

A. I. N.º - 279196.0002/07-2
AUTUADO - OPE INVESTIMENTOS S.A.
AUTUANTE - JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 20/09/2007

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0305-03/07

EMENTA: ICMS: IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Irregularidade apurada pela verificação de que o valor lançado no livro Registro de Apuração ICMS e na DMA não fora recolhido aos cofres públicos. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 10/07/2007, reclama ICMS no valor de R\$334.959,46, acrescido da multa de 50%, em razão da falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte, ao figurar como sujeito passivo no Auto de Infração n° 279196.0001/07-6 por falta de escrituração da Nota Fiscal de entrada n° 12, emitida em 14/08/2004, ingressou com defesa informando que esse documento foi escriturado em setembro/2004, apresentando cópia do seu livro Registro de Entradas, sendo acolhida a alegação do contribuinte. Mas que, com a escrituração da Nota Fiscal de entrada n° 12 no mês de setembro/2004, o contribuinte promoveu a ocorrência do débito tributário, declarado e não recolhido, no mês de agosto/2004, ora exigido.

A empresa BRASKEM S/A, por intermédio de advogado legalmente habilitado por Procuração à fl. 124 e Substabelecimento à fl.123, manifesta-se às fls. 100 a 112 demonstrando a sua legitimidade para figurar no pólo passivo da lide em análise, tendo em vista a incorporação da pessoa jurídica Odebrecht Química S/A, que incorporara a empresa autuada, OPE Investimentos S/A. A seguir, relata os termos da autuação, inclusive quanto à lavratura do Auto de Infração n° 279196.0001/07-6, e afirma que a escrituração, em setembro/2004, da Nota Fiscal de entrada n° 12, emitida em agosto/2004, foi apenas erro material de escrituração. Alega que, a despeito de o autuante ter reconhecido, quanto ao Auto de Infração n° 279196.0001/07-6, anterior, que o contribuinte incorrera em erro escusável de escrituração quanto à Nota Fiscal n° 12, supramencionada, lavrou o presente Auto de Infração.

Afirma que o débito de R\$334.959,47, referente ao mês de agosto/2004, “foi compensado com crédito decorrente da operação acobertada pela mencionada Nota Fiscal, que somou o valor de R\$336.566,67 e foi gerado no próprio mês de agosto, mas que, em virtude de mero erro material (...), foi escriturado no mês subsequente”. Ressalta que o crédito de R\$336.566,67 não foi utilizado para compensar outros débitos de ICMS, tendo em vista que, a partir de setembro de 2004, a empresa autuada, OPE Investimentos S/A, encerrou suas atividades, sendo incorporada em 01/11/2004 pela empresa Odebrecht Química S/A, que se reveste da condição de “não contribuinte”, uma vez que seu objeto social se constitui na participação em outras sociedades nacionais, ou estrangeiras. Repete que a exigência fiscal ora combatida baseou-se em erro acidental, pelo que não merece prosperar. Esclarece que a empresa OPE Investimentos S/A constantemente realizava importação de nafta e óleo bruto de petróleo, para fins de revenda no mercado nacional, e que nesse contexto promoveu a importação de 27.098,398 toneladas de nafta petroquímica. Que o fornecedor de tais mercadorias, CPN Incorporated Limited, emitiu a fatura

provisória nº 023/04, apontando o preço das mercadorias adquiridas, para que fosse efetuado o seu pagamento. Que, diante disto, após o desembarço aduaneiro, o impugnante registrou a entrada desses produtos em seu estabelecimento, mediante a emissão da Nota Fiscal de entrada nº 009, datada de 30/07/2004. Que, posteriormente, recebeu outra fatura, emitida pelo fornecedor da mercadoria importada, contendo novo e definitivo preço do aludido bem, em valores superiores àqueles anteriormente indicados pelo vendedor. Afirma que tal complemento foi cobrado pelo fornecedor em razão de as mercadorias terem sido embarcadas em meados de julho, quando o mesmo ainda não tinha o valor final das *commodities* importadas, calculados com base na média mensal das cotações diárias. Que, fechado o mês, o fornecedor, ciente do preço da *nafta*, faturou a diferença restante. Que, em decorrência disto, o impugnante retificou, em 24/08/2004, a Declaração de Importação, apondo ali novos valores aduaneiros da mercadoria importada. Que além disso, o autuado emitiu a Nota Fiscal nº 12, em 14/08/2004 (fl. 145), como complemento à Nota Fiscal nº 009 (fl. 157), apontando a diferença entre o preço da mercadoria importada registrado na fatura provisória e o consignado na fatura final.

O contribuinte aduz que em 18/08/2004 recolheu o ICMS devido sobre o aludido complemento de preço da mercadoria importada, no montante de R\$336.566,67, conforme DAE que acosta aos autos (fl. 159). Assevera que, diante deste recolhimento, adquiriu o direito ao crédito do ICMS pago, para compensar com o quanto devido a título deste imposto, como assegura o princípio da não-cumulatividade. Acrescenta que o RICMS/BA dispõe que o crédito oriundo do ICMS incidente sobre operações de importação de mercadorias nasce no momento em que ocorrer o recolhimento do imposto, nos termos do seu artigo 93, §º, que transcreve. Diz que, a despeito do direito ao crédito ter surgido no mês de agosto/2004, pelo fato de ter escrivitulado de forma equivocada a Nota Fiscal nº 12, esse crédito não foi consignado no seu livro Registro de Apuração de ICMS no mês de agosto/2004, mas no mês de setembro do mesmo ano. E que, por isto, o débito de ICMS em agosto, no valor de R\$334.959,47, permaneceu a descoberto no citado livro Registro de Apuração de ICMS do deficiente (fl. 161). Repete que o crédito concernente à operação consubstanciada pela Nota Fiscal nº 12, apesar de não ter sido escrivitulado em agosto/2004, e sim em setembro/2004, foi destinado pelo impugnante à compensação do imposto devido no mês de agosto.

Alega que o multicitado crédito não foi utilizado para saldar outro débito de ICMS, sendo o mesmo transportado para períodos subsequentes ao da sua escrivitulação, como se pode observar no livro Registro de Apuração de ICMS de setembro e outubro/2004 (fls. 172 a 181).

Afirma que, tratando-se de erro accidental de escrivitulação de nota fiscal, entende que não deve ser penalizado por ter escrivitulado, de forma equivocada, uma nota fiscal. Neste sentido, transcreve julgados do Conselho de Contribuintes no âmbito da administração pública federal, e torna a afirmar que não assiste razão ao Fisco em exigir-lhe o débito de ICMS apurado no mês de agosto/2004, porque o mesmo foi compensado com crédito decorrente da operação acobertada pela Nota Fiscal de entrada nº 12, que foi escrivitulada no mês de setembro/2004 por erro acidental.

Finaliza requerendo a improcedência da autuação.

Às fls. 185 a 189, o autuante apresenta informação fiscal, inicialmente resumindo os termos da impugnação, e em seguida refutando as afirmações defensivas considerando que, embora o ora autuado alegue que foi mero erro material a escrivitulação da Nota Fiscal de entrada nº 12 no mês de setembro/2004, ao invés de tê-la escrivitulado em agosto/2004, na defesa que o mesmo contribuinte apresentou para o Auto de Infração nº 279196.0001/07-6, anterior, afirmou de forma contundente que a referida nota fiscal fôra escrivitulada em setembro/2004. O autuante entende que o impugnante tinha plena consciência do procedimento efetuado, e que isto também pode ser confirmado com base na DMA de agosto/2004 (fl. 05), na qual, a apuração do ICMS devido mensalmente resultou no débito reclamado no presente Auto de Infração.

Afirma que o autuado solicita, em sua defesa, que seja efetuada a compensação do débito apurado no mês de agosto/2004 com o crédito existente no mês de setembro/2004, pelo simples motivo de que a incorporadora Odebrecht Química SA não pode absorver este crédito por se revestir da condição de “não contribuinte”, sem atentar para o fato de que, procedendo desta maneira, haveria desobediência ao preconizado nos artigos 124, I, “a”, e 116, incisos I a III, e parágrafos 1º e 2º do RICMS/BA, que transcreve.

Assevera que não procede a argumentação do contribuinte quanto a ter havido erro na sua escrita fiscal, aduzindo ficar claro, por tudo quanto exposto, “que a escrituração foi efetuada propositalmente para se eximir da multa formal cobrada pela falta de cumprimento da obrigação acessória, e portanto, é inaceitável que se utilize de um crédito escriturado no mês de setembro de 2004, retroagindo para compensar um débito do mês anterior, no caso agosto de 2004, violentando assim a legislação vigente”.

Conclui requerendo a admissão de procedência do Auto de Infração.

VOTO

O lançamento de ofício cobra ICMS em razão da falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, conforme descrito no Auto de Infração e no Relatório.

No mérito, o contribuinte, tendo figurado como sujeito passivo no Auto de Infração nº 279196.0001/07-6, anterior, por falta de escrituração da Nota Fiscal de entrada nº 12, por si emitida em 14/08/2004, no mês de agosto/2004, apresentou defesa comprovando a sua escrituração extemporânea, no mês de setembro/2004.

O contribuinte enviou à SEFAZ a DMA de agosto/2004, documento à fl. 05, refletindo o quanto escriturado no seu livro Registro de Apuração de ICMS de fl. 168, na qual declarou um imposto a recolher no valor de R\$334.959,46, mas não o recolheu. Com base neste documento, e nos livros fiscais do sujeito passivo, foi lavrado o presente Auto de Infração, exigindo o devido recolhimento do ICMS lançado pelo contribuinte.

Em sua defesa, o contribuinte alega que o crédito foi escriturado no mês de setembro/2004 por erro material, e aduz que, apesar de a referida nota fiscal ter sido escriturada em setembro/2004, teria direito ao uso do crédito fiscal da operação a ela referente em agosto/2004, conforme descrito no Relatório deste Acórdão. Assinala que, tendo recolhido o imposto em agosto/2004, de acordo com o artigo 93, §9º, do RICMS/BA, poderia utilizá-lo nesse mês, mesmo tendo escriturado o documento fiscal no mês posterior.

Ocorre, porém, que o artigo 93, § 9º, citado pelo defendant e abaixo transscrito, contrariamente ao que o mesmo alega, não o autoriza à utilização do crédito fiscal antes de sua regularização com a escrituração do documento de entrada em seu livro Registro de Entradas, com o consequente cômputo em sua conta-corrente para cálculo do imposto devido. O citado dispositivo legal apenas autoriza os contribuintes à escrituração do crédito fiscal, no livro Registro de Entradas, no mês em que ocorreu o desembaraço aduaneiro, mesmo que a mercadoria saia em momento posterior:

art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

§ 9º Quando se tratar de mercadoria importada que deva ser registrada com direito ao crédito, o imposto pago no momento do desembaraço aduaneiro poderá ser escriturado no período de apuração em que tiver ocorrido o seu recolhimento, ainda que a entrada efetiva da mercadoria se verifique em

período posterior.

Assim, nos termos do § 9º do artigo 93, o contribuinte poderia ter feito a escrituração da nota fiscal em agosto, procedimento que não adotou.

O que acontece no caso presente, como o próprio contribuinte assevera em sua impugnação às fls. 100 a 112, é que o mesmo recolheu o complemento do imposto devido quando da importação em agosto/2004, não escriturou a Nota Fiscal nº 12, correspondente, no mês do recolhimento, ou seja, em agosto/2004, e sim em setembro/2004. Por conseguinte, a este mês de setembro/2004 diz respeito o crédito fiscal escriturado, correspondente ao citado recolhimento.

Assim, o sujeito passivo lançou um débito tributário em agosto/2004 e não o recolheu, foi autuado por este motivo, e alega, em sua defesa, que tem direito ao uso do crédito escriturado em setembro para compensar imposto devido no mês anterior.

O fato de a empresa ter sido incorporada por “não contribuinte”, como afirma o defendant, e de não ter utilizado o crédito em momento posterior a agosto/2004, não o autoriza a utilizá-lo antecipadamente, ou seja, utilizá-lo antes de lançado em sua escrita fiscal. Os procedimentos atinentes ao uso do crédito fiscal estão descritos no artigo 93 do RICMS/BA, que não prevê esta hipótese.

O artigo 101 do RICMS/BA determina que a escrituração do crédito fiscal será realizada pelo contribuinte nos livros fiscais próprios, no período em que se verificar a entrada da mercadoria, ou a aquisição de sua propriedade, ou no período em que se configurar o direito à utilização do crédito.

Inexiste hipótese normativa que autorize a falta de recolhimento de ICMS lançado, utilizando-se crédito fiscal não escriturado no livro Registro de Entradas, para os contribuinte sob regime normal de apuração, ou seja, antes de cumpridas as formalidades legais para a regularização do direito ao uso do crédito fiscal.

Em face do exposto, concluo que o contribuinte não elidiu a imputação de falta de recolhimento do imposto lançado em seus livros fiscais e documento de informação econômico-fiscal, no mês de agosto/2004.

Julgo **PROCEDENTE** o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279196.0002/07-2, lavrado contra **OPE INVESTIMENTOS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$334.959,46**, acrescido da multa de 50% prevista no artigo 42, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR