

A. I. Nº - 128859.0031/01-7
AUTUADO - MARVEL MANUTENÇÃO E REVENDA DE VEÍCULOS LTDA.
AUTUANTE - EZILBERTO DE BRITO MOITINHO
ORIGEM - INFAS PIRAJÁ
INTERNET - 27/12/2002

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0444-03/02

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DADOS RETIRADOS DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS. **a)** DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO NO RAICMS. **b)** DESENCONTRO ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO LIVRO REM E O RAICMS. **c)** DESENCONTRO ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS E O ESCRITURADO NO RAICMS. **d)** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS, APURADA ATRAVÉS DE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESÓRIA. Em todas as infrações a diligência comprova que os arquivos magnéticos foram gerados com erros e após o confronto das notas fiscais de entrada e de saída, de cada mês, com seus respectivos registros nos livros de entradas e de saídas, e de constatar a regularidade na escrituração, refez o Conta Corrente do ICMS dos dois exercícios envolvidos, 1996 e 1997, e concluiu que não houve recolhimento a menos nos períodos. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração de 31/12/2001, exige ICMS no valor de R\$ 81.547,45 e multa de 01 UPF-BA, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no valor de R\$ 47.495,75;
2. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS, no valor de R\$ 22.118,18;
3. Recolheu a menor ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no Livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS, no valor de R\$ 11.933,52;
4. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, multa de 01 UPF-BA.

O autuado, tempestivamente, através de advogado legalmente habilitado, “ex- vi” instrumento de mandato anexo, fl.64, impugna o Auto de Infração, fls. 43 a 63, com as seguintes razões de fato e de direito:

1. Que a autuação baseou-se em elementos apresentados por meios magnéticos, ou por intermédio de rede (Internet), com os dados de todas as notas fiscais e lançamentos fiscais de cada mês, arquivo este denominado SINTEGRA, que através de Acordo entre todas as entidades representativas do comércio da Bahia, e o fisco baiano ficou estabelecido que só seriam obrigatórios estes dados a partir de outubro de 2000.
2. Aduz que a empresa não se conforma com a autuação, pois é um contribuinte que se orgulha de sua regularidade junto à SEFAZ, razão porque junta cópias do livro RUFTO.
3. Ressalva que o autuante conseguiu verificar omissões de saídas pelos dados confrontados das escritas fiscal e contábil do autuado, e os dados informados por meios magnéticos (SINTEGRA), mas que os dados de 1996 e de 1997 estariam desobrigados de serem informados, além do que o fisco só deu condições de possibilitar a segura e correta informação a partir de outubro de 2000.
4. Disse que sempre pressurosa no cumprimento de suas obrigações, a Marvel contratou uma empresa baiana para criar o software adequado, a fim de que pudesse informar os dados do SINTEGRA, mas que por deficiência técnica do programa ou por limitação do seu equipamento, então XT 286, as informações saíram defeituosas, inexatas. Contratou outra empresa de Belo Horizonte (Spress Informática S/A), para implantar o sistema adequado e se deu conta das ineficiências dos sistemas então utilizados de programa “caseiro”.
5. Assim, em 19 de setembro de 2001, a ora autuada endereçou carta à SEFAZ, na qual deu conta do que acontecera e que estava recuperando a base de linguagem MUMPS, cujos arquivos estavam “processando e corrigindo em caráter de emergências”. Para tanto pedia ao fisco, um prazo de mais noventa dias. Assim, que a impugnada portou-se com lisura e responsabilidade, mas que a resposta do fisco foi iniciar uma fiscalização, que se limitou a confrontar os dados da escrita fiscal, sobremodo, com os dados fornecidos por meio magnético (SINTEGRA), que o próprio fisco sabia que eram inexatos e defeituosos, adredemente que fora avisado pelo contribuinte.
6. Diz que o comportamento acima relatado depõe contra a boa-fé e moralidade administrativa, pois foram lavrados dois Autos de Infração absurdos, este contra a filial e o de nº 128859.0030/01-0 contra a matriz, autos visceralmente nulos, pois a obrigação tributária há de ser exata, comprovada. Não pode ser construída de erro, seja do contribuinte, seja de terceiro, seja do fisco, e que o autuante fez foi um arbitramento grosseiro, sem forma ou conteúdo de direito.
7. Diz que a escrita do contribuinte é regular e está à disposição do fisco para qualquer auditoria. Rebate que o presente Auto de Infração é nulo, pois não possibilita qualquer segurança para a determinação e a identificação da infração fiscal, consoante os termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/99.
8. Invoca a decadência parcial do Auto de Infração, para os lançamentos pertinentes a operações do ano de 1996, uma vez que foi lavrado em 31 de janeiro de 2001, quando já não mais poderiam ser efetuados lançamentos de ICMS referentes aos fatos geradores ocorridos de 1º de janeiro a 30 de dezembro de 1996, consoante o § 4º do artigo 150 do CTN. Diz que não se aplica aqui a regra geral de decadência do art. 173, I do CTN, que se aplica a outras técnicas de lançamento. Cita o posicionamento de doutrinadores e do fisco paulista, a favor desta tese.
9. No mérito, aduz que é improcedente o Auto de Infração porque a fiscalização se utilizou de dados incorretos e imprestáveis fornecidos por meio magnético, (SINTEGRA), pertinentes aos anos de 1996 e 1997. Ressalta que esses dados foram fornecidos pelo contribuinte que só está

obrigado a fornecê-los de outubro de 2000 em diante e, antes que se iniciasse a fiscalização, informou ao fisco a sua imprestabilidade.

10. Relata que o problema técnico da dificuldade de recuperar os dados, em razão do programa de linguagem MUMPS utilizado para 96 e 97, dificultou o trabalho de levantamento de dados, para contrapô-los ao da autuação fiscal. Contudo, que fez o levantamento dos meses de setembro e outubro de 1996, e dos meses de janeiro, fevereiro, junho julho e novembro e dezembro de 1997, nos quais se demonstra que não há diferença a recolher, levantamentos anexos à defesa.
11. Indigna-se com o fundamento da ação fiscal, que por absurdo, no AI nº 128859.0030/01-0, lavrado contra a matriz, no arquivo magnético, aparece a NF nº 13247, em julho de 1997, que inexiste e seu valor é de R\$ 112.200,00, de um produto que jamais poderia ser vendido em tal quantidade e em tal valor. Deste modo, que trata-se de um AI virtual, sem qualquer correspondência real.
12. Pede que seja realizada diligência, pois não houve tempo para ultimar o levantamento dos meses faltantes, para completar e testar os levantamentos efetuados, com exame real das notas fiscais e dos livros fiscais, de modo a demonstrar a inexatidão dos dados utilizados pelo autuante.

O autuante presta informação fiscal, fls. 257 a 258, e diz que em que pese a bem elaborada defesa, do autuado, esta não apresentou elementos que pudessem modificar a autuação fiscal. Esclarece que os exercícios ora objeto da impugnação, iniciaram-se respectivamente em 1º de janeiro de 1996 e 1997, e encerraram-se em 31 de dezembro de 1996 e 1997, daí porque a ação fiscal programada pela IFEP, visava, objetivamente, não permitir a sua decadência. No mérito, aduz que apenas recepcionou os dados fornecidos pelo contribuinte, através do programa SAFA, desenvolvido pela SEFAZ, e até aqui operacionalizado com bastante êxito. Como não cabe, no desenvolvimento da ação fiscal, a alteração dos dados apresentados, diz que não restou outro caminho, senão a lavratura do competente Auto de Infração. Ressalta que a empresa fora intimada pela própria unidade fazendária, indicando na intimação o período objeto da apresentação dos disquetes contendo as informações e, ainda assim, foi aceito pelo autuante a apresentação gradativa dos mesmos, até meados do mês de dezembro de 2001. Pede que o AI seja julgado procedente.

Em pauta suplementar, esta 3ª JJF deliberou que o presente PAF fosse diligenciado à ASTEC, para que fossem adotadas as seguintes providências, com vistas a comparar onde foram apontados os equívocos nos arquivos magnéticos:

1. que o contribuinte fosse intimado a demonstrar em que períodos e notas fiscais ocorreram os equívocos;
2. que o diligente verificasse se estas divergências efetivamente ocorreram, e a final elaborasse um novo levantamento com base nos dados corrigidos.

Em 05 de junho de 2002, o autuado peticionou à SEFAZ, fl. 263, informando que a empresa contratada para dar suporte aos exercícios objeto deste Auto de Infração, até esta data, não conseguiu preparar os discos do SINGRA corretos, e que os erros existentes, quando corrigidos, produzem novos erros, que dificultam a realização do seu objetivo. Diante deste fato, pede permissão para contratar uma outra empresa, a Controller Tecnologia em Sistemas para Gestão Empresarial, que possui as qualificações técnicas necessárias para realizar todos os lançamentos dos exercícios em tela.

O diligente emite o Parecer ASTEC nº 243/2002, e presta os seguintes esclarecimentos:

1. Para o atendimento da revisão fiscal, intimou o autuado a apresentar um demonstrativo com as respectivas notas fiscais, onde ocorreram os equívocos alegados na defesa. Requisitou também, os livros de entradas, saídas e de apuração do ICMS, as notas fiscais e os DAE's dos exercícios de 1996 e 1997.
2. Que recebeu toda a documentação fiscal do autuado para exame, entretanto, com relação ao demonstrativo solicitado, contendo os equívocos, foi informado pela Contadora, da impossibilidade de sua elaboração, pois os arquivos contém incorreções em toda a sua extensão. Foi informado que os referido arquivos estavam sendo recuperados por uma equipe de digitadores e os relativos aos meses de agosto a dezembro de 1996 já haviam sido recuperados.
3. Que o autuado entregou-lhe planilhas geradas pelos arquivos recuperados dos meses de agosto a dezembro de 1996, onde figuram toda a escrituração dos livros de registros de entradas, saídas e de apuração do ICMS, e que examinou os dados de entradas e saídas contidos nas planilhas e comparou com os registros dos livros de registros, onde constatou que são perfeitamente idênticos.
4. Declarou que “tendo em vista que o período fiscalizado abrange de 01/01/96 a 31/12/97 e a correção dos arquivos somente fora realizada dos últimos cinco meses de 1996 examinamos toda a documentação do autuado para aquilatar a consistência e a fidedignidade de sua escrituração. Após o confronto das notas fiscais de entrada e de saída, de cada mês, com seus respectivos registros nos livros de entradas e de saídas, e constatarmos a regularidade na escrituração, refizemos o Conta Corrente do ICMS dos dois exercícios envolvidos”.
5. Anexa o Conta Corrente do ICMS dos exercícios de 1996 e de 1997, onde figuram mensalmente os créditos das operações de entradas apurados no livro de registro de entradas, os débitos apurados no livro de registro de saídas e o imposto devido apurado no livro registro de apuração do ICMS, e por fim, o imposto recolhido através do DAE.
6. Apensa ao Parecer o Anexo 2, contendo as cópias do resumo mensal dos livros de registros de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS, cujos registros lastrearam a feitura do Conta Corrente do ICMS.
7. Conclui que, com base nos registros dos livros de Entradas, Saídas e de Apuração do ICMS e nos DAE's não ocorreu recolhimento a menor do ICMS por parte do autuado, no período de 01/01/1996 a 31/12/1997.

O autuado cientificado do resultado da diligência, manifesta-se através de seu patrono, fl.356 e relata que vem fazendo, a muito custo, a recuperação e correção dos dados dos arquivos do SINTEGRA, referentes a 1996 e 1997, que foram transmitidos com defeitos e erros autoevidentes. Por ser trabalho “custoso e beneditino”, ainda não concluiu o ano de 1997, mas que o ano de 1996 já foi concluído e enviado à SEFAZ, via INTERNET. Afirma que logo que se conclua a recuperação e refazimento dos dados de 1997, será procedida idêntica remessa. Quanto à diligência realizada, como o auditor fiscal, não conseguiu abrir alguns dos arquivos que lhe foram entregues, optou-se por enviar pelo TED – Transmissor Eletrônico de Documentos, aplicativo da SEFAZ, consoante a comprovação que anexa. Diz que com esse esforço, comprova os erros e defeitos dos arquivos em que se baseou a autuação fiscal e a insubsistência do Auto de Infração. A final requer quer sejam julgados simultaneamente, este Auto de Infração com o da filial.

O autuante, ciente da diligência, não se manifestou.

VOTO

Entendo que o Auto de Infração, no seu aspecto formal, está perfeito e válido para surtir seus efeitos jurídicos e legais, tendo a ação fiscal decorrido de programação da Inspetoria de Fiscalização de Empresas de Grande Porte – IFEP, na qual o autuado fora devidamente intimado para apresentar os livros e documentos fiscais, inclusive os arquivos magnéticos, conforme documentos de fls. 44 a 45. Ademais o Auto de Infração faz-se acompanhar dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, e das provas necessárias à demonstração dos fatos arguidos.

Contudo, a obrigação tributária, sendo “ex-lege”, tem seu fato gerador previsto na lei, fato este que deve ser típico. No presente caso, o autuante detectou através de arquivos magnéticos que as operações de circulação de mercadorias, sendo tributadas não tiveram o recolhimento ao erário na sua integralidade. Mas, o contribuinte incisivamente rebate a acusação, sob a égide de que no mundo real estas operações não ocorreram, no montante apurado pela fiscalização, através dos seus arquivos magnéticos pois estes seriam inválidos. Ressalta em sua peça de defesa que, em 19 de setembro de 2001, endereçou carta à SEFAZ, na qual deu conta do que acontecera e que estava recuperando a base de linguagem MUMPS, cujos arquivos estavam “processando e corrigindo em caráter de emergências”. Para tanto pedia mais noventa dias de tolerância, ao fisco.

Sabemos que os fatos que entram na composição da hipótese de incidência são escolhidos pelo legislador no mundo fático, e uma vez postos na norma tributária, tais fatos passam a ser “modelos” de fatos jurígenos. Portanto é preciso que seja verificado se no mundo real, na vida, estes fatos ocorreram, e foram iguais ao modelo previsto na norma, para que gerem a obrigação do pagamento do tributo. Também os fatos que constituem a hipótese de incidência da norma de tributação, apresentam os aspectos pessoal, material, temporal e o espacial, sendo que o objetivo da relação jurídico tributária é o pagamento do tributo, que envolve o cálculo do “quantum debeatur”, isto é da base de cálculo e da alíquota.

Deixo de acatar a preliminar de mérito, de decadência, suscitada pelo autuado, pelas razões seguintes:

Embora o § 4º, do artigo 150 do Código Tributário Nacional estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (caso do ICMS), deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual, após decorridos os cinco anos previstos legalmente, são aceitos, por assim dizer, pelo sujeito ativo da relação tributária.

Entretanto, quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que ‘o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado’, e não o foi pelo sujeito passivo.

Na situação em análise, os fatos geradores do imposto ocorreram no período de janeiro/96 a dezembro de 1996 e o prazo para a constituição do crédito tributário se extinguiria no dia 31/12/2001. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 31/12/2001, não havia se configurado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Ressalte-se, por

oportuno, que a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, considera que, lavrado o auto de infração, não há mais que se cogitar de prazo de decadência, independentemente de notificação do lançamento ao sujeito passivo;

O entendimento acima descrito é aquele manifestado reiteradamente por este CONSEF, consoante os inúmeros acórdãos até esta data prolatados, dentre os quais podemos transcrever alguns:

1. Acórdão CJF nº. 274-12/02, com voto da lavra do Conselheiro Sr. Ciro Roberto Seifert:

(...)

Na segunda alegação preliminar, foi trazido o argumento que, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 30/04/2001, só poderia tratar dos impostos cujos fatos geradores ocorreram após o dia 30 de abril de 1996, em razão da extinção dos créditos tributários relativos aos fatos geradores anteriores, por decadência, visto que o prazo de 5 (cinco) anos para que o sujeito ativo realizasse o ato homologatório de lançamento do crédito tributário, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, já teria expirado.

Tal dispositivo do CTN determina que, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Ocorre que o art. 173, I, do mesmo CTN, preconiza que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, significa dizer lançamento de ofício, como é o caso do Auto de Infração, extinguindo-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Desta forma, está claro que não se operou a decadência do período anterior a 30 de abril de 1996, como pretendeu fazer crer o Recorrente.

2. Acórdão CJF nº. 0150-12/02 – voto vencedor da lavra da Conselheira Sra. Ivone de Oliveira Martins:

(...)

Relativamente à 3ª preliminar que argüi a decadência do direito ao crédito tributário relativo ao exercício de 1995, sendo a mesma preliminar de mérito, também não comungo do entendimento do Ilustre Relator que concordou com as razões apresentadas pelo recorrente.

Trata-se de matéria que não sendo pacífica na doutrina e no âmbito deste CONSEF também tem havido divergências de interpretação acerca do prazo decadencial regulado no art. 173, I, do CTN (Lei nº 5.172/66).

Tem sido tormentoso a distinção que se faz quanto a fixação do prazo de decadência do direito ao lançamento dos tributos por homologação e os que decorrem do lançamento prévio por parte do sujeito ativo ou seja do titular do crédito tributário. Assim há uma corrente que defende a aplicação da regra do § 4º, do art. 150, e, outra corrente entende que prevalece a regra do art. 173 e seu parágrafo único, da CTN, com a ciência do autuado como entendeu o Relator.

*Segundo Hugo de Brito Machado na sua obra *Curso de Direito Tributário*, 13^a edição, pág. 148 - O Tribunal Federal de Recursos, seguindo orientação proposta pelo Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, e o STF acolhendo proposta do Ministro Moreira Alves, fixaram entendimento pelo qual o Auto de Infração consuma o lançamento tributário, não se havendo mais, depois de sua lavratura, de cogitar de decadência.*

A manifestação da PROFAZ no Parecer exarado nos autos, trata com muito propriedade da questão relativa a intimação do sujeito passivo como sendo condição necessária à perfeição do ato e visa resguardar os princípios do contraditório e ampla defesa, assegurados na carta constitucional – art. 5º, inciso LV, e deixa demonstrado que a intimação não pode ser considerada marco final da decadência. Comungo do entendimento de que a regra do parágrafo único do art. 173, é pressuposto de eficácia do ato de lançamento.

Sem dúvida a fiscalização iniciada em 13/10/2000 e concluída em 29/12/2000, com a lavratura do Auto de Infração em questão, afasta a argüição de decadência, vez que o sujeito ativo exerceu o seu direito de através do lançamento constituir o crédito tributário no prazo decadencial.

A decisão jurisprudencial trazida à colação no Parecer acima referido, reflete a posição do STJ (Superior Tribunal de Justiça) acerca da questão posta no presente caso, onde efetivamente houve a iniciativa do sujeito ativo de apurar o débito e exigí-lo com a lavratura do Auto de Infração, o que afasta o argumento da decadência suscitada pelo recorrente e acolhida pelo Relator, que com a devida vena, está equivocada.

Deste modo, rejeito a argüição da preliminar e voto pelo NÃO PROVIMENTO pois entendo que as razões recursais não merecem agasalho por este Tribunal Administrativo, pois assim estará em consonância com o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores acima referidos.

3. Acórdão CJF nº. 0150-12/02, com voto exarado pelo Conselheiro Relator Sr. Tolstoi Nolasco Seara:

Inicialmente cumpre afastar a preliminar de decadência suscitada pelo recorrente. Aplica-se ao caso, a norma do art. 173, inc. I, do CTN, pois o prazo decadencial só se inicia no primeiro dia do exercício seguinte a ocorrência dos fatos geradores, em relação ao imposto que não foi declarado pelo sujeito passivo. Na presente lide, o contribuinte não declarou nem praticou quaisquer atos relacionados à escrituração ou lançamento do imposto para o Estado da Bahia. (...) A decadência é forma de extinção de direito daquele que não realiza os atos necessários à sua preservação, face à inércia do seu titular. Opera-se a decadência após o decurso de certo prazo, previsto na lei. O ICMS é imposto lançado por homologação que pressupõe atividade anterior, desenvolvida pelo sujeito passivo, no sentido de calcular o tributo devido e antecipar o pagamento sob condição de posterior revisão pela autoridade administrativa. Não tendo o contribuinte antecipado o pagamento devido, nem expressa nem tacitamente dar-se-á a homologação. Nesse caso, então, terá lugar o

lançamento de ofício disciplinado no art. 149, do CTN, conforme leciona a Profª MISABEL DERZI, em nota de atualização, ao livro Direito Tributário Brasileiro, de autoria de ALIOMAR BALEIRO, 11ª edição, ano de 2000, Editora Forense, Rio de Janeiro, pág. 912. A conduta do contribuinte em relação às operações objeto do Auto de Infração não foi no sentido (de) cumprir a obrigação tributária para o Estado da Bahia e nem mesmo de comunicar a ocorrência dos fatos que ensejaram o posterior lançamento. Somente por ocasião de fiscalização desenvolvida no contribuinte (...) se operou o total conhecimento das operações praticadas pelo recorrente. Assim, a inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício - são situações que se equivalem. Inaplicável se torna, portanto, a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, do CTN, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a norma do art. 173, inc. I. Nesse sentido se posiciona a doutrina majoritária (cf. Luciano Amaro, Direito Tributário Brasileiro, São Paulo, Ed. Saraiva, pp. 383-384; Paulo de Barros Carvalho, Decadência e Prescrição, Caderno de Pesquisas Tributárias, nº 1, Resenha Tributária, 1976, p. 156) e a jurisprudência dos tribunais superiores e do Conselho Estadual de Fazenda da Bahia. Só para exemplificar, o antigo Tribunal Federal de Recursos fez editar a Súmula nº 219, citada também pela profª MISABEL DERZI, com o seguinte teor: “Não havendo antecipação de pagamento, o direito de constituir o crédito previdenciário extingue-se decorridos 5 (cinco) anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador”.

Portanto, a Fazenda Pública do Estado da Bahia, teria até o dia 31/12/2001, para constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 1996, e o Auto de Infração foi lavrado nesta data, dentro do prazo legal para a homologação do lançamento.

No mérito, o presente Auto de Infração fora lavrado com base exclusivamente nos dados contidos nos arquivos magnéticos dos exercícios de 1996 e de 1997 que o contribuinte forneceu ao fisco.

O autuado em sua peça de defesa alega que as informações neles gravadas encontravam-se inexatas e incorretas, por deficiência técnica do programa. Reclama também que só estaria obrigado a fornecer os arquivos magnéticos, a partir do ano de 2000.

O contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados deverá fornecer, quando solicitada, documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro (layout) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração. Contudo, somente a partir de outubro de 2000, inclusive, os contribuintes do ICMS autorizados ao uso de SEPD deveriam entregar o arquivo magnético, referente ao movimento econômico de cada mês, contendo a totalidade das operações de entrada e saída e das aquisições e prestações efetuadas.

É o que determina o art. 708-A do RICMS/97, que foi acrescentado pela Alteração nº 21 (Decreto nº 7886, de 29/12/00, DOE de 30 e 31/12/00), efeitos a partir de 30/12/00:

Art 708 –A Os contribuintes do ICMS autorizados ao uso de SEPD deverão entregar o arquivo magnético de que trata este capítulo, referente ao movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações efetuadas.

E no art. 712-A, acrescentado pela Alteração nº 12 (Decreto nº 7.675, de 15/09/99, DOE de 16/09/99).

Art.712-A. Os contribuintes autorizados ao uso de sistema eletrônico de processamento de dados para emissão de documentos fiscais e/ou escrituração de livros fiscais deverão adequar-se as novas disposições contidas no inciso V, do § 1º, do art. 688 e no Manual de Orientação – Anexo 64, a partir de 1º de janeiro de 2000 (Conv. ICMS 31/99).

Diante da contundente irresignação do autuado, por ter o lançamento se baseado nos dados de arquivos magnéticos que estariam incorretos, pois foram gerados com falhas técnicas, e por não ter a obrigatoriedade de fornecê-los, com relação aos exercícios de 1996 e de 1997, esta 3ª JJF deliberou que o presente PAF fosse diligenciado à ASTEC, para que fossem adotadas as seguintes providências, com vistas a comparar onde foram apontados os equívocos nos arquivos magnéticos.

O diligente emitiu o Parecer ASTEC nº 243/2002, e prestou os seguintes esclarecimentos:

1. Para o atendimento da revisão fiscal, intimou o autuado a apresentar um demonstrativo com as respectivas notas fiscais, onde ocorreram os equívocos alegados na defesa. Requisitou também, os livros de entradas, saídas e de apuração do ICMS, as notas fiscais e os DAE's dos exercícios de 1996 e 1997.
2. Que recebeu toda a documentação fiscal do autuado para exame, entretanto, com relação ao demonstrativo solicitado, contendo os equívocos, foi informado pela Contadora, da impossibilidade de sua elaboração, pois os arquivos contém incorreções em toda a sua extensão. Foi informado que os referido arquivos estavam sendo recuperados por uma equipe de digitadores e os relativos aos meses de agosto a dezembro de 1996 já haviam sido recuperados.
3. Que o autuado entregou-lhe planilhas geradas pelos arquivos recuperados dos meses de agosto a dezembro de 1996, onde figuram toda a escrituração dos livros de registros de entradas, saídas e de apuração do ICMS, e que examinou os dados de entradas e saídas contidos nas planilhas e comparou com os registros dos livros de registros, onde constatou que são perfeitamente idênticos.
4. Declarou que “tendo em vista que o período fiscalizado abrange de 01/01/96 a 31/12/97 e a correção dos arquivos somente fora realizada dos últimos cinco meses de 1996 examinamos toda a documentação do autuado para aquilatar a consistência e a fidedignidade de sua escrituração. Após o confronto das notas fiscais de entrada e de saída, de cada mês, com seus respectivos registros nos livros de entradas e de saídas, e constatarmos a regularidade na escrituração, refizemos o Conta Corrente do ICMS dos dois exercícios envolvidos”.
5. Anexa o Conta Corrente do ICMS dos exercícios de 1996 e de 1997, onde figuram mensalmente os créditos das operações de entradas apurados no livro de registro de entradas, os débitos apurados no livro de registro de saídas e o imposto devido apurado no livro registro de apuração do ICMS, e por fim, o imposto recolhido através do DAE.
6. Apensa ao Parecer o Anexo 2, contendo as cópias do resumo mensal dos livros de registros de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS, cujos registros lastream a feitura do Conta Corrente do ICMS.
7. Conclui que, com base nos registros dos livros de Entradas, Saídas e de Apuração do ICMS e nos DAE's não ocorreu recolhimento a menor do ICMS por parte do autuado, no período de 01/01/1996 a 31/12/1997.

Concordo com o resultado da diligência, pois o diligente ao refazer o Conta Corrente Mensal do contribuinte expressamente declarou que “tendo em vista que o período fiscalizado abrange de 01/01/96 a 31/12/97 e a correção dos arquivos somente fora realizada nos últimos cinco meses de 1996 examinamos toda a documentação do autuado para aquilatar a consistência e a fidedignidade de sua escrituração. Após o confronto das notas fiscais de entrada e de saída, de cada mês, com seus respectivos registros nos livros de entradas e de saídas, e constatarmos a regularidade na escrituração, refizemos o Conta Corrente do ICMS dos dois exercícios envolvidos”. A final, este diligente concluiu que não houve recolhimento a menor do ICMS por parte do autuado, no período de 01/01/1996 a 31/12/1997, conclusão que coaduno pois baseada nos lançamentos efetuados nos livros fiscais em cotejo com os documentos fiscais do contribuinte.

Ressalto que o autuante, cientificado do resultado da diligência, não se manifestou.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 128859.0031/01-7, lavrado contra **MARVEL MANUTENÇÃO E REVENDA DE VEÍCULOS LTDA**.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de dezembro de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA - JULGADOR