

A. I. Nº - 206983.0001/14-8
AUTUADO - DAX OIL REFINO S/A
AUTUANTE - GILSON LIMA SANTANA
ORIGEM - SAT COPEC
INTERNET - 13.08.2015

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0145-04/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DE SALDO CREDOR. O procedimento do autuado não encontra amparo na legislação tributária estadual vigente, enquanto que a escrituração deverá ser sempre pelo valor nominal indicado em documento fiscal idôneo. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS. **a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO.** **b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS.** Restou comprovado que em 05/02/2014, data em que efetivamente teve início os trabalhos de fiscalização que resultaram na lavratura deste Auto de Infração, o autuado já havia ingressado com regular pedido para retificação do SPED FISCAL e a SEFAZ ainda não tinha se manifestado a este respeito, tendo inclusive arquivado o pedido constante do processo nº 340543/2013-5 em 14/12/2013, sem qualquer pronunciamento. Não se encontrando o autuado sob ação fiscal à época em que ingressou com os pedidos para retificação do SPED FISCAL, cuja resposta se encontrava pendente, inexiste motivação para aplicação das penalidades. Infrações 2 e 3 nulas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 31/03/2014, objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$66.803,77, em decorrência da apuração das seguintes infrações com repercussão no ICMS:

INFRAÇÃO 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no total de R\$22.344,32 relativo a atualização monetária do saldo credor do imposto constante do livro Registro de Apuração do ICMS. Foi aplicada multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII "a" da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada a penalidade no total de R\$4.134,09, com previsão no Art. 42, inciso IX da Lei nº 7014/96.

INFRAÇÃO 3 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada a penalidade no total de R\$40.325,36 com previsão no Art. 42, inciso XI da Lei nº 7014/96.

Cientificado do lançamento, o autuado, por intermédio do seu patrono, ingressou com as Razões de Defesa, fls. 23 a 40, onde, após tecer alguns esclarecimentos iniciais, requer como preliminar, a nulidade do Auto de Infração, ao argumento de que a fiscalização iniciou-se no dia 05/02/2014 através da expedição do Termo de Início de Fiscalização encaminhado por e-mail para o endereço eletrônico da empresa, fl. 33, para fiscalização do ano calendário de 2011.

Aduz em seguida que apresentou pedidos de retificação do SPED FISCAL relativo ao ano calendário de 2011 no dia 23/10/2013, os quais foram protocolados nesta mesma data conforme números 340543/2013-5 e 340160/2013-8, fls. 34 a 40, e que até o presente momento a SEFAZ não se pronunciou ou expediu qualquer manifestação sobre os pedidos. Destaca a seguir que o ato de proceder com retificação nas informações acessórias, quer nos livros fiscais ou em declarações (inclui-se o SPED FISCAL) está contemplado na legislação tributária onde diz que a retificação poderá ocorrer:

“O contribuinte poderá retificar a EFD:

I – até o prazo de que trata a cláusula décima segunda. Independentemente de autorização da administração tributária;

II – até o último dia do terceiro mês subsequente ao encerramento do mês de apuração, independentemente de autorização da administração tributária, com observância do disposto nos parágrafos 6º e 7º;

III – após o prazo de que trata o inciso II desta cláusula, mediante autorização da Secretaria de fazenda, Receita, finanças ou tributação do seu domicílio fiscal quando se tratar de ICMS, ou pela RFB quando se tratar de IPI, nos casos em que houver prova inequívoca da ocorrência de erro de fato no preenchimento da escrituração, quando evidenciada a impossibilidade ou a inconveniência de saneá-la por meio de lançamentos corretivos.

Parágrafo 1º - A retificação de que trata esta cláusula será efetuada mediante envio de outro arquivo para substituição integral do arquivo digital da EFD REGULARMENTE RECEBIDO PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA”.

Acrescenta que a inspetoria fazendária não se manifestou a respeito da sua solicitação, conforme se observa à fl. 36, onde se pode concluir que, se não houve manifestação da inspetoria fazendária no despacho do pedido de retificação, não poderia ser expedido auto de infração, haja vista que o seu direito para retificação antes do início de fiscalização não foi analisado e muito menos negado.

Pontua que não é apenas este aspecto que lhe causa estranheza visto que no processo protocolado em 23/10/2013, sob nº 340543/2013, fl. 38, fez solicitação de prazo para retificação de arquivos magnéticos do SPED FISCAL do ano de 2011, cujo prazo solicitado foi até o dia 22/11/2013 e que, de igual modo, não foi analisado, não foi autorizado, não foi negado e no entanto, encontra-se arquivado.

Referindo-se às infrações 2 e 3, que tratam de penalidades relativas a entradas de mercadorias no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, diz não ser verdadeira tal afirmativa pois as notas fiscais com os devidos valores apontados encontram-se escriturados no livro Registro de Entradas e compõem o livro Registro de Apuração do ICMS em cada mês relacionado, insistindo em informar que restava efetuar a retificação do SPED FISCAL, cujo pedido não foi analisado e nem expedido qualquer manifestação por parte da inspetoria fazendária.

Quanto a infração 01 que acusa de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a atualização monetária do saldo credor do imposto constante do livro de apuração do ICMS, diz que tal matéria foi apreciada pelo STF no RE 372.975 de 21/05/2013 onde o Ministro Teori Zavascki diz “fazem jus à correção monetária os créditos tributários tardivamente escriturados em função de oposição injustificada do fisco”.

Invoca entendimento jurídico e o princípio constitucional da igualdade, pontuando que, se o Fisco aplica a atualização monetária para o crédito tributário torna-se injusto não permitir que o contribuinte do ICMS não o faça, afirmando, ainda, que este fato caracteriza desrespeito aos princípios constitucionais da igualdade de todos perante a lei e da não cumulatividade do ICMS, conforme Artigos 5º e 155, §2º, inc. I da Constituição Federal. A este respeito, cita legislação do Estado de São Paulo e jurisprudência do Superior do Tribunal de Justiça.

Conclui requerendo que o presente Auto de Infração seja julgado Nulo.

No que se refere ao mérito da autuação, diz declarar-se surpreso com o lançamento, afirmando que além de ter pago os tributos devidos, para cada mês de competência, observou todos os

procedimentos legais para as obrigações principal e acessórias (DMA, livros fiscais de entrada, saída e apuração, DPD e SPED FISCAL) do período fiscalizado.

Reportando-se a infração 3, diz que não autorizou ou teve qualquer tipo de informação sobre as notas fiscais mencionadas no relatório da fiscalização. E, com o fito de comprovar sua assertiva, cita que no decorrer da fiscalização prestou ao autuante esclarecimentos relacionados às 07 planilhas com indicação das notas fiscais, conforme correspondência do dia 18/03/2014 em que seu preposto responde aos questionamentos do auditor, fls. 48 e 49, dizendo, ainda que todas as notas fiscais descritas no demonstrativo analítico elaborado pela auditoria, foram justificadas em correspondências dos dias 18/03 e 25/03/2014.

Em vista dos argumentos que expôs requer a "*anulação total do auto e desta infração*", relacionando os documentos que colacionou à sua defesa, requerendo, por fim:

- a) Que sejam acatados os argumentos grafados nas preliminares de nulidade total do auto de infração, por quanto, em face das alegações apresentadas maculam todo o trabalho do Fisco;
- b) Que a empresa seja autorizada a elaborar e enviar a retificação do SPED FISCAL do período de 2011.

O autuante presta informação fiscal, fls. 72 a 80, onde após descrever os argumentos da defesa e as infrações, diz, em relação a infração 1, que a autuada confirma que utilizou crédito fiscal relativo a atualização monetária do saldo credor do imposto, baseado em decisões do STF, e que como se trata de matéria jurídica constitucional cabe a Procuradoria se manifestar a respeito. O trabalho do Auditor se limita na lei e no regulamento do ICMS.

Quanto às infrações 2 e 3, destaca que a autuada admite que houve falhas na escrituração ao deixar de registrar várias notas fiscais e que alega que solicitou através dos processos nº 340543/2013-5 e 340160/2013-8, pedido para retificar o SPED FISCAL.

Neste ponto diz que a autuada, após o início da ação fiscal, solicitou conforme documento fl. 81, retificação dos arquivos magnéticos do SPED FISCAL, observando que a fiscalização teve início em 08/10/2013 e em 23/10/2013 foi protocolada a solicitação. Diante disto afirma que não era necessário a manifestação formal de tal pedido, pois isto foi dito ao preposto da empresa que não poderia naquele momento fazer qualquer alteração na escrita fiscal.

Em relação ao outro pedido solicitado através do processo nº 340160/2013-8 para retificação do SPED FISCAL datado de 23/10/2013, diz que também não prospera tal pedido pelo mesmo motivo anterior, ou seja, a empresa foi comunicada através de Termo de Início de Fiscalização que estava sob ação fiscal em 09/10/2013, conforme termo em anexo, do período 2010 e 2011 e que a autuada só veio descobrir que a escrituração estava com falhas após 02 anos e após o início da ação fiscal. Mantém o Auto de Infração.

Considerando que as Razões de Defesa foi protocolada com base em instrumento sem assinatura, o autuado foi intimado para apresentar defesa assinada, conforme doc. fl. 86. Em atendimento este apresentou nova Impugnação, com o mesmo teor da anterior, porém devidamente assinada.

VOTO

O autuado arguiu a nulidade do Auto de Infração. No que toca a primeira infração, o argumento para sua nulidade se confunde com o próprio mérito da autuação, razão pela qual será analisado adiante.

Quanto as infrações 2 e 3, nos valores respectivos de R\$4.134,09 e R\$40.325,36, que se referem a penalidades pela falta de registro de notas fiscais na escrita fiscal, apesar do autuado reconhecer que houve falhas em sua escrituração fiscal, traz o argumento defensivo de que a fiscalização teve início no dia 05/02/2014 e que, desde 23/10/2013 havia ingressado com pedido de retificação do SPED FISCAL sem que houvesse qualquer manifestação por parte da SEFAZ, já que tal procedimento carecia de autorização.

Por sua vez, o autuante asseverou que a fiscalização teve início em 08/10/2013 e, em 23/10/2013 foi protocolada a solicitação para retificação. Nesta condição, considera que não era necessário a manifestação formal sobre tal pedido, pois isto foi dito ao preposto da empresa que não poderia naquele momento fazer qualquer alteração na escrita fiscal, já que a mesma se encontrava sob ação fiscal.

Analizando os fatos e os elementos presentes aos autos, vejo que a fiscalização que originou o presente Auto de Infração se relaciona apenas ao exercício de 2011, de acordo com a Ordem de Serviço nº 500738/14, enquanto que o Auto de Infração foi lavrado em 31/03/14 e, de acordo com o Termo de Início de Fiscalização, fl. 8, a fiscalização se iniciou no dia 05/02/14 e se refere a mesma ordem de serviço já mencionada.

Com isso, não se confirma o argumento do autuante de que a fiscalização teve início em 08/10/2013, visto que o doc. de fl. 81, juntado pelo mesmo, para fim de comprovar seu argumento, se refere a outra Ordem de Serviço, ou seja, a de nº 508.919/13 e, apesar de se referir aos exercícios de 2010 e 2011, tudo indica que o exercício de 2011 não foi fiscalizado naquela oportunidade, pois, se assim o fosse, não se justificaria a emissão de outra ordem de serviço, posteriormente, para o fim específico de fiscalizar o exercício de 2011, pelo mesmo auditor.

Desta maneira, entendo que assiste razão ao autuado, posto que, em 05/02/2014, data em que efetivamente teve início os trabalhos de fiscalização que resultaram na lavratura deste Auto de Infração, o autuado já havia ingressado com regular pedido para retificação do SPED FISCAL e a SEFAZ ainda não havia se manifestado a este respeito, tendo inclusive arquivado o pedido constante do processo nº 340543/2013-5 em 14/12/2013, sem qualquer pronunciamento.

O Regulamento do ICMS, é claro em relação a esta questão, ou seja, quanto a retificação dos livros fiscais, quando o contribuinte é usuário do Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD, conforme se verifica através do Art. 236 do RICMS/12, vigente à época da interposição pelo autuado do pedido para retificação do SPED do exercício de 2011:

Art. 236. No tocante à reconstituição da escrita fiscal do contribuinte, observar-se-á o seguinte:

I - a escrita fiscal somente será reconstituída quando, evidenciada a impossibilidade ou a inconveniência de saneá-la por meio de lançamentos corretivos, for:

- a) autorizada pela repartição fazendária a que estiver vinculado, a requerimento do contribuinte;*
- b) determinada pelo fisco;*

II - em qualquer caso, a reconstituição, que se fará em prazo fixado pela repartição fiscal, não eximirá o contribuinte do cumprimento da obrigação principal e das obrigações acessórias, mesmo em relação ao período em que estiver sendo efetuada;

III - o débito apurado em decorrência da reconstituição ficará sujeito aos acréscimos moratórios.

De maneira que o autuado, pelo fato de não se encontrar sob a presente ação fiscal à época em que ingressou com os pedidos para retificação do SPED FISCAL, agiu corretamente, não sendo possível efetuar a retificação solicitada por falta de autorização pela SEFAZ. Nesta circunstância, considero que não caberia a autuação na forma perpetrada pelo Fisco em relação às infrações 2 e 3, razão pela qual as declaro NULAS.

Quanto a primeira infração, apesar do autuado ter suscitado sua nulidade, não é esta a solução, visto que o lançamento atende todas as regras constantes do RPAF/BA, em seu art. 39. Portanto, a questão a ser analisada, ante aos argumentos que foram suscitados pela defesa, não é de natureza preliminar e, sim, de mérito, o que ora faço.

Alegou o autuado que processou a atualização monetária do saldo credor constante na sua escrita fiscal, em pelos seguintes motivos:

- a) que tal matéria foi apreciada pelo STF no RE 372.975 de 21/05/2013 onde o Ministro Teori Zavascki diz “fazem jus à correção monetária os créditos tributários tardivamente encriturados em função de oposição injustificada do fisco”;

b) invocou entendimento jurídico e o princípio constitucional da igualdade, pontuando que, se o Fisco aplica a atualização monetária para o crédito tributário torna-se injusto não permitir que o contribuinte do ICMS não o faça, afirmado, ainda, que este fato caracteriza desrespeito aos princípios constitucionais da igualdade de todos perante a lei e da não cumulatividade do ICMS, conforme Artigos 5º e 155, §2º, inc. I da Constituição Federal, citando em seu legislação do Estado de São Paulo e jurisprudência do Superior do Tribunal de Justiça.

Em primeiro lugar, é importante registrar que a legislação tributária estadual, vigente à época da ocorrência dos fatos, assim se expressava, (Lei 7.014/96 e RICMS/BA):

Art. 26. Para efeito de aplicação do disposto nos arts. 24 e 25, os débitos e créditos serão apurados em cada estabelecimento, compensando-se os saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados neste Estado, conforme dispuser o Regulamento (LC 87/96 e 102/00).

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

Art. 31. O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

Art. 93 do RICMS/97:

§ 2º O crédito deverá ser escriturado pelo seu valor nominal.

Além dos dispositivos acima descritos, temos, de maneira mais específica, a norma constante na Lei nº 3.956/81 - Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, em vigor, que disciplina a aplicação dos acréscimos moratórios incidentes sobre recolhimentos efetuados fora do prazo:

Art. 102. Os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos aos seguintes acréscimos moratórios:

(...)

§ 2º Os acréscimos moratórios, incidentes a partir de 1º de janeiro de 2001, serão calculados segundo os seguintes critérios:

I - sobre os débitos denunciados espontaneamente, incidirão apenas acréscimos moratórios equivalentes 0,11% (onze décimos por cento) ao dia, limitados a 10% (dez por cento), mais a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

II - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

Portanto, como visto acima, a legislação não prevê, em nenhum instante, a aplicação de correção monetária sobre saldos credores, conforme feito pelo autuado, enquanto que a escrituração deverá ser sempre pelo valor nominal indicado em documento fiscal idôneo.

De maneira que os argumentos do autuado em nada lhe socorrem, visto que, além da falta de previsão legal para sustentar o procedimento do autuado, a decisão do STF a qual se referiu trata de matéria diversa da que aqui se enfrenta, já que o procedimento do autuado não se trata de "créditos tributários tardivamente escriturados em função de oposição injustificada do fisco" e, muito menos, se invocar o princípio da isonomia já que são situações frontalmente opostas, a atualização de débitos pagos em atraso, de atualização monetária de saldos credores, que se referem a valores já escriturados no prazo regulamentar.

Em consequência, reputo correta a exigência fiscal relativa a infração 1, no valor de R\$22.344,32, a qual é subsistente.

Diante de todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206983.0001/14-8** lavrado contra **DAX OIL REFINO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$22.344,32**, acrescido da multa de 60% prevista no Art. 42, inciso VII "a" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, em 06 de agosto de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR