresentou apenas uma parte dos arquivos magnéticos solicitados, remanescendo ainda as inconsistências e omissões constatadas anteriormente. Diante do exposto foi negada mais uma vez a dilação de prazo e lavrado o presente Auto de Infração. Esta

infração corresponde aos arquivos que foram apresentados conforme intimação, mas que ainda continham omissões e inconsistências.”

Infração 2. Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, no montante de R\$ 296.245,37, alíquota de 1% sobre o total das operações realizadas. O autuante, assim complementou a acusação: *“Conforme já exposto na infração anterior, a empresa apesar de ser intimada regularmente, não apresentou alguns dos arquivos magnéticos solicitados, para corrigir as omissões e inconsistências verificadas através dos demonstrativos citados anteriormente, por isso foi lavrado o presente auto de infração e esta infração que trata das omissões que não foram sanadas e nem apresentados os arquivos magnéticos solicitados, inclusive com a correção da omissão do registro 74 (Livro de Inventário) o que implicou na aplicação da multa de 1% sobre os valores de entradas ou saídas”*.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 126 a 133, onde argüi em sua defesa, que não concorda com o que foi levantado, esclarecendo que houve equívocos por parte do autuante.

Inicialmente, informa que em 30 de setembro de 2009, foi fiscalizada pelo mesmo autuante, o qual analisou os exercícios de 2008 e 2009, tendo lavrado o Auto de Infração 269131.0100/11-1, e retornado em 14 de fevereiro de 2012 para verificar os mesmos exercícios, impondo-lhe a cobrança ora contestada, relativa a arquivos magnéticos, que, entretanto, *“em nada lhe impossibilitaram de realizar os trabalhos de fiscalização, inclusive com lavratura do Auto de Infração”*, o que, segundo seu entendimento, *“já demonstra que não houve qualquer prejuízo para o Erário”*.

Informa que requereu ao Inspetor Fazendário prorrogação de prazo, alegando, que foi obrigado a adequar os sistemas geradores dos arquivos magnéticos, às mudanças frequentes da legislação, inclusive com a modificação do programa gerador do SINTEGRA que em 2008 e 2009 chamava-se “SAC-Sistema de Automação Comercial”, para “Winthor-Sistema de Gestão Comercial” da empresa PC Sistemas de Informática Ltda., diante da implantação da nota fiscal eletrônica e escrituração fiscal digital.

Fala da dificuldade em corrigir no prazo determinado, as informações do arquivo decorreu do fato da empresa que detém os direitos do sistema SAC estar localizada no Estado do Maranhão, e que, por não ser mais sua contratada colocou obstáculos para a realização das correções, sob a alegação de existência de questões operacionais para transmitir os arquivos no lay out atual, diferente do vigente à época das ocorrências.

A seguir, passa a apontar erros que teriam sido cometidos pelo autuante, começando com erro na determinação da base de cálculo para a cobrança da multa referente a não apresentação do REGISTRO 74 – LIVRO DE INVENTÁRIO, invocando o artigo 686, § 6º do RICMS/BA então vigente, transcrito, entendendo que da análise do mesmo, deve ser aplicada a multa de 5% sobre o montante nos dados omitidos nos arquivos magnéticos, não podendo ser superior a 1% do valor das prestações de serviço e valor das operações de saídas realizadas no período de apuração, ou seja, para o exercício de 2008, o mês de dezembro de 2008; para o exercício de 2009, dezembro de 2009, meses em que o contribuinte estaria obrigado a apresentar os arquivos, com os respectivos inventários.

Indica que o autuante esqueceu de verificar que o inventário final do ano de 2007, apresentado em dezembro, é o inventário inicial em 2008, assim como o inventário final do ano de 2008, é o inicial em 2009, razão pela qual a multa aplicada não poderia alcançar os períodos de janeiro de 2008 e janeiro de 2009, pelo fato de não ter cometido qualquer ilícito.

Deixa claro que o livro Registro de Inventário foi escriturado e apresentado à fiscalização, e o arquivo magnético conteria a mesma informação, por ser mera transcrição do referido livro.

Indica que em 2008 foi fiscalizado por outro preposto fiscal, o qual verificou as informações do estoque final, não aplicando qualquer penalidade, motivo pelo qual o estoque inicial em janeiro de 2008 deveria estar disponível nos arquivos da Secretaria da Fazenda, para o autuante.

Firma que o entendimento do CONSEF, em inúmeras decisões é de que no mês de dezembro de cada ano as empresas devem apresentar as informações dos seus estoques, e que querer cobrar multa sobre descumprimento de obrigação acessória, também nos meses de janeiro, sobre o mesmo fato gerador, implica em penalização excessiva.

Passa a seguir, a abordar a ocorrência de existência de erro na determinação da base de cálculo para a cobrança da multa referente aos meses de fevereiro a junho de 2008, onde o autuante aplicou a multa calculada sobre o valor total dos arquivos apresentados, e informa que se encontra anexado ao Auto de Infração demonstrativo que confronta o Registro 50, com o Registro 54.

Indica que a multa aplicada foi calculada sobre o valor total dos arquivos apresentados, e não sobre o valor das divergências, entendendo que a multa deveria ser aplicada sempre sobre o valor das operações omitidas ou sobre o valor das divergências. Desconsiderar aquilo que foi apresentado é, no seu entender, irrazoável, caracterizando abuso da autuação.

Aduz que as divergências apontadas pelo autuante ao realizar tal comparação (Registro 50, x Registro 54), são sempre resultantes da não apropriação correta dos valores relativos a descontos, despesas com frete, IPI, substituição tributária e despesas, fatos que não causaram impedimento para verificação do não cumprimento da obrigação principal, tanto que tal apuração resultou na lavratura do Auto de Infração 269131.0001/12-1.

Assevera que ocorreu erro nos valores que serviram de base de cálculo para cobrança de multa quando o autuante se baseia no valor total das operações e não as diferenças descritas em demonstrativo por ele fornecido.

Aborda, ainda, a existência de erro na aplicação da multa de 5%, quando deveria aplicar o percentual de 1%, sobre as divergências apuradas nos meses de Julho, agosto e setembro de 2008 e março e julho de 2009, entendendo que esta não é a dicção da Lei nº 7.014/96, vez que a multa não poderia ultrapassar o percentual de 1% sobre as divergências encontradas, mencionando a seu favor o teor do artigo 42 inciso XIII, alínea “a”, itens “i”, “j” e “k” do mencionado diploma legislativo.

Indica, também, que transmitiu os arquivos corrigidos, relativos aos meses de março e julho de 2009, janeiro, julho, agosto, setembro e outubro de 2008, não levados em consideração pelo autuante, apesar da empresa ter lhe explicado as dificuldades encontradas. Diz, ainda, que disponibilizou todos os livros fiscais que serviram para que o autuante apurasse a falta de recolhimento de ICMS e outras ocorrências decorrentes da obrigação principal.

Fala, ainda, do caráter abusivo das multas aplicadas, defendendo que o órgão julgador não deve perder de vista que no momento em que as inconsistências fossem apuradas quando da recepção dos arquivos, devolvendo-os para correção por parte do contribuinte, o que evitaria que a empresa estivesse sendo objeto da fiscalização em tela, desconsiderando o autuante as dificuldades enfrentadas para o cumprimento de suas obrigações.

Finaliza, requerendo que, em função da sua boa fé, vez ter entregue à fiscalização todos os livros e documentos fiscais exigidos, com as mesmas informações que constavam nos arquivos magnéticos, apresentados com erros e pequenas divergências, mas que subsidiaram a fiscalização, além das dificuldades operacionais fruto da troca do sistema, solicita a aplicação do artigo 42, parágrafo 7º, da Lei nº 7.014/96, ou a conversão dos valores cobrados no lançamento na multa de R\$ 1.380,00, prevista no artigo 42, inciso XIII, alínea “j” do mesmo diploma legal.

Informação fiscal prestada às fls. 214 a 216 pelo autuante argumenta que a empresa foi fiscalizada no segundo semestre do ano de 2011, conforme Ordem de Serviço emitida pelo Inspetor, tendo sido intimada desde o início do procedimento de fiscalização a regularizar as omissões e

incorrções dos arquivos magnéticos, e alegado as mesmas razões agora levantadas para não apresentá-los.

Que em função da não entrega dos arquivos corrigidos, a fiscalização foi prorrogada para o terceiro trimestre de 2011, a fim de que as correções fossem feitas, o que não ocorreu, ensejando o encerramento da fiscalização com a lavratura do auto de infração e a concessão de novo prazo para entrega dos arquivos corrigidos, inclusive com a emissão de uma nova Ordem de Serviço para acompanhamento do processo de correção dos arquivos magnéticos, tendo inclusive sido feita nova intimação no dia 01 de novembro de 2011 conforme se denota às fls. 04 e 05, que foi parcialmente atendida, de acordo com o que consta nas fls. 27 a 31.

Informa, ainda, que tendo vencido o prazo da intimação o contribuinte alegou que ainda não poderia entregar os arquivos magnéticos corrigidos, sob as mesmas alegações, e foi orientado pelo mesmo a solicitar nova prorrogação do prazo para entrega, ao Inspetor Fazendário, conforme previsto no Regulamento do ICMS, o que foi feito e deferido pela autoridade competente, estando tal concessão à fl. 25. Em 02 de fevereiro de 2012, após concessão de novo prazo para entrega, o autuado entrou com novo pedido de prorrogação, alegando os mesmo motivos anteriores, tendo sido esse último pedido negado, em função de todos os fatos mencionados anteriormente e lavrado o presente Auto de Infração, a que deu causa o próprio contribuinte pelo pouco caso e comportamento protelatório apresentado com relação às várias intimações que lhe foram feitas.

Quanto à alegação de erro na determinação da base de cálculo para a cobrança da multa referente a não apresentação do REGISTRO 74 – LIVRO DE INVENTÁRIO, observa que de acordo com o dispositivo legal elencado pelo próprio contribuinte (art. 686, §6º do RICMS) o mesmo estava obrigado a apresentar o inventário no mês de Dezembro de cada ano e no mês seguinte (Janeiro), logo cabe a cobrança da multa nos dois meses, conforme consta no Auto.

Quanto à existência de erro na determinação da base de cálculo para a cobrança da multa referente aos meses de fevereiro a junho de 2008, reconhece que assiste razão à defesa e realmente houve um equívoco na definição das bases de cálculo dos referidos meses, que foram corrigidas, conforme demonstrativo que elabora:

Mês	Entradas	Saídas	% Multa	Multa
02/2008	R\$ 20.759,98	R\$ -	5%	R\$ 1.038,00
03/2008	R\$ 42.609,82	R\$ 29.965,00	5%	R\$ 3.628,74
04/2008	R\$ 17.969,85	R\$ 20.376,00	5%	R\$ 1.917,29
05/2008	R\$ 11.505,20	R\$ 3.768.879,67	5%	R\$ 189.019,24
06/2008	R\$ 185.644,02	R\$ 68.333,20	5%	R\$ 12.698,86

No caso do mês de maio de 2008, pelo valor da multa ultrapassar 1% do valor das saídas, informa que será cobrado este último valor.

Diante do acatamento desse item da defesa, anexa novos demonstrativos de Cálculo de Multa e débito por infração devendo ser cientificado o contribuinte dos referidos anexos.

Já quanto ao erro na aplicação da multa de 5%, quando deveria aplicar o percentual de 1%, sobre as divergências apuradas nos meses de Julho, agosto e setembro de 2008 e março e julho de 2009, refuta tal alegação, pois o percentual a ser aplicado, nos termos do art. 42, inc. XIII-A, alínea “i”, é 5%, limitado a 1% do valor das saídas totais do estabelecimento, que foi o caso dos meses de maio e julho de 2008, onde, se fosse cobrado o valor de 5% de multa sobre a divergência total de cada mês, implicaria em um valor maior do que 1% das saídas totais dos respectivos meses, por isso limitou-se a cobrança ao valor de 1% das saídas de cada um dos dois meses.

No que concerne a apresentação de parte das correções requeridas pela fiscalização, aduz que o contribuinte apresentou realmente alguns arquivos magnéticos, os quais foram considerados pelo autuante, mas que não sanaram as divergências, além do que o prazo foi mais que suficiente para fazer os ajustes e correções necessárias, o que não foi feito.

Finaliza, salientando que a não entrega dos arquivos magnéticos prejudicou sim a realização de roteiros de fiscalização, entre eles o de estoque, Além disso, a empresa protelou por várias vezes a entrega dos arquivos e agiu com desídia e pouco caso em relação às intimações que lhe foram feitas, tanto é assim que até a data da prestação da informação não providenciou a entrega das correções nos referidos arquivos magnéticos.

Diante desse descaso do contribuinte e como forma de assegurar o cumprimento das normas tributárias, servindo de exemplo a outros que venham a agir com desídia frente às autoridades fazendárias, entende que o lançamento é procedente quanto às infrações nos termos da informação prestada.

Por tais razões, entende que o lançamento deva ser julgado procedente em parte, não se acatando a alegação defensiva.

O contribuinte foi cientificado pessoalmente dos novos demonstrativos elaborados, conforme documento de fl. 222, contudo, não se manifestou.

VOTO

O lançamento constitui-se em duas infrações arroladas pela fiscalização: Forneceu informações através de arquivo(s) magnético(s) exigido(s) na legislação tributária, requerido(s) mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 5% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas (infração 1), e falta de fornecimento de arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, no montante de R\$ 296.245,37, alíquota de 1% sobre o total das operações realizadas (infração 2).

Objetivamente, quanto à alegação defensiva de que a empresa já havia sido fiscalizada, relativamente ao mesmo período e autuada anteriormente pelo mesmo funcionário fiscal, nada impede que, respeitado o prazo decadencial previsto no Código Tributário Nacional, a mesma esteja sujeita a novos procedimentos fiscalizatórios.

Inicialmente, quanto ao móvel da autuação convém esclarecer o que vem a ser cada arquivo exigido na autuação. O arquivo é formado por dados dos documentos fiscais listados na tabela disponível no item 3.3.1 do Manual de Orientação do Convênio ICMS 57/95, além de registros referentes ao cupom fiscal. A informação abrange entradas e saídas de mercadorias, aquisições ou prestações de serviços, interna, interestadual e exterior. O arquivo deverá conter no mínimo os registros 10 e 11, com dados que identificam o informante e a declaração eletrônica e registro tipo 90 com dados de totalização do arquivo. Os demais registros serão informados de acordo com as seguintes condições:

Registro tipo 74 - deve ser informado, no mês que o inventário for realizado e no mês subsequente, por todos os contribuintes obrigados a entregar o arquivo e conterá informações do livro Registro de Inventário;

O documento base para montagem (layout) do arquivo magnético dos contribuintes do Estado da Bahia é o Manual do Convênio ICMS 57/95 e suas alterações, consoante se depreende dos artigos 685, 708-A e 708-B, do RICMS/97, sendo que este último determina:

“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”.

O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria.

Por seu turno, o § 5º do artigo 708-A, com a redação vigente a partir de 18 de maio de 2005, estabeleceu um prazo de 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência.

Saliente-se que aqueles contribuintes autorizados ao uso de SEPD, exceto os autorizados somente para escrituração do livro Registro de Inventário, estão obrigados a entregar o arquivo magnético contendo os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado. 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 Convênio ICMS 57/95, conforme já mencionado anteriormente.

Saliento que conforme disposição contida no art. 708-A, § 6º do RICMS/97 então vigente, a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, ou seja, a apresentação dos arquivos magnéticos sem conter todos os registros caracteriza a falta de sua apresentação, tendo em vista a natureza condicional do seu recebimento, sujeitando o contribuinte à correção posterior das inconsistências acaso verificadas.

No presente caso, ao ser checado o arquivo magnético foram constatadas inconsistências e omissões, o que levou o autuante, textualmente a afirmar que a empresa autuada *“foi intimada a reapresentar os arquivos magnéticos correspondentes a alguns meses dos anos de 2008 e 2009, pois foram encontradas divergências entre os dados informados e os documentos fiscais escriturados nos livros fiscais, conforme demonstrativos de fls. 18, 19, 23 e 24, além de ter sido constatada a falta dos registros 74 que deveriam ter sido apresentados nos meses de janeiro e dezembro dos referidos anos. Após ser intimada conforme folhas 04 e 05, a empresa ainda foi cientificada por AR das referidas divergências, conforme reconhece seu preposto fiscal no primeiro e segundo requerimento de dilação de prazo da intimação, anexos nas folhas 25 e 26. O primeiro requerimento foi deferido, e a empresa teve mais 30 dias. Não obstante o requerimento de dilação do prazo para entrega dos arquivos solicitados mediante intimação, feito em 26 de dezembro de 2011 e prontamente acatado, a empresa apresentou apenas uma parte dos arquivos magnéticos solicitados, remanescendo ainda as inconsistências e omissões constatadas anteriormente. Diante do exposto foi negada mais uma vez a dilação de prazo e lavrado o presente Auto de Infração.*

Esta infração corresponde aos arquivos que foram apresentados conforme intimação, mas que ainda continham omissões e inconsistências.”

Tendo o contribuinte sido intimado para realizar as devidas correções nos arquivos transmitidos, ensejou ao mesmo a apresentação de pedido de dilação do prazo, consoante documentos acostados à fl. 25, datado de 15 de dezembro de 2011, e 26, datado de 02 de fevereiro de 2012 no qual solicita mais sessenta dias de prazo para apresentação do mesmo, o que confirma que os prazos concedidos pela fiscalização obedeceram a norma legal, evidenciando que o contribuinte autuado foi efetivamente intimado.

No caso ora apreciado, conforme minuciosamente descrito no lançamento, e nas linhas acima, a autuação obedeceu ao devido processo legal, pois, está precedida de intimação expedida ao contribuinte para apresentação de informação em meio magnético e intimação para correção dos registros omitidos, sendo concedido o prazo de 30 dias úteis, para corrigir as irregularidades apontadas, tendo o procedimento fiscal atendido ao disposto no artigo 708-A do RICMS/97, pois a fiscalização ao receber os arquivos magnéticos sem o Registro tipo 74, intimou o contribuinte para no prazo de 30 dias úteis, informar o registro omitido, com especificação do Registro 74, relativamente ao primeiro mês subsequente, ou seja, o inventário.

A penalidade indicada no presente Auto de Infração, para a infração encontra-se prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96:

“Art. 42 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

XIII-A. nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados

(...)

i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso”.

Dessa forma, diante do fato do sujeito passivo não ter conseguido elidir a infração, a mesma é procedente, devendo ser lançado o valor apurado na planilha de fls. 221.

Note-se que embora maior do que o originalmente lançado, o valor do débito não viola o princípio do *reformatio in pejus*, que vem a significar que não pode haver reforma da decisão para pior, ou seja, havendo apenas recurso da defesa, o juízo *ad quem* não poderá agravar a situação do réu, pelo simples fato de que o valor do crédito tributário objeto do lançamento não foi aumentado, e sim, ao contrário, diminuído, diante da redução ocorrida na infração 2, conforme veremos a seguir.

Barbosa Moreira (Comentários ao Código de Processo Civil. 7ª ed. São Paulo: Forense, 1998.) entende tal princípio da seguinte maneira: “a *reformatio in pejus* ocorre quando o órgão *ad quem*, no julgamento de um recurso, profere decisão mais desfavorável ao recorrente sob o ponto de vista prático, do que aquela contra a qual se interpôs o recurso”.

Ainda que isso ocorresse, poderíamos citar nesta oportunidade, a posição do Supremo Tribunal Federal (STF), inserida na apreciação do AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 641.054 RIO DE JANEIRO, em decisão datada de 22 de maio de 2012, no qual o ministro Luís Fux assim se pronunciou: “A possibilidade da administração pública, em fase de recurso administrativo, anular, modificar ou extinguir os atos administrativos em razão de legalidade, conveniência e oportunidade, é corolário dos princípios da hierarquia e da finalidade, não havendo se falar em *reformatio in pejus* no âmbito administrativo, desde que seja dada a oportunidade de ampla defesa e o contraditório ao administrado e sejam observados os prazos prescricionais”.

Logo, o entendimento doutrinário vigente é no sentido de que a Administração Pública ao majorar uma sanção aplicada, em sede de recurso administrativo não estaria piorando a mesma, mas, apenas, realizando de forma clara e legal, um dever que lhe é imposto diante da observância estrita dos princípios constitucionais. Não há que se falar em prejuízo aos administrados, uma vez que prevalece sempre a indisponibilidade do interesse público e este deve obedecer a cartilha da lei. Se a redação legal traz em seu bojo a possibilidade de reforma mesmo que para piorar, não há dessa maneira castração aos direitos dos administrados, mas, certamente, a utilização prática do princípio maior da Administração Pública, qual seja, o da Legalidade, sobre o qual falarei mais adiante.

Esta (infração 2), reporta-se a falta de apresentação de arquivo magnético, tendo sido aplicada a penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96:

“Art. 42 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

XIII-A. nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados

(...)

j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços

efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo;"

Quando da apresentação da peça defensiva, o sujeito passivo insurgiu-se contra a multa aplicada, alegando existência de erro na aplicação da multa de 5%, entendendo que o autuante deveria aplicar o percentual de 1%, sobre as divergências apuradas nos meses de Julho, agosto e setembro de 2008 e março e julho de 2009, vez que esta não é a dicção da Lei nº 7.014/96, diante do fato de que a multa não poderia ultrapassar o percentual de 1% sobre as divergências encontradas, mencionando a seu favor o artigo 42 inciso XIII, alínea "a", itens "i", "j" e "k" do mencionado diploma legislativo.

Ao prestar a devida informação fiscal, o autuante aceita tais argumentos, inclusive elabora novo demonstrativo de débito, constante à fl. 221, que não foi contestado pelo sujeito passivo, onde recalcula o valor devido, o qual acato para reduzir o débito da mesma para R\$ 102.127,04, e julgando-a procedente em parte.

No que concerne à aplicação do artigo 42, parágrafo 7º, da Lei nº 7.014/96, ou a conversão dos valores cobrados no lançamento na multa de R\$ 1.380,00, prevista no artigo 42, inciso XIII, alínea "j" do mesmo diploma legal, não posso acolhê-la, diante do fato de ser assente neste órgão julgador o entendimento de que para as hipóteses previstas neste lançamento, há de se aplicar o disposto nos incisos XIII-A, alíneas "i" e "j" do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, conforme realizado.

Quanto à alegação de possuir a multa caráter abusivo, impende afirmar-se que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, dentre os de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*. Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o *"império da lei"* ou *"jus imperium"*.

No campo tributário, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que *"nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei"*. Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, estipular penalidades, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência esta descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antonio Carrazza em seu livro *Princípios Constitucionais Tributários*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que *"O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei"*.

E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos independente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia) disciplinou nos artigos 46 e 47, as penalidades por infração da legislação do ICMS.

Com a edição da Lei nº 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar nº 87/96, no seu artigo 40 e seguintes, conceitua, tipifica e determina as regras e

percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.

O Agente fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita a discricionariedade, senão da Lei.

Assim, a argumentação do sujeito passivo não pode ser acolhida, diante dos motivos expostos, não sendo possível o afastamento da aplicação dos percentuais de multa indicados no lançamento, pois, os mesmos possuem estrita base legal.

Verifico, porém, que no momento da constituição do crédito tributário, o autuante equivocadamente, indicou as datas em que seriam devidas as parcelas dele constantes, desprezando a norma contida, não somente no RICMS/97 (artigo 708-B, parágrafo 5º), como, de igual forma, na OTE-DPF-3005 (item 5.3), razão pela qual, de ofício, retifico tais datas para o dia 02 de fevereiro de 2012.

Observe-se que o cumprimento de prazos contidos nas intimações não parece ser o forte da empresa autuada, diante do fato de ter sido intimada seguidamente, para que apresentasse os dados contidos na peça defensiva fossem também apresentados em meio magnético, conforme se depreende do documento acostado à fl. 233, bem como edital de intimação de fl. 242, não tendo atendido tal solicitação.

Por tais razões, voto no sentido de que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, conforme o demonstrativo:

INF	RESULTADO	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE	45.155,32	45.155,32	5%
02	PROCEDENTE EM PARTE	296.245,37	102.127,04	1%
TOTAL		341.400,69	147.282,36	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269131.0001/12-1** lavrado contra **ARMAZÉM OURO PRETO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$147.282,36**, prevista no art. 42, XIII-A, alíneas “i” e “j”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala de Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA