

A. I. Nº - 279196.0001/07-6  
AUTUADO - OPE INVESTIMENTOS S/A.  
AUTUANTE - JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS  
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA  
INTERNTET - 17/07/2007

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0219-03/07**

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. A legislação prevê que na base de cálculo do ICMS, no desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior, devem ser incluídas as despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente. Refeitos os cálculos pelo autuante de acordo com a comprovação apresentada pelo impugnante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. 2. ACRÉSCIMOS TRIBUTÁRIOS. ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS. PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO DO IMPOSTO. FALTA DE INCLUSÃO. O pagamento de débito tributário fora do prazo legal está sujeito a acréscimos moratórios. Infração caracterizada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Infração elidida em decorrência da comprovação apresentada pelo autuado. 4. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE INVENTÁRIO FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Infração caracterizada. 5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS FALTA DE ENTREGA NO PRAZO REGULAMENTAR. MULTA. Ficou caracterizado descumprimento de obrigação acessória, relativamente à falta de envio dos arquivos, via internet, através do programa Validador/Sintegra, no prazo estabelecido na legislação. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 19/03/07, refere-se à exigência de R\$71.133,55 de ICMS, acrescido da multa de 60%, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de R\$165.878,79, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Recolhimento do ICMS efetuado a menos pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto, infringindo o disposto no art. 572 do RICMS/BA. Valor do débito: R\$40.700,62.
2. Deixou de recolher os acréscimos moratórios incidentes sobre complementação de preço e peso, realizada em meses posteriores ao das operações originais. Notas Fiscais de números 11 e 12 referentes à complementação de preço relativo às importações de produtos nafta petroquímica e óleo bruto de petróleo. Valor do débito: R\$30.432,93.
3. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Deixou de escriturar a nota fiscal de nº 12, sendo aplicada a multa no valor de R\$164.038,79.
4. Deixou de apresentar livros fiscais, quando regularmente intimado. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte, descumprindo obrigação acessória, deixou de escriturar o livro

Registro de Inventário relativo aos exercícios de 2004, 2005 e 2006. Exigida a multa no valor de R\$460,00.

5. Falta de entrega de arquivos magnéticos, os quais deveriam ter sido enviados pela internet através o programa validador SINTEGRA. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte deixou de enviar os arquivos magnéticos referentes aos períodos de fevereiro a junho de 2005 e todo o exercício de 2006, sendo exigida a multa no valor de R\$1.380,00.

A empresa Braskem S/A, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 143 a 194), alegando, preliminarmente, que tem legitimidade para figurar no pólo passivo da presente lide, tendo em vista a incorporação da pessoa jurídica Odebrecht Química S/A que, por sua vez, incorporou a OPE INVESTIMENTOS S/A, contra a qual foi lavrado o presente Auto de Infração. Reproduz o art. 1.116 do Código Civil e o art. 132 do Código Tributário Nacional – CTN, e apresenta o entendimento de que a pessoa jurídica incorporadora torna-se responsável pelos direitos e obrigações da pessoa jurídica incorporada, e por isso, existe legitimidade passiva do impugnante para defender-se contra o presente lançamento. Em seguida, o defendant discorre sobre as infrações, e quanto à primeira infração, alegou que ao analisar a planilha elaborada pelo autuante denominada “Demonstrativo do ICMS Importação”, confrontando-a com os documentos que acobertaram as importações apontadas, constatou que as diferenças apuradas no levantamento fiscal decorrem, em todos os casos, da inclusão de despesas de capatazia em duplicidade, bem como, da inclusão de despesas que não possuem caráter aduaneiro na base de cálculo do imposto. Apresenta os seguintes esclarecimentos em relação a cada uma das operações objeto da autuação fiscal:

- DI Nº 04/0522381-6: A exigência fiscal decorre, em parte, do cômputo em duplicidade da despesa aduaneira de capatazia, no valor de R\$18.991,66. Diz que, ao apresentar a Retificação da Declaração de Importação, em vista da inexistência de campo específico para a informação, foi orientado pela Receita Federal a imputar no campo “Frete Total Collect na Moeda Negociada” os valores em dólares correspondentes às despesas de capatazia incorridas no desembarço das mercadorias. Lançou no mencionado campo da DI Retificadora o valor de US\$6.069,37, que convertido para Reais, resulta em R\$18.991,66, e tal valor foi somado ao valor do frete efetivamente pago pelo impugnante, correspondente a R\$1.806.508,75. Assim, o valor total do frete em Real informado na DI atingiu o montante de R\$1.825.500,41, que corresponde ao somatório do valor da despesa de capatazia e do valor efetivamente pago pelo transporte das mercadorias importadas. Somando-se esse montante ao valor total do seguro em Real e adicionando-se ao valor total das mercadorias importadas constante no Comprovante de Importação, apura-se o total em Real de R\$42.842.774,84 (fl. 151), que foi utilizado pelo autuante como preço CIF das mercadorias importadas para fins de apuração do ICMS sobre a importação em análise. O defendant alega que, embora o valor da despesa de capatazia já estivesse incluído no preço CIF das mercadorias importadas (coluna 1 do demonstrativo da fiscalização), esta despesa foi novamente considerada na coluna 4 sob a mesma rubrica “despesas aduaneiras”. Diz ainda, que também constatou no levantamento fiscal que o autuante computou na base de cálculo do ICMS exigido, a título de despesas aduaneiras, na coluna 8, o valor de R\$450,00 referente aos honorários pagos pelo impugnante aos seus despachantes aduaneiros pelos serviços de desembarço de mercadorias importadas. Diz que a legislação do ICMS não admite a inclusão desta despesa na base de cálculo do ICMS, conforme prevê o art. 13, inciso I, da Lei Complementar 87/96, que transcreveu às fls. 152/153. O defendant apresenta o entendimento de que, apesar de a mencionada lei determinar a inclusão das despesas aduaneiras na base de cálculo do ICMS, o dispositivo legal em análise não define o conceito dessa expressão, tendo silenciado sobre o seu alcance. Comenta sobre a definição dada por Plácido e Silva no seu Vocabulário Jurídico, e diz que a expressão despesas aduaneiras deve traduzir o montante de despesas pagas à própria aduana, na importação de mercadoria, estando incluídos os valores relativos aos impostos, taxas e despesas portuárias. Reproduz o art. 58, inciso I, alínea “e”, do RICMS/97, e assegura que, da leitura do mencionado dispositivo regulamentar, observa-se que a legislação previu de maneira

taxativa, quais as despesas aduaneiras que podem ser computadas na base de cálculo do ICMS, sendo elas restritas ao adicional, ao frete para renovação da marinha mercante, à armazenagem, à capatazia, à estiva, à arqueação e às multas por infração. Salienta que tal despesa nem sequer possui caráter aduaneiro, implicando em clara ofensa ao art. 97 do CTN, que transcreveu. Cita posicionamento do Tribunal de Justiça quanto à inclusão de despesas não previstas em lei e diz que, diante da ausência de previsão regulamentar acerca da inclusão dos valores pagos pelo contribuinte a título de honorários aos despachantes aduaneiros, está correto o seu procedimento, não tendo qualquer procedência a exigência fiscal neste particular.

- DI Nº 04/0538621-9, DI Nº 04/0538634-0, DI Nº 04/0602211-3, DI Nº 04/0586597-4, DI Nº 04/0668276-8, DI Nº 04/0694027-9, DI Nº 04/0722746-0: alega que, à semelhança do que se verificou no cálculo do ICMS incidente sobre as operações da DI anteriormente analisada, a fiscalização computou duas vezes a despesa aduaneira na base de cálculo do imposto incidente sobre a operação. Assim, o defensor apresenta as mesmas alegações da DI anterior.

Infração 02: O defensor informa que a OPE Investimentos realizava a importação de nafta e óleo bruto de petróleo para fins de revenda no mercado nacional, tendo promovido a importação de 37.005,303 toneladas de óleo bruto de petróleo, conforme Declaração de Importação nº 04/0668276-8, registrada em 09/07/2004 (fl. 267), tendo importado também, 27.098,398 toneladas de nafta petroquímica, de acordo com a Declaração de Importação de nº 04/0722746-0, com data de registro em 23/07/2004 (fl. 291). Diz que o fornecedor emitiu duas faturas provisórias de números 023/04 e 024/04 (fls. 304 e 305), apontando o preço das mercadorias adquiridas pelo autuado, para que fosse efetuado o pagamento, conforme planilha que elaborou à fl. 170. O impugnante informa que após o desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas, registrou a sua entrada no estabelecimento mediante a emissão das Notas Fiscais de números 007 e 009, datadas respectivamente de 16/07/2004 e 30/07/2004 (fls. 306 e 307), tendo recolhido o ICMS incidente, o que foi atestado pela fiscalização no anexo II do levantamento fiscal. Informa que posteriormente, recebeu novas faturas emitidas pelo fornecedor das mercadorias importadas contendo novo e definitivo preço, valores superiores àqueles anteriormente indicados (fls. 308/309). Esclarece que tal complemento foi cobrado pelo fornecedor em razão de as mercadorias terem sido embarcadas em meados do mês de julho, quando o mesmo ainda não tinha o valor final das “commodities” importadas. Assim, ciente do preço definitivo da nafta e do óleo, faturou a diferença restante, e o impugnante retificou, em 13/08/2004 e 24/08/2004, as mencionadas DIs, apondo todos os valores aduaneiros das mercadorias importadas. O autuado informa que, além disso, emitiu as Notas Fiscais de números 11 e 12, em 13/08/2004 e 14/08/2004 (fls. 310/311), em complemento às NFs 007 e 009, respectivamente, apontando em tais documentos a diferença existente entre o preço das mercadorias importadas nas faturas provisórias e o registrado nas faturas finais, tendo sido recolhido o ICMS devido sobre os citados complementos de preço das mercadorias, dentro de vencimento de tal obrigação. Entende que não poderia recolher o imposto sobre o complemento de preço com multa e juros, tendo em vista que não tinha conhecimento, em momento anterior, do preço final e definitivo das mercadorias importadas. Assegura que tem conhecimento de que o fato gerador do ICMS devido na importação ocorre no momento do desembaraço aduaneiro, conforme previsto no art. 2º, XI, do RICMS-BA, mas, naquela ocasião, o impugnante informa que não conhecia o preço que informado pelo seu fornecedor, e por isso, não poderia calcular o ICMS relativo ao complemento de preço com acréscimos moratórios, como quer a fiscalização. Salienta que a regra matriz de incidência tributária é formada pelos critérios material, espacial e temporal, pessoal e quantitativo. Cita ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho e Luiz César Souza de Queiroz, e ressalta que sem qualquer dos critérios (material, pessoal, espacial e quantitativo) não há formação da regra matriz, consequentemente, de qualquer obrigação de recolher o tributo. O defensor afirma que, ao contrário do que entendeu a fiscalização, o tributo foi recolhido na data correta, tomando como termo inicial o prazo de vencimento da obrigação tributária o exato momento que foi possível valorar a prestação pecuniária devida, por isso, entende que não estava em mora com o Fisco, e não pode ser imputado ao autuado a pena de inadimplente, diante do fato de que só tomou conhecimento da diferença apurada no preço

das mercadorias importadas após o desembarço aduaneiro, sendo devido o imposto sem incidência de multa e juros. Fala da impossibilidade de se exigir multa de infração de sociedade incorporadora, por entender que não se pode imputar ao impugnante o dever de recolher as multas capituladas pelos autuantes, porque a sociedade incorporadora não deve responder pelas multas de infração lançadas contra a sociedade incorporada após a data da respectiva incorporação. Salienta que os créditos tributários ora exigidos foram lançados mais de dois anos após as incorporações, tendo em vista que o impugnante apenas tomou ciência do Auto de Infração em lide no dia 21/03/07, e por isso, entende que não pode ser compelido ao pagamento do crédito tributário decorrente de multas punitivas por infrações cometidas por sociedade sucedida, de acordo com o disposto no art. 132 do CTN. Comenta sobre o conceito de tributo e diz que no mencionado conceito não se incluem as multas exigidas em decorrência do cometimento de infrações tributárias, considerando que o tributo é uma exigência decorrente do nascimento da obrigação tributária, mediante a ocorrência do fato descrito na norma tributária, e a obrigação de pagar o tributo não decorre de um ato ilícito praticado pelo contribuinte. A multa decorre do descumprimento de uma obrigação prevista em lei, tendo origem em ato ilícito praticado pelo contribuinte. Transcreve trecho dos comentários do mestre Luciano Amaro e salienta que as multas aplicadas pelos autuantes jamais poderiam se fazer presentes nesta autuação fiscal, não podendo o impugnante ser responsabilizado por eventuais infrações à legislação, cometidas pela incorporada OPE INVESTIMENTOS S/A. Reafirma que, de acordo com o art. 132 do CTN, “a sucessora se responsabiliza pelo principal do crédito tributário constituído mesmo após o termo de incorporação, já que os cofres públicos não poderiam ficar prejudicados em detrimento de negócios particulares”. Prosseguindo, o defendant transcreve ensinamentos de Sacha Calmon Navarro Coelho e Fábio Leopoldo de Oliveira, além de entendimento apresentado pelo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda em relação à sucessão por incorporação. Diz que, em nível estadual, o Tribunal de Impostos e Taxas – TIT de São Paulo também vem chancelando a tese defendida pelo impugnante, por isso, transcreve parte de julgamento na fl. 182 e conclui que, se este órgão julgador não acolher as alegações defensivas, melhor sorte não terá o lançamento fiscal, sendo igualmente indevidas as multas lançadas nas infrações 03 e 05.

Infração 03: O defendant alega que, ao contrário da acusação fiscal, houve a escrituração da Nota Fiscal nº 12 no livro Registro de Entradas da empresa sucedida pelo impugnante (fls. 312 a 320). Informa que a empresa incorporadora procedeu à escrituração da referida nota fiscal no mês subsequente ao da sua emissão, ou seja, em setembro de 2004, porque não foi registrada no próprio mês de emissão do documento fiscal, por equívoco. Assegura que, ao perceber o erro, a empresa incorporadora apressou-se em regularizar a situação, tendo providenciado a mencionada escrituração da Nota Fiscal no livro Registro de Entradas, salientando que em momento algum pretendeu omitir da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia o ingresso das mercadorias indicadas na nota fiscal em questão. O defendant salienta que a multa exigida nesta infração não se aplica ao caso em comento, por entender que o disposto no inciso IX do art. 42 do RICMS/97 somente se impõe aos casos em que o contribuinte deixe de proceder ao registro da mercadoria na escrita fiscal, e a aplicação da multa se deveu ao fato de a fiscalização não ter analisado o livro Registro de Entradas relativo ao mês de setembro, ficando evidente que o que ocorreu no caso em apreço foi o mero atraso na escrituração da citada nota fiscal, que se deu por equívoco do setor competente para tal escrituração.

Infração 05: Reafirma que a OPE Investimentos foi incorporada em novembro de 2004 pela Odebrecht Química S/A, e posteriormente, a empresa incorporada foi sucedida por incorporação pela Braskem S/A, ora impugnante. Portanto, assegura que desde novembro de 2004, o autuado não mais exerceu suas atividades comerciais, tendo em vista o encerramento da atividade do estabelecimento, mas, por equívoco, o autuado não promoveu a baixa de sua inscrição junto à SEFAZ, como fizera junto à Secretaria da Receita Federal. Assim, o impugnante entende que não pode o Fisco Estadual exigir de uma pessoa jurídica de direito privado que sequer existe mais o cumprimento das obrigações acessórias indicadas na acusação fiscal. Diz que a aplicação da sanção tributária deve sempre guardar um vínculo com o objetivo de sua imposição, e a esse

respeito, cita ensinamentos de Helenilson Cunha Pontes. Diz que a multa deve ser utilizada como forma de desestimular o ilícito e punir o infrator; reproduz o § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96, e assegura que o autuado não deixou de cumprir a obrigação acessória de enviar os arquivos magnéticos à SEFAZ, de maneira dolosa ou fraudulenta, haja vista que a não observância dessa obrigação decorreu do encerramento de suas atividades em 2004, sendo o único desacerto o de não ter informado tal evento à SEFAZ. Diz que o CONSEF vem proferindo decisões no sentido de cancelar multas em homenagem aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a exemplo de ementa que transcreveu às fls. 191/192. Assim, pede o cancelamento da multa, no caso de o órgão julgador entender que o impugnante deve responder pelas multas impostas à sociedade incorporada após a incorporação. Finaliza pedindo a improcedência das infrações 01 e 02. Quanto às infrações 01, 02, 03, 04, e 05, requer o impugnante que as multas combinadas sejam canceladas.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 324 a 327 dos autos, esclarece que ao analisar as alegações do impugnante, conjuntamente com a documentação comprobatória, concluiu por acatar parcialmente, deixando de excluir da exigência fiscal a operação de importação com base na DI Nº 04/0586597-4, por não ter o autuado apresentado os documentos necessários para comprovar suas alegações. Diz que após refazer os cálculos ainda persistem débitos em menores valores, exceto à relação às DIs 04/0538621-9 e 04/0722746-0, em que os débitos foram zerados. Elabora à fl. 325 quadro resumo do débito remanescente nesta infração.

Infração 02: Inicialmente, salienta que o fato gerador do ICMS ocorre no momento do desembarço aduaneiro, conforme art. 2º, XI, do RICMS-BA, e o autuado, ao realizar a importação de óleo bruto de petróleo e nafta petroquímica, conforme descrito nas DIs 04/0668276-0 e DI 04/0722746-0, respectivamente, procedeu ao recolhimento do ICMS importação abaixo do valor devido. Posteriormente, com a emissão das notas fiscais de complementação de preços referentes às mencionadas importações, recolheu o ICMS correspondente ao complemento dos preços sem o devido acréscimo moratório, conforme previsto no art. 138, inciso I, do RICMS-BA. Considera frágil o argumento do impugnante de que não poderia proceder ao recolhimento do valor correto por lhe faltar um elemento do fato gerador, concernente à base de cálculo, mas entende que o erário estadual não pode sofrer nenhum tipo de prejuízo por inefficiência de particulares, quando os mesmos resolvem firmar contratos mercantis sem determinação do exato valor da operação contratada. Transcreve os art. 130 e 572 do RICMS/BA.

Infração 03: O autuante informa que, diante da documentação apresentada pelo impugnante acata as alegações defensivas sem ressalvas.

Infrações 04 e 05: Diz que o impugnante cita nas razões defensivas o art. 1.116 do Código Civil, segundo o qual “na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”. Portanto, salienta que a incorporadora sucede não somente nos direitos da empresa incorporada como também em todas as suas obrigações, inclusive acessórias, que se não forem cumpridas se convertem em obrigação principal. Diz que não deve ser acatada a alegação defensiva em relação ao disposto no art. 132 do CTN, uma vez que o impugnante faz uma interpretação restritiva da palavra tributo.

Concluindo, o autuante pede a procedência parcial do presente Auto de Infração, tendo em vista que foi acatada parcialmente a alegação defensiva quanto à infração 01 e integralmente a infração 03.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, o impugnante apresenta nova manifestação (fls. 330 a 344), aduzindo que concorda com os termos da revisão efetuada pelo autuante no que tange à redução do valor do imposto exigido na infração 01, relativamente às operações de importação realizadas por meio das DIs 04/05223816, 04/05386340, 04/06022113, 04/05865974, 04/06682768, 04/06940279. Do mesmo modo, concorda com a exclusão dos débitos de ICMS lançados na primeira infração em relação às importações ao abrigo das DIs 04/0538621-9 e 04/0722746-0. Também está de acordo com a exclusão do débito apurado na infração 03.

Entretanto, discorda dos argumentos apresentados pelo autuante em relação aos demais itens do Auto de Infração em análise. Quanto à infração 02, o impugnante reafirma a alegação de que no momento do desembarque aduaneiro o autuado somente conhecia o preço informado pelo seu fornecedor, nos documentos intitulados de “provisional invoices”. Diz que, diante daquela circunstância, recolheu o imposto considerando a única base de cálculo que conhecia e por isso, entende que não procede a exigência fiscal. Assegura que o contrato de importação firmado entre o impugnante e a empresa exportadora levou em conta a média mensal da cotação diária das mercadorias importadas, a nafta e o óleo bruto de petróleo, por se tratar de “commodities” negociados nos mercados internacionais. Reproduz as alegações apresentadas na impugnação inicial e diz que não se aplica ao caso em comento o disposto no art. 138, inciso I, do RICMS/BA, por entender que o tributo não foi recolhido em atraso, e tal circunstância somente poderia ocorrer se soubesse desde o primeiro instante, o preço final informado por seu fornecedor. Pugna pela improcedência desta infração.

Infrações 04 e 05: Diz que na impugnação inicial requereu o cancelamento da multa capitulada no presente Auto de Infração, fundamentando o pleito no art. 5º, inciso XLV da Constituição Federal e no art. 132 do CTN. Salienta que a infração 05 tem uma particularidade, tendo em vista que requereu o cancelamento da multa em obediência aos dispositivos constitucional e legal, citados, como também em homenagem aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, em face da ausência de dolo, fraude ou simulação na conduta do autuado e de prejuízo ao Erário. Prosseguindo, o defensor analisa os esclarecimentos apresentados pelo autuante na informação fiscal; comenta sobre o art. 1.116 do Código Civil e art. 132 do CTN e em relação à definição de tributo, de acordo com o art. 3º do CTN. Assim, o impugnante reitera os argumentos suscitados na impugnação inicial, nos itens 7.1 ao 7.8, concernente à infração 05. Finaliza, pedindo que seja reconhecida a improcedência total das infrações 02, 04 e 05.

## VOTO

Inicialmente, quanto ao argumento do impugnante (Braskem S/A) de que tem legitimidade para figurar no pólo passivo da presente lide, tendo em vista a incorporação da pessoa jurídica Odebrecht Química S/A que, por sua vez, incorporou a OPE INVESTIMENTOS S/A, contra a qual foi lavrado o presente Auto de Infração, observo que a incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, e no caso em exame, o impugnante, na condição de incorporador da empresa autuada, tem a responsabilidade atribuída por lei pelo pagamento do crédito tributário, e nesta condição, tem legitimidade para apresentar defesa, e se a impugnação fosse realizada por pessoa manifestamente ilegítima, a mesma seria arquivada pela repartição fazendária, conforme previsto no RPAF/99, art. 4º e seu parágrafo único.

No mérito, a primeira infração trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto.

O autuado alega que constatou inconsistências no levantamento fiscal, a exemplo do valor da despesa de capatazia que embora já estivesse incluído no preço CIF das mercadorias importadas (coluna 1 do demonstrativo da fiscalização), esta despesa foi novamente considerada na coluna 4 sob a mesma rubrica “despesas aduaneiras”. Diz que também constatou no levantamento fiscal que o autuante computou na base de cálculo do ICMS exigido, a título de despesas aduaneiras, na coluna 8, o valor referente aos honorários pagos pelo impugnante aos seus despachantes aduaneiros pelos serviços de desembarço de mercadorias importadas.

O autuante acatou parcialmente as alegações defensivas, tendo informado que deixou de excluir da exigência fiscal a operação de importação com base na DI N° 04/0586597-4, por não ter o autuado apresentado os documentos necessários para comprovar suas alegações, e que após refazer os cálculos ainda persistem débitos em menores valores, exceto à relação às DIs 04/0538621-9 e 04/0722746-0, em que os débitos foram zerados, por isso, elaborou à fl. 325

demonstrativo do débito remanescente nesta infração, que foi acatado pelo impugnante, conforme manifestação apresentada às fls. 330 a 344. Assim, concluo pela procedência parcial deste item do presente Auto de Infração, no valor total de R\$16.072,98, acatando o demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 325, salientando-se que após a revisão efetuada inexiste controvérsia, haja vista que foram acatados pelo impugnante os novos valores apurados.

Infração 02: Falta de recolhimento dos acréscimos moratórios incidentes sobre complementação de preço e peso, realizada em meses posteriores ao das operações originais. Notas Fiscais de números 11 e 12 referentes à complementação de preço relativo às importações de produtos nafta petroquímica e óleo bruto de petróleo.

De acordo com o art. 4º, inciso IX, da Lei 7.014/96, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS, no momento do desembarque aduaneiro, de mercadoria ou bem importados do exterior. Ademais, o imposto deve ser recolhido no prazo e formas estabelecidos no RICMS-BA.

O impugnante alega que emitiu as Notas Fiscais de números 11 e 12, em 13/08/2004 e 14/08/2004 (fls. 310/311), em complemento às NFs 007 e 009, respectivamente, apontando em tais documentos a diferença existente entre o preço das mercadorias importadas nas faturas provisórias e o registrado nas faturas finais, tendo sido recolhido o ICMS devido sobre os citados complementos de preço das mercadorias, e que não poderia recolher o imposto sobre o complemento de preço com multa e juros, porque não tinha conhecimento, em momento anterior, do preço final e definitivo das mercadorias importadas.

Entretanto, não acato a alegação defensiva, haja vista que o ICMS incidente nas entradas do exterior de mercadorias importadas será recolhido no momento do desembarque aduaneiro na repartição aduaneira, prazo estabelecido no art. 572, do RICMS/97, inexistindo a previsão para postergação do pagamento. Portanto, a exigência de acréscimos moratórios sobre o valor complementar, que foi objeto de contestação pelo impugnante, é consequência da falta de recolhimento do imposto no prazo estabelecido na legislação, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido exigido corretamente pelo autuante, haja vista que, de acordo com o art. 102, do Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei 3.956 de 11/12/1981, os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos a acréscimos moratórios, nos percentuais indicados no mencionado COTEB, observando-se os dias de atraso do pagamento. Mantida a exigência fiscal.

Infração 03: Refere-se a penalidade de multa por falta de registro na escrita fiscal do contribuinte, de nota fiscal referente à aquisição de mercadoria, conforme demonstrativos à fl. 8 do PAF.

Foi acatada pelo autuante a comprovação acostada aos autos e a alegação defensiva de que a Nota Fiscal de nº 12, foi escriturada no livro Registro de Entradas, conforme fotocópias às fls. 312/320, por isso, foi reconhecida a improcedência deste item do presente Auto de Infração.

Concordo com o autuante em relação à exclusão do valor correspondente à nota fiscal objeto da exigência fiscal, considerando comprovação da escrituração do documento fiscal objeto do presente lançamento. Infração insubstancial.

Infração 04: Deixou de escrutar o livro Registro de Inventário relativo aos exercícios de 2004, 2005 e 2006, sendo aplicada a multa no valor de R\$460,00.

Em relação ao Registro de Inventário, o mencionado livro deve ser escrutado por todos os estabelecimentos que mantiverem mercadorias em estoque, e não existindo estoque, o contribuinte deve mencionar esse fato na primeira linha, após o preenchimento do cabeçalho da página do citado livro (art. 330 e seus parágrafos 1º e 8º, do RICMS/97), sendo que a falta de escruturação constitui irregularidade por descumprimento de obrigação acessória, punível com multa.

O impugnante não nega o cometimento da irregularidade apurada, mas apresenta o entendimento de que a sociedade incorporadora não deve responder pelas multas de infração lançadas contra a

sociedade incorporada após a data da respectiva incorporação. Salienta que os créditos tributários ora exigidos foram lançados mais de dois anos após as incorporações, tendo em vista que o impugnante apenas tomou ciência do Auto de Infração em lide no dia 21/03/07, e por isso, entende que não pode ser compelido ao pagamento do crédito tributário decorrente de multas punitivas por infrações cometidas por sociedade sucedida, de acordo com o disposto no art. 132 do CTN.

Como já foi observado anteriormente, a incorporadora sucede em todos os direitos e obrigações a incorporada, ficando com a responsabilidade atribuída por lei pelo pagamento do débito exigido. Portanto, não acato as alegações defensivas.

De acordo com o art. 113 do Código Tributário Nacional, o contribuinte deve cumprir obrigações tributárias principal e acessória, e os §§ 1º, 2º e 3º do mencionado Código estabelecem que “a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem como objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente”. A obrigação acessória “decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou fiscalização dos tributos”. Saliento que a inobservância da obrigação acessória converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

A inscrição do autuado encontrava-se ativa nesta SEFAZ, o impugnante não negou o cometimento da irregularidade e a multa exigida nesta infração, relativamente à falta de escrituração de livro fiscal, é prevista no art. 42, XV, “d”, da Lei 7.014/96. Infração subsistente.

Infração 05: Falta de entrega de arquivos magnéticos, os quais deveriam ter sido enviados pela internet, através o programa validador SINTEGRA. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte deixou de enviar os arquivos magnéticos referentes aos períodos de fevereiro a junho de 2005 e todo o exercício de 2006.

De acordo com o art. 683 do RICMS/97, o contribuinte está obrigado a manter, pelo prazo decadencial, as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada, de saída, das aquisições e das prestações realizadas no exercício de apuração. Assim, o contribuinte deve fornecer o arquivo magnético contendo as informações relativas às operações realizadas, atendendo às especificações técnicas vigentes na data de entrega (§ 5º do art. 683).

Quanto ao envio de arquivos magnéticos, o RICMS/97 estabelece:

*“Art. 708-A. O contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo 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 prestações de serviços efetuadas e tomadas:*

*§ 4º O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético chancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.*

O impugnante alega que desde novembro de 2004, o autuado não mais exerceu suas atividades comerciais, tendo em vista o encerramento da atividade do estabelecimento, mas, por equívoco, o autuado não promoveu a baixa de sua inscrição junto à SEFAZ, como fizera junto à Secretaria da Receita Federal. Assim, o impugnante entende que não pode o Fisco Estadual exigir de uma pessoa jurídica de direito privado que sequer existe mais, o cumprimento das obrigações acessórias indicadas na acusação fiscal.

Observo que, além de não constar no cadastro desta SEFAZ qualquer alteração relativa à incorporação tratada pelo defendant, o autuado não cumpriu o estabelecido no art. 708-A, relativamente ao envio dos arquivos magnéticos via Internet através do programa Validador/Sintegra, estando comprovado o descumprimento da obrigação estabelecida na legislação, sendo correta a aplicação da penalidade correspondente, prevista para essa irregularidade.

Entendo que a multa aplicada sobre estabelecimento incorporado deve ser recolhido pelo contribuinte sucessor, que permaneceu como responsável solidário, no descumprimento, por parte da empresa, de obrigação tributária acessória, e a incorporação não documentada perante o cadastro desta Secretaria, caracteriza o descumprimento de mais uma obrigação acessória. Ademais, os citados arquivos magnéticos são indispensáveis aos controles desta SEFAZ.

Portanto, concluo que é devida a multa estabelecida no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei 7.014/96, no valor de R\$1.380,00.

Quanto ao pedido formulado pelo defendant para a dispensa de multa por descumprimento de obrigação principal, não acato, haja vista que no lançamento dos créditos tributários devem ser incluídas as multas e demais acréscimos tributários decorrentes da falta ou atraso no pagamento do imposto, e o impugnante na condição de sucessor tributário, é responsável pelo seu recolhimento.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	16.072,98	-
02	PROCEDENTE	30.432,93	-
03	IMPROCEDENTE	-	-
04	PROCEDENTE	-	460,00
05	PROCEDENTE	-	1.380,00
TOTAL	-	46.505,91	1.840,00

## 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 279196.0001/07-6, lavrado contra **OPE INVESTIMENTOS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$46.505,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea “a” e VIII, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$1.840,00**, previstas no art. 42, incisos XV “d” e XIII-A “i”, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Esta Junta recorre, de ofício, desta 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, 09 de julho de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR