

A. I. N° - 298950.0002/13-4
AUTUADO - IMUNOSYSTEMS COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - DENNIS ALVIM ALVES SANTOS
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 31/08/2015

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0176-03/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. **a)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENCERRADA. **c)** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO. **d)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **d.1)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. **d.2)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Os demonstrativos de ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. **b)** CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO apuração não discriminam as mercadorias arroladas nas operações que resultaram na exigência fiscal impedindo a identificação das operações sujeitas ou não ao regime de substituição tributária, bem como as mercadorias destinadas ao ativo fixo. Diligências realizadas não eliminaram o óbice. INOBSErvâNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL e CERCEAMENTO DE DEFESA. Infrações Nulas devendo ser refeita a ação fiscal. **2.** ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS COM OMISSÃO DE DADOS. Ficou demonstrado nos autos que o contribuinte foi intimado, no prazo de trinta dias para retificação de arquivo com omissão dos registros 50 e 54 e não retificou, descumprindo o §5º, do art. 708-B do RICMS-BA/97. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 12/03/2013, refere-se à exigência de R\$756.046,06 de ICMS, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01- 07.15.03. Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a abril e junho a dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$156.884,46, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 08 a 29;

Infração 02 - 01.02.05. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$126.379,61, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 30 a 38;

Infração 03 - 06.01.01. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro, abril, junho, setembro, novembro e dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$72.427,00, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 39 a 40;

Infração 04 - 16.12.14. Fornecimento de através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações da saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento de cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas, nos meses de fevereiro a julho, novembro e dezembro de 2010. Exigido a multa no valor de R\$103.928,62. Demonstrativo à fl. 41;

Infração 05 - 07.01.01. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RPAF-BA/99, nos meses de janeiro a abril e junho a dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$286.672,77, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 42 a 53;

Infração 06 - 07.01.02. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, no mês de maio de 2010. Exigido o valor de R\$9.753,60, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 54 a 124.

O autuado apresenta impugnação às fls. 132 a 146, articulando os argumentos a seguir sumariados.

Em relação à infração 01 afirma que não estava obrigado a recolher o ICMS por antecipação na qualidade de substituto tributário, tendo em vista que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, nestes casos, é do Importador ou Industrial fabricante, conforme se depreende da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 76/94 que reproduz. O que, segundo seu entendimento, por si só inviabiliza a presente autuação.

Relata que ao analisar a autuação, assim como o Demonstrativo de Débito, observa-se que o autuante não aplicou na base de cálculo do RICMS-BA/97 a redução prevista no art. 61, §2º, inciso I do RICMS-BA/97 e na Cláusula 2º, §4º do Convênio ICMS 76/94. Continua frisando que, além de não ter aplicado o redutor acima, foi aplicada a multa sobre o valor “cheio” do tributo devido, procedimento este indevido, pois, deveria ser aplicado o redutor, encontrar a base de cálculo, e sobre esta aplicar a multa, o que não foi feito.

Registra que, antes de fixar a base de cálculo do ICMS, deveria ser considerada a realidade fática, pois muitas operações se enquadram no art. 3-A do Dec. nº 7799/2000. Pontua que a base de cálculo do ICMS adotada na autuação é bem superior a prevista na legislação que regula este tributo, tendo em vista que a mesma garante a redução da base de cálculo do ICMS.

Assinala que, para comprovar a total improcedência do Auto de Infração, verifica-se que foi aplicado o MVA de 49,08%, sobre o valor das operações realizadas com produtos farmacêuticos, não respeitando os preceitos expostos no item 1 da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94. Prossegue destacando não restar dúvida que o autuante aplicou ao caso MVA onde não deveria, pois os produtos farmacêuticos encontram-se nas exceções prevista na Cláusula Segunda do referido Convênio.

Diz não restar dúvida que o Auto de Infração é nulo, pois, além da ilegitimidade passiva, os equívocos cometidos pelo autuante e comprovados de forma cabal, impossibilitam determinar o montante supostamente devido pelo Contribuinte, subsumindo-se na regra contida no §1º do art. 18 do RPAF-BA/99.

Requer a nulidade deste item do Auto de Infração, por ter comprovado sua ilegitimidade em figurar no pólo passivo da presente autuação, tendo em vista não estar obrigado em recolher o ICMS na qualidade de substituto tributário, assim como pelos equívocos cometidos pelo autuante.

Quanto à infração 02, revela que lhe foi atribuída utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Sustenta que a forma de recolhimento do tributo por antecipação em nada frustra o direito do Contribuinte em utilizar o crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com o pagamento de impostos por antecipação tributária.

Lembra que o regime de substituição e antecipação tributária caracteriza-se pelo fato de o contribuinte substituto responsabilizar-se, antecipadamente, pelo cálculo e pagamento do montante do tributo da operação própria e das sucessivas, desobrigando os contribuintes subsequentes do seu recolhimento. Prossegue esclarecendo que nesta sistemática, ao se encerrar o ciclo de tributação, é antecipado uma obrigação tributária que só seria devida quando da ocorrência no caso concreto das sucessivas hipóteses de incidência expressamente previstas em lei.

Pondera que, apesar da forma diferenciada da sistemática de apuração do tributo devido, tal regime não induz a qualquer alteração na essência dos institutos que os norteiam, inclusive quanto ao atendimento ao princípio da não-cumulatividade, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores.

Ressalta que a CF/88, em seu art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “c”, delegou à norma jurídica complementar o disciplinamento acerca do regime de compensação do ICMS.

Pontua que a LC 87/96 que estabeleceu normas para a compensação tributária, afirmando que a mesma poderá ser promovido o cotejo entre créditos e débitos específicos por mercadorias em cada operação. Logo, apesar da sistemática compensatória entre débito e crédito, via de regra, ser periódica, poderá vir a ser efetivada individualmente por mercadoria em cada operação, atendendo de pronto ao princípio da não-cumulatividade.

Explana que através do regime de substituição tributária, o tributo devido em cada operação é apurado de forma individualizada, operação a operação, seguindo rigorosamente o sistema compensatório entre débito e crédito, diferenciando-se do regime normal, onde o confronto é efetivado em períodos legalmente determinados. Por isto, diz constatar não haver qualquer afronta ao princípio da não-cumulatividade, posto que o cálculo do ICMS - substituição tributária prevê o abatimento do ICMS - normal, conforme se extrai do §5º do art. 8º da LC nº 87/96.

Explica que o regime de substituição e/ou antecipação tributária atende ao princípio da não-cumulatividade, sendo este o entendimento pacífico da Doutrina e Jurisprudência pátria, reproduzindo lição sobre o tema da lavra do jurista, José Eduardo Soares de Melo, e trecho do Acórdão do RESP - 782987 de 13/03/2007, julgado pelo STJ.

Assevera que o crédito do ICMS, pouco importa se decorrente de operação sob regime de substituição, antecipação ou de regime normal, será sempre um direito do contribuinte, que decorre da própria conceituação constitucional do ICMS.

Conclui asseverando ter ficado cabalmente demonstrado a legalidade do procedimento de utilização do crédito tributário no presente caso, sendo forçoso concluir pela improcedência deste item da autuação.

Ao se defender da infração 03, depois de frisar que está sendo acusado de ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, revela que o autuante equivocou-se na fixação da base de cálculo do ICMS, pois a base de cálculo deste imposto é, em regra geral, o preço de venda da mercadoria, conforme determina o art. 13 da LC nº 87/96.

Destaca que conforme se depreende do Auto de Infração, a fiscalização utilizou base de cálculo estranha, pois a mesma não representa o valor da operação, o que afronta o artigo supra transcrito, comprovando a nulidade da autuação. Diz que para comprovar de forma cabal o equívoco da autuação neste ponto, nota-se que quanto a ocorrência datada de 30/01/2010, o auditor encontrou a base de R\$0,00, aplicou a alíquota de 10% mais a multa de 60%, encontrando o valor de R\$108,12. Ressalta que descabe esse valor haja vista que a base de cálculo encontrada foi zero.

Requer, por tudo que foi acima exposto, a nulidade da infração 03 por ter comprovado o erro na base de cálculo do imposto com relação a infração 03, requer a Nulidade do Auto de Infração.

Em relação à infração 04, depois de transcrever a acusação fiscal e seu enquadramento legal, registra que o autuante incluiu na base de cálculo da multa imposta todas as saídas, independente de serem as mesmas mercadorias ou não, sem considerar o fato de que realiza outras transações que não é hipótese de incidência do ICMS.

Assevera que não poderia ser incluído na base de cálculo da aplicação da multa acima transcrita todas as saídas, pois a Lei é clara quando diz que a multa é de 5% sobre o valor de saída das mercadorias.

Esclarece que, “mercadoria” é todo bem negociado por um comerciante, fruto da atividade comercial, ou seja, “mercadoria” significa tudo aquilo que estiver à disposição em um determinado “mercado”.

Assevera que muitos dos produtos que saíram de seu estabelecimento não são mercadorias, pois, estão fora do comércio, do mercado, produtos que não estão a venda, ou seja, não devem compor a base de cálculo para chegar no quanto devido a título de multa.

Conclui, tendo em vista o equívoco na fixação do quanto devido a título de multa, requerendo a nulidade desta infração.

No que concerne às infrações 05 e 06, depois de replicar o teor incorreto das infrações 01, 05 e 06, afirma que, da análise desses três itens da autuação, verifica-se que derivam da mesma situação fática.

Destaca que, visando não tornar esta peça de defesa enfadonha e cansativa, ratifica todos os termos do Item I desta defesa, como se aqui estivessem transcritos, devendo, por isso, serem também julgadas improcedentes as infrações 05 e 06.

Conclui, depois de reiterar seu argumento de que restou comprovada a inocorrência da acusação fiscal na forma descrita na autuação, pugna pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal às fls. 150 a 152 dos autos nos seguintes termos.

Depois de transcrever as seis infrações objeto da autuação, observa que, depois de analisar o teor da defesa apresentada pelo impugnante, consta que ela foi embasada sob argumentos meramente protelatórios, requerendo a nulidade/improcedência do Auto de Infração.

Esclarece que nada foi feito senão devidamente alicerçado em todas as informações fornecidas pela autuada através dos documentos e seus livros fiscais, além dos controles internos da SEFAZ, tendo sido elaborados demonstrativos que comprovam as divergências encontradas.

Destaca que a infração 01 trata de mercadorias não enquadradas na substituição tributária, de acordo com o art. 353, inciso II, item 13, e sim, sujeitas a antecipação parcial, conforme demonstrativo às fls. 08 a 29, visto que o NBM/SH não constam no Anexo Único do Convênio ICMS 76/94.

Afirma que a infração 02 trata de aquisição com pagamento de imposto por antecipação ou substituição tributária é vedada a utilização do crédito fiscal, por se tratar de mercadorias com fase de tributação encerrada, consoante previsão expressa no art. 97, inciso IV, alínea “b”, do RICMS/97-BA, conforme demonstrativo às fls. 30 às 38.

Informa quanto à infração 03 que, de acordo com o art. 69 do RICMS/97-BA, que o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, do percentual equivalente à diferença entre as alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem, conforme demonstrativo elaborado às fls. 39 e 40 e cópia dos livros fiscais às fls. 54 a 124.

Esclarece no tocante à infração 04 que, conforme demonstrativo da multa por omissão de informações em arquivos magnéticos, fls. 41, foi cobrado a multa pela diferença nas operações das saídas constantes nos livros fiscais e nas DMAs e não informadas nos arquivos magnéticos, conforme preceitua o art. 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei 7.014/96.

Quanto às infrações 05 e 06, esclarece que, de acordo com o §3º, da Cláusula Primeira, do Convênio ICMS 76/94, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar, conforme demonstrativo às fls. 42 a 53.

Afirma que, diante do exposto, não poder prosperar uma contestação por ser protelatória, insubstancial, e descabida.

Assinala que a defendant, por não ter argumento para solicitar a improcedência dos dados e levantamentos apurados, tudo abundantemente comprovado, atem-se ao argumento da insubstancialidade das seis infrações sem, contudo, nada provar, pois em todo momento somente tentou tergiversar em cima dos fatos apresentados e dados levantados. Frisa que nem sequer, elaborou planilhas probatórias contestando todos os levantamentos trazidos ao processo.

Conclui requerendo a procedência da autuação.

Em pauta suplementar, esta Junta deliberou converter os autos em diligência, fl. 155, para que o autuante procedesse ao refazimento dos demonstrativos de apuração das infrações incluindo a discriminação de cada uma das mercadorias que está sendo atribuída a imputação.

O autuante apresenta resultado da diligência, fl. 158, informando a impossibilidade de atender a diligência, tendo em vista que, após analisar os documentos fiscais (notas fiscais de entradas) do contribuinte e devido a falta de correção dos arquivos magnéticos durante a fiscalização, conforme demonstrativo que anexa à fl. 159, ficou impossibilitado de realizar o determinado.

Destaca que o estabelecimento autuado apresenta um alto valor de entradas R\$15.203.216,34, conforme DMA), possuindo mais de 1000 notas fiscais de compras em 2010, sendo que cada nota varia de 1 a 25 produtos, ficando impraticável elaborar novos demonstrativos contendo a discriminação de cada uma das mercadorias.

Sugere que, diante da impossibilidade de cumprir com o determinado, que o contribuinte como possuidor dos dados necessários para o esclarecimento, seja intimado para apresentar os demonstrativos nos moldes dos juntados às fls. 08 a 29 e 30 a 38, contendo as discriminações das mercadorias em cada nota, com seus respectivos valores, além do código NCM.

Intimado a tomar ciência do resultado da diligência, fl. 166, o autuado se manifesta às fls. 168 a 171, nos termos a seguir resumidos.

Inicialmente destaca que o autuante ao não atender a solicitação, conclui-se sem muito esforço que foi mantida a falha quando da autuação, isto é, a não discriminação cada uma das mercadorias que está sendo atribuída a imputação, devendo o presente lançamento ser julgado nulo por insegurança na determinação da infração e por cerceamento do direito de defesa, conforme vislumbrado pela 3ª JJF.

Frisa que o auto de infração foi lavrado de forma genérica, não identificando quais as mercadorias deram ensejo à autuação fiscal, pois não há descrição do código do produto

comercializado capaz de originar a infração identificada no lançamento, não restando dúvida quanto a nulidade do Auto de Infração, a luz do §1º do art. 18 do RPAF-BA/99.

Destaca que não precede o pleito final do autuante para que apresente os demonstrativos contendo as discriminações das mercadorias em cada nota fiscal, obrigação esta imposta por este pela 3ª JJF ao próprio preposto fiscal.

Isto porque, tal procedimento deveria anteceder ao lançamento fiscal, o que não foi feito, e por este motivo foi determinado pela 3ª JJF que assim procedesse o autuante, abrindo novo prazo de defesa ao Autuado por se tratar de “um novo lançamento”, e como tal, deve se dar através do ato da autoridade administrativa, conforme determina o art. 142 do CTN, sendo de competência privativamente da autoridade administrativa, não podendo/devendo o contribuinte ser compelido a participar deste ato.

Frisa que o único argumento do autuante para não atender o quanto determinado pela 3ª JJF é o volume de notas fiscais as quais o mesmo deveria analisar, ou seja, negou cumprimento ao quanto determinado por entender que teria excesso de trabalho, o que não justifica a negativa.

Ressalta que, comprovado o equívoco do autuante, uma vez que não foi atendido o quanto exigido pela 3ª JJF, reitera todos os termos de sua impugnação inicial, tendo em vista a nulidade/improcedência do Auto de Infração por insegurança na determinação da infração, na determinação do montante do débito autuado e por cerceamento do direito de defesa, conforme demonstrado, o que de pronto requer o por questão de legalidade e justiça.

O autuante presta nova informação fiscal acerca da manifestação do impugnante, fls. 181, que para realizar o determinado são necessários os arquivos magnéticos, qual o contribuinte está obrigado a entregar na forma em que preceitua a legislação vigente e não o fez. Observa que o levantamento fiscal foi elaborado verificando cada nota fiscal, entretanto, discriminando as mercadorias.

Ressalta que o contribuinte durante todo exercício fiscalizado, só realizou pagamentos de antecipação parcial e substituição tributária, referente ao mês de maio, nos valores respectivos de R\$14.430,75 e R\$11.331,71.

Reafirma que, diante da impossibilidade de cumprir com o determinado, mantém a solicitação de que o contribuinte como possuidor dos dados necessários para o esclarecimento (arquivos magnéticos), seja intimado para apresentar os demonstrativos nos moldes dos juntados às fls. 8 a 29 e 30 a 38, contendo as discriminações das mercadorias em cada nota, com seus respectivos valores.

A 3ª JJF, decide converter novamente os autos em diligência, fl. 185, para que o autuante, ou auditor estranho ao feito, com base nos arquivos devidamente retificados pelo autuado ou na documentação fiscal elaborasse novos demonstrativos de apuração das infrações 01, 05 e 06 e fossem entregues ao autuado concedendo o prazo de trinta dias para manifestação.

O autuante informa, fl. 188, que ficou impossibilitado de cumprir a diligência, tendo em vista, mesmo devidamente intimado, fls. 189, o impugnante não retificou os arquivos magnéticos SINTEGRA necessários ao refazimento dos demonstrativos.

Consta às fls. 215 a 220, intimação do autuado para ciência do resultado da diligência sem, no entanto, lograr êxito, eis que não ocorreu qualquer manifestação no prazo regulamentar.

VOTO

Os itens 01, 02, 03, 05 e 06 da autuação serão analisadas conjuntamente, tendo em vista que tratam de multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial - infração 01; utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária - infração 02; falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de

outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo - infração 03, falta de recolhimento e recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária - infrações 05 e 06.

Como se depreende claramente da natureza das infrações supra elencadas para se aquilatar o efetivo cometimento da acusação fiscal é imprescindível que os demonstrativos de apuração contemplem a discriminação das mercadorias, cujas operações sejam objetos das correspondentes exigências. Sob pena de limitar a defesa do autuado, bem como, inibir a aquilatação, por parte do julgador do correto enquadramento tributário das mercadorias arroladas no lançamento, ou seja, a fidedignidade da exigência apurada.

Os demonstrativos de apuração elaborados pelo autuante para exigência dessas infrações e acostados às fls. 08 a 40 e 42 a 53, não discriminam quais as mercadorias constantes das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal serviram de lastro para o dimensionamento da base cálculo das respectivas infrações.

Na tentativa de superar esse óbice, esta 3^a JJF deliberou por duas ocasiões a realização de diligência para que fossem carreados aos autos pelo autuante novos demonstrativos especificando as mercadorias arroladas no levantamento, e assim, ficassem explicitadas quais as mercadorias cujas operações estariam submetidas, ou não, ao regime de substituição tributária, e as mercadorias que se destinavam ao ativo fixo do autuado.

Convém salientar que a falta de discriminação das mercadorias arroladas, apesar de ser um vício sanável essa informação imprescindível no decorrer do processo, mediante diligência com posterior reabertura do prazo de defesa, deveria integrar no levantamento fiscal original que serviu de base para o lançamento.

As diligências determinadas por esta JJF não lograram êxito, tendo em vista, que nem o impugnante apresentou os arquivos SINTEGRA retificados necessários ao refazimento dos demonstrativos, nem o autuado refez os demonstrativos com base na documentação do estabelecimento autuado, sob a legação do grande volume de notas fiscais.

Nestes termos, ante a revelada impossibilidade nos presentes autos de suprir a lacuna acerca da imprescindível discriminação das mercadorias que lastrearam as exigências apuradas, resta patente nos autos que o procedimento do autuante não observou o devido processo legal e cerceou o direito de defesa do autuado.

Assim, nos termos do art. 18, inciso II, combinado com o art. 20, ambos do RPAF-BA/99, concluo pela nulidade das infrações 01, 02, 03, 05 e 06.

Represento a Autoridade Fazendária, nos termos do art. 21 do RPAF-BA/99, para que examine a possibilidade da programação de uma nova ação fiscal com o objetivo de apurar as irregularidades a salvo da falha apontada, podendo exigida a retificação pelo contribuinte dos arquivos SINTEGRA, e caso não efetuada a retificação, que seja aplicada a penalidade legalmente prevista.

A infração 04 cuida do fornecimento de informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, consoante intimação, fl. 128, assinada por preposto do autuado, e demonstrativo, fl. 41.

Em sede de defesa, o impugnante requereu a nulidade da autuação pelo fato de ter sido incluído na base cálculo da multa imposta todas as saídas independentes de serem mercadorias ou não.

Ao compulsar os autos verifico que não deve prosperar a alegação do defendant, haja vista que consoante consta no demonstrativo de apuração, fl. 41, e devidamente explicado pelo autuante na informação fiscal a divergência apurada que serviu de lastro para apuração da base cálculo da multa se origina na diferença entre as operações de saídas registradas nos livros fiscais e as informadas nas DMAs e não constantes nos arquivos magnéticos.

É cediço que em caso de correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deve ser fornecida ao contribuinte, Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades, e o mesmo tem o prazo de trinta dias para corrigir o arquivo magnético, conforme os §§ 3º e 5º do art. 708-B do RICMS-BA/97, *in verbis*:

“Art. 708-B

[...]

§ 3º Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.

§ 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.”

Devidamente intimado o impugnante com a indicação da ausência dos registros 50 e 54, concedido o prazo de trinta dias para retificação dos arquivos, fl. 128, a não apresentação dos arquivos retificados impõe-se a aplicação da sanção por descumprimento de obrigação acessória prevista na alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7.014/96.

Logo, resta caracterizada a infração 04.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298950.0002/13-4, lavrado contra **IMUNOSYSTEMS COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$103.928,62**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, alterado pelo Dec. nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO – JULGADOR