

PROCESSO	- A. I. Nº 279196.0001/07-6
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e OPE INVESTIMENTOS S/A.
RECORRIDOS	- OPE INVESTIMENTOS S/A e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – Acórdão 3 ^a JJF Nº 0219-03/07
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
INTERNET	- 19/10/2010

RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO

Retificação do Acórdão nº 0192-12/10, de 17 de junho de 2010, em atendimento a requerimento do interessado conforme Processo nº 540037/2010-6, de 08/09/2010, fls. 497/500, para fim de retificação de inexatidão na decisão, de acordo com o art. 164, § 3º, do RPAF/99.

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0192-12/10A

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. Mantida a Decisão recorrida. 2. ACRÉSCIMOS TRIBUTÁRIOS. ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS. PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO DO IMPOSTO. FALTA DE INCLUSÃO. Nas hipóteses de reajustamento de preço, o imposto correspondente ao acréscimo de valor deverá ser recolhido no prazo das obrigações tributárias normais do contribuinte, de acordo com o período em que foi verificado o referido reajustamento. Restou demonstrado que o valor final das mercadorias não era conhecido no momento do desembaraço aduaneiro. Infração não caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. 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. Mantida a Decisão recorrida. 4. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE INVENTÁRIO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Constatado, insegurança na determinação da infração imputada ao contribuinte. Infração nula, declarada de ofício. Modificada a Decisão recorrida. 5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA NO PRAZO REGULAMENTAR. MULTA. Ficou comprovado que a empresa autuada já estava cancelada desde 2004. Infração não comprovada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 3^a parte o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de O:

referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário em valor superior ao previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$ 71.133,55, e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no total de R\$ 165.878,79, em decorrência das 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 nºs 11 e 12 referentes à complementação de preço de importações de 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 registrar a Nota Fiscal nº 12. Foi aplicada multa 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 escrutar o livro Registro de Inventário relativo aos exercícios de 2004, 2005 e 2006. Aplicada multa 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 apresentou defesa (fls. 143 a 194), na qual, inicialmente, explicou que tinha legitimidade para postular no presente processo, tendo em vista a incorporação da Odebrecht Química S/A que, por sua vez, incorporou a OPE INVESTIMENTOS S/A.

Quanto à Infração 1, o defensor afirmou que as diferenças apuradas decorreram da inclusão, na base de cálculo do imposto, de pagamentos referentes à capatazia em duplicidade e de despesas que não possuíam caráter aduaneiro.

No que tange à Infração 2, o defensor afirmou que só tinha tomado conhecimento da base de cálculo definitiva do imposto depois do desembaraço aduaneiro, quando fora emitida a fatura final pelo fornecedor das mercadorias importadas. Disse que, dessa forma, não incorreu em mora que justificasse a cobrança feita neste item do lançamento tributário.

Em relação à Infração 3, o defensor alegou que a Nota Fiscal nº 12 foi devidamente registrada no livro Registro de Entradas da empresa sucedida, conforme documentação às fls. 312 a 320.

Quanto à Infração 5, o defensor aduziu que, na época da ocorrência da suposta irregularidade, a empresa autuada não mais exercia suas atividades e, dessa forma, estava impossibilitada de cumprir a obrigação acessória indicada nesse item do lançamento.

Ao finalizar sua peça defensiva, o impugnante solicitou que as Infrações 01 e 02 fossem julgadas improcedentes e que as multas indicadas nas cinco Infrações fossem canceladas.

Na informação fiscal, referindo-se à Infração 1, o autuante acatou as alegações defensivas, exceto quanto à DI Nº 04/0586597-4, por falta da documentação comprobatória. Refez os cálculos do imposto e apurou o débito remanescente de R\$ 16.072,98, conforme demonstrativo à fl. 325.

No que tange à Infração 2, o auditor fiscal frisou que o fato gerador do ICMS ocorre no momento do desembaraço aduaneiro e que, com a posterior complementação do preço, eram devidos os acréscimos moratórios correspondentes.

Quanto à Infração 3, o autuante acatou sem ressalvas a comprovação dessa forma, opinou pela improcedência deste item do lançamento.

No que tange às Infrações 4 e 5, o auditor fiscal manteve a autuação, sob o argumento de que a incorporadora sucedia não apenas nos direitos da empresa incorporada, mas também em todas as suas obrigações, inclusive acessórias.

Ao se pronunciar sobre a informação fiscal, o impugnante, referindo-se à Infração 02, reafirmou que, no momento do desembarque aduaneiro, só conhecia o preço que fora informado pelo fornecedor e, desse modo, não procedia a exigência fiscal. Quanto às Infrações 04 e 5, explicou que o cancelamento das multas foi requerido com base no art. 5º, inc. XLV, da Constituição Federal, e no art. 132 do CTN. Reiterou os argumentos que já tinham sido apresentados na defesa.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0219-03/07, o Auto de Infração foi julgado procedente em parte.

Ao proferir o seu voto, o ilustre relator, inicialmente, explicou que a Braskem S/A, na condição de incorporadora da empresa autuada, tinha legitimidade para apresentar defesa contra o Auto de Infração em tela.

No mérito, a instância decidiu pela procedência parcial da Infração 1, no total de R\$16.072,98, conforme o demonstrativo elaborado pelo autuante na informação fiscal (fl. 325), tendo em vista “*que após a revisão efetuada inexiste controvérsia, haja vista que foram acatados pelo impugnante os novos valores apurados*”.

A Infração 2 foi julgada procedente, sob o argumento de 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*”.

A Primeira Instância decidiu pela improcedência da Infração 3, tendo em vista a escrituração do documento fiscal objeto desse item do lançamento.

A multa indicada na Infração 4 foi mantida, sob o argumento de que “*a incorporadora sucedia em todos os direitos e obrigações a incorporada, ficando com a responsabilidade atribuída por lei pelo pagamento do débito exigido*”.

A Infração 5 foi julgada procedente, pois considerou a primeira instância que, “*além de não constar no cadastro desta SEFAZ qualquer alteração relativa à incorporação tratada pelo defensor, 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*”.

Por fim, salientou o ilustre relator que o pedido de dispensa de multas por descumprimento de obrigação principal, não poderia ser acatado, tendo em vista que o impugnante, na condição de sucessor tributário, era o responsável pelo recolhimento das referidas multas.

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a primeira instância recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela Primeira Instância o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, no qual alega que o Acórdão JJF Nº 0219-03/07 merece ser reformado.

Quanto à Infração 2, o recorrente explica que importou óleo bruto de petróleo (DI Nº 4/0668276-8, registrada em 09/07/04) e nafta petroquímica (DI Nº 04/0722746-0, registrada em 23/07/04). Diz que o fornecedor emitiu duas faturas provisórias (*provisional invoices*) com o preço das mercadorias, para que fossem efetuados os correspondentes pagamentos. Afirma que essas mercadorias foram desembaraçadas e entraram em seu estabelecimento amparadas pelas Notas Fiscais nºs 07 e 09, datadas de, respectivamente, 16/07/04 e 30/07/04, tendo sido o ICMS incidente sobre as importações recolhido em 20/07/04 e 04/08/04. Menciona que, posteriormente, recebeu mais duas faturas, denominadas *final invoices*, nas quais constava o definitivo preço em valores superiores aos constantes nas faturas provisórias.] complementação de preço foi o fato de terem as mercadorias embaladas

julho, quando ainda não se conhecia o valor final das *commodities*, calculado com base na média das cotações diárias nos mercados internacionais.

Diz que, ao receber as *final invoices*, emitiu as Notas Fiscais nºs 11 e 12, datadas de 13/08/04 e 14/08/04, em complemento às Notas Fiscais de nºs 07 e 09, tendo sido o imposto devido sobre esses complementos de preço foi recolhido dentro do prazo de vencimento da obrigação. Sustenta que não poderia recolher o imposto sobre o complemento de preço com multa e juros, uma vez que não tinha conhecimento, em momento anterior, do preço final das mercadorias importadas. Frisa que nessa situação não se pode exigir do contribuinte o recolhimento de um tributo cuja base imponível era desconhecida. Conclui que, demonstrada a impossibilidade de se exigir acréscimos moratórios sobre a complementação de preço pago quando da importação das mercadorias em questão, é forçosa a reforma da Decisão recorrida, para que seja julgada improcedente a Infração 2.

O recorrente sustenta que não é possível se exigir multas impostas à sociedade incorporada da sociedade incorporadora (Infrações 1, 2, 4 e 5). Afirma que o disposto no § 3º do art. 113 do CTN, cujo teor transcreveu, deve ser entendido em termos, pois a “conversão” de uma obrigação acessória em principal, em razão de seu descumprimento, somente se justifica para viabilizar a constituição e a execução do crédito oriundo de uma multa, juntamente com o crédito tributário principal. Cita doutrina de Hugo de Brito Machado.

Destaca que, nos termos do art. 132 do CTN, a incorporadora é responsável apenas pelos tributos devidos até a data da incorporação, porém tal tratamento não é extensivo às multas punitivas decorrentes do descumprimento de qualquer obrigação acessória. Enfatiza que, em nenhuma hipótese, o legislador complementar admitiu que o sucessor assumisse a responsabilidade pelas sanções cominadas às empresas sucedidas. Após transcrever o disposto no art. 3º do CTN, o recorrente assevera que no conceito de tributo não se incluem as multas exigidas em decorrência do cometimento de infrações tributárias, visto que estas se constituem em uma sanção pelo cometimento de uma conduta contrária à lei.

Ressalta que a Braskem S.A., ora recorrente, não pode ser responsabilizada por infrações às leis cometidas pela OPE Investimentos, especialmente pelo fato de o lançamento ter sido realizado após a incorporação. Diz que, quando da incorporação, a exigência em tela, não estava integrando o passivo da empresa sucedida que tinha sido assumido pelo recorrente.

Friza que o entendimento contrário viola o princípio da personificação da pena, contido no art. 5º inc. XLV, da Constituição Federal, que veda a transmissão da pena àqueles que não deram causa ao ato ilícito. Para embasar suas assertivas, o recorrente cita farta doutrina e jurisprudência.

Discorre sobre o princípio da legalidade, diz que as regras jurídicas devem ser interpretadas de forma sistemática e, em seguida, reafirma que nos casos de incorporação o disposto no art. 132 do CTN só autoriza a responsabilização do sucessor pelos tributos devidos pela sucedida, jamais pelas multas. Conclui afirmando que a Decisão recorrida não merece prosperar, já que vai de encontro às prescrições do art. 132, do CTN, e do art. 5º, inc. XLV, da Constituição Federal, devendo ser excluídas da autuação todas as multas lançadas.

Referindo-se especificamente à multa indicada na Infração 05, o recorrente afirma que, além da multa não ser cabível pelas razões expostas acima, a pena também não pode prosperar, pois, porque desde novembro de 2004, a empresa autuada não mais exerce suas atividades comerciais em virtude de ter sido incorporada pela Odebrecht Química S.A., conforme comprovam os documentos colacionados na defesa (Doc. 01 - fls. 195/198 e Doc. 43 – fl. 321).

O recorrente mostra-se inconformado com a Decisão proferida pela primeira instância na Infração 05, cita doutrina e, em seguida, diz que a manutenção dessa citada multa violaria o princípio da razoabilidade. Após transcrever o disposto no art. 15º do PDAE/00, o recorrente diz que o cancelamento da multa em tela se ajusta ao descrito nesse dispositivo, diz respeito aos exercícios de 2005 e 2006; não houve

fraudulentos; não houve falta de pagamento de tributo. Diz que, desse modo, faz-se necessário o cancelamento da multa em questão.

Ao finalizar seu Recurso Voluntário, o recorrente solicita que as Infrações 2, 4 e 5 sejam julgadas improcedentes.

Ao exarar o Parecer de fls. 398 a 400, a ilustre representante da PGE/PROFIS faz uma síntese dos fatos descritos na Infração 2 e, em seguida, sugere a realização de diligência, para que sejam respondidas as seguintes questões:

1. no momento do desembarque aduaneiro das mercadorias especificadas na DI nº 04/0668276-8 e na DI nº 04/0722746-0 o imposto fora calculado sobre qual base de cálculo?
2. considerando o documento fiscal que acompanhava as mercadorias no momento do desembarque aduaneiro, o ICMS cobrado fora integralmente pago pelo recorrente?
3. era possível ao recorrente conhecer o preço final das mercadorias no momento do desembarque aduaneiro?
4. considerando a data da fatura final enviada pelo fornecedor, pode-se afirmar que o recorrente recolheu a complementação do preço das mercadorias importadas dentro do vencimento?

O processo foi encaminhado em diligência à IFEP/INDÚSTRIA, para que o autuante respondesse as questões apresentadas pela representante da PGE/PROFIS.

Em atendimento à diligência, o autuante afirmou à fl. 407 que:

1. No momento do desembarque aduaneiro das mercadorias especificadas nas DIs 04/0668276-8 e 04/0722746-0, o imposto foi apurado tomando como bases de cálculo os valores de R\$ 48.344.594,66 e R\$ 37.309.923,02, respectivamente.
2. Considerando o documento fiscal que acompanhava as mercadorias no momento do desembarque aduaneiro, o ICMS não foi pago integralmente, conforme o demonstrativo de fl. 06.
3. Com base no compromisso assumido pelo recorrente de apresentar as informações e documentos referentes à importação, conforme Termo de Compromisso (fls. 85 e 96), era possível obter o preço final das mercadorias no momento do desembarque aduaneiro.
4. Considerando as informações do item anterior, pode-se afirmar que o recorrente não recolheu o ICMS relativo à complementação de preço das mercadorias importadas dentro do vencimento.

Ao se pronunciar sobre o resultado da diligência, o recorrente fez uma breve síntese do processo e, em seguida, afirmou que concordava apenas com a primeira resposta apresentada pelo diligente, pois as demais eram equivocadas e estavam fundamentadas em demonstrativos e argumentos apresentados pelo diligente. Salientou que o citado Termo de Compromisso era parte integrante dos Extratos das Declarações de Importação emitidos pela Secretaria da Receita Federal. Frisa que o valor referente ao ICMS complementar foi recolhido antes da data dos respectivos vencimentos (13/08/04 e 18/08/04), conforme o Anexo II do Auto de Infração à fl. 07 e o disposto nos artigos 134 c/c 124, I, do RICMA-BA. Ao concluir, o recorrente reitera que não era possível a cobrança de acréscimos moratórios na situação em apreço, bem como repisa que o ICMS referente à complementação de preço foi recolhido em conformidade com o previsto na legislação pertinente. Para embasar sua alegação, o recorrente transcreve o disposto do art. 201, IV, §2º, do RICMS-BA, bem como a ementa do Parecer nº 598/04, da DITRI, que dispõe sobre a aplicação desses dispositivos quando não se conhece o valor da taxa de armazenagem no momento do fato gerador do imposto de importação.

Encaminhado o processo à PGE/PROFIS, foi sugerida a realização c ASTEC do CONSEF informe se o recorrente, com base no art. 134 c RICMS-BA, recolheu integralmente o ICMS (principal) considerando referentes ao conhecimento do preço complementar. Também foi

fosse elaborado um demonstrativo de débito capaz de indicar os valores devidos, os valores recolhidos e a diferença, com os devidos acréscimos moratórios.

A sugestão da representante da PGE/PROFIS foi acolhida pela 2^a CJF, tendo o processo sido encaminhado em diligência à ASTEC do CONSEF.

A diligência foi atendida, conforme o Parecer ASTEC nº 134/09 acostado às fls. 436 a 438.

Nesse Parecer, a auditora fiscal da ASTEC, inicialmente, transcreve os dispositivos citados na solicitação da diligência e, em seguida, descreve a forma da apuração do imposto cobrado na Infração 02. Prosseguindo, a auditora diz que a Gerência de Cobrança da SEFAZ efetuou a apuração o valor dos acréscimos moratórios tratados nesse item do lançamento, tendo apurado o montante de R\$ 30.117,25.

Ao se pronunciar sobre o resultado da diligência, o recorrente faz uma síntese do processo e, em seguida, afirma que a auditora fiscal da ASTEC não respondeu a primeira parte da solicitação, limitando-se a reafirmar o quanto já fora alegado pelo autuante. Frisa que, ao contrário do afirmado pelo diligente, o contribuinte efetuou o pagamento do imposto, fato que foi reconhecido pelo próprio autuante. Referindo-se à segunda parte da diligência, o recorrente afirma que a resposta apresentada também não atendeu à solicitação feita pela 2^a CJF. Sustenta o recorrente que a diligência realizada não trouxe aos autos qualquer elemento novo capaz de rebater os argumentos defendidos no Recurso Voluntário. Prosseguindo em seu arrazoado, o recorrente passa a reiterar argumentos trazidos nos pronunciamentos anteriores e, ao final, solicita que as Infrações 2, 4 e 5 sejam julgadas improcedentes.

Em Parecer às fls. 462 a 470, a doutora Maria Helena Cruz Bulcão, procuradora do Estado, após historiar o processo, salienta que nas duas diligências realizadas os diligentes não responderam de forma satisfatória os quesitos apresentados, apesar da clareza dos quesitos formulados.

Referindo-se à Infração 2, a Parecerista afirma que duas vertentes merecem ser analisadas: a jurídica e a material.

Quanto ao aspecto de cunho material, a procuradora diz que duas diligências foram realizadas, porém a solicitação deixou de ser lucidamente respondida pelos diligentes, pelo que entende a procuradora que merecem guarita as afirmações do recorrente de ter recolhido os valores das faturas, sejam as provisórias, sejam as definitivas, dentro do prazo e integralmente.

No que tange ao aspecto jurídico da questão, afirma a parecerista que não vislumbra a ocorrência de infração à legislação tributária, pois no momento do fato gerador do tributo o recorrente tinha recolhido integralmente o imposto devido com base no valor constante no documento fiscal respectivo, denominado *provisional invoices*. Já as Notas Fiscais nºs 11 e 12, objeto da autuação, foram provenientes das faturas finais recebidas pelo autuado em momento posterior ao desembarque aduaneiro e obedeceram aos regramentos legais contidos no RICMS-BA (art. 134 c/c 201, IV, § 2º) para a complementação do preço.

Diz que, desse modo, entende que não é razoável exigir-se do contribuinte o pagamento de valor ainda não conhecido por ele no momento do desembarque aduaneiro das mercadorias importadas, especialmente considerando a efetiva realização do pagamento efetuado com base no documento fiscal que amparava a operação. Assim, afirma que a Infração 02 deve ser julgada improcedente. Para embasar seu entendimento, transcreve doutrina acerca dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Quanto à responsabilidade da empresa sucessora pelas multas devidas pela sucedida, a ilustre procuradora afirma que efetivamente as disposições normativas preconizam à transferência na sucessão empresarial das dívidas relativas ao tributo, contudo, a inteleção das normas não pode estar dissociada da obediência aos princípios basilares de direito do não enriquecimento sem causa e da pessoalidade das penas.

Considera que a alegada impossibilidade de transferência das multas devidas pela sucedida não impede que a sucessora conceda ao sucedido transferir mais do que possui e ao sucessor u

Diz que, desse modo, toda dívida consolidada no momento da incorporação há de ser transferida ao sucessor.

Discorre sobre o ilícito penal e o ilícito administrativo e, em seguida, afirma que as sanções intransmissíveis e incomunicáveis dizem respeito às infrações penais administrativas, inclusive discriminadas no artigo 136 do CTN, e não, como quis induzir o autuado, às infrações administrativas. Cita doutrina e jurisprudência, para embasar esse seu posicionamento. Conclui que, assim, as multas em questão devem ser mantidas e exigidas do sucessor.

Quanto à Infração 5, afirma a ilustre procuradora que, no seu entendimento, considera que estão presentes nos autos os requisitos capazes de ensejar o cancelamento da multa, ao teor do disposto no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7014/96.

Explica que a obrigação acessória no que toca à entrega de arquivos magnéticos encontra-se disciplinada no RICMS/BA, nos seguintes termos: a) o contribuinte deve entregar tais arquivos, referentes ao movimento econômico de cada mês, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas (art. 708-A, do RICMS/BA); b) quando tais arquivos não tenham sido remetidos no prazo legal, pode a Administração Fazendária exigir seu fornecimento, ficando o contribuinte obrigado a cumprir esta intimação (art. 708-B do RICMS/BA). Assim, conclui que tal obrigação acessória apenas se mantém exigível enquanto a empresa encontra-se em atividade, não há que se falar em exibição de arquivo magnético de empresa que não mais subsiste.

Diz que os documentos juntados, em cópias autênticas, na defesa, especialmente o Doc. 01, comprovam que efetivamente a incorporação da empresa autuado ocorreu em novembro de 2004, sendo assim, não se pode exigir arquivo magnético desta empresa relativa a período posterior, qual seja, 2005 e 2006. Admite que o fato de a empresa autuado não ter informado à SEFAZ o cancelamento de suas atividades em razão de incorporação empresarial ensejou a apuração da Infração 05, vez que para o autuante não havia a informação de que a empresa não mais subsistia em face de sua incorporação. Ressalta que, no entanto, os documentos carreados na defesa, os quais comprovam a incorporação do autuado por outra pessoa jurídica (Odebrecht Química S/A) em novembro de 2004, não podem ser desconsiderados. Conclui dizendo que a Infração 05 também não procede, pois não se pode exigir apresentação de arquivos magnéticos dos exercícios de 2005 e 2006 à empresa que fora encerrada em novembro de 2004.

Ao finalizar seu Parecer, a ilustre procuradora opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para julgar improcedentes as infrações 2 e 5. Esse Parecer foi ratificado pela doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, procuradora do Estado.

VOTO

É objeto do Recurso de Ofício da Decisão de primeira instância que julgou procedente em parte a Infração 1 e improcedente a Infração 3.

Quanto à Infração 1 – recolhimento do ICMS efetuado a menos pelas importações de mercadorias do exterior –, o recorrido afirmou que na apuração do imposto devido havia lançamentos de despesas de capatazia em duplicidade, bem como inclusão de despesas que não se classificavam como aduaneiras. Esses argumentos defensivos foram acolhidos pelo autuante, exceto quanto a uma operação de importação, por ausência da documentação comprobatória. Não há reparo a fazer nessa Decisão de primeira instância, pois os argumentos defensivos estão baseados em provas acostadas ao processo, as quais foram acatadas pelo próprio autuante na informação fiscal, o qual refez a apuração do imposto que remanesceu nesse item do lançamento.

No que tange à Infração 3 – entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação, consignada na Nota Fiscal nº 12, sem registro na escrita fiscal –, o do livro Registro de Entradas com a escrituração da nota fiscal Correta a Decisão de primeira instância.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Trata o Recurso Voluntário das Infrações 02 e 05, bem como da possibilidade de exigir da empresa incorporadora as multas que foram indicadas no Auto de Infração.

Quanto à Infração 2 – falta de recolhimento de acréscimos moratórios incidentes sobre complementação de preço de produtos importados –, consta na acusação que o recorrente importou 37.005,303 toneladas de óleo bruto de petróleo (DI 04/0668276-8, registrada em 09/07/04) e 27.098,398 toneladas de nafta petroquímica (DI 04/0722746-0, registrada em 23/07/04). A empresa fornecedora das mercadorias – a CPN Incorporated Limited – emitiu duas faturas provisórias de nºs 023/-4 e 024/04 (fls. 304 e 305) – com base nas quais o recorrente diz ter recolhido o ICMS incidente no desembarque das mercadorias. Posteriormente, o recorrente recebeu novas faturas emitidas pelo fornecedor com os preços definitivos das mercadorias importadas em valores superiores aos constantes nas faturas provisórias (fls. 308 e 309). Sobre essa complementação de preço foram cobrados os acréscimos moratórios em questão.

Efetivamente, o disposto no inciso IX do artigo 4º da Lei nº 7.014/96 prevê que o fato gerador do ICMS incidente na importação de mercadorias do exterior ocorre no momento do desembarque aduaneiro das mercadorias importadas. Todavia, entendo que o deslinde da questão em apreço passa pelo previsto no artigo 134 do RICMS-BA, o qual é de uma clareza que dispensa esforços interpretativos e se subsume perfeitamente ao fato descrito no lançamento:

Art. 134. Quando ocorrer reajustamento do preço da operação ou prestação, o imposto correspondente ao acréscimo do valor será recolhido no prazo das obrigações tributárias normais do contribuinte, de acordo com o período em que se verificar o reajustamento (art. 201, II).

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica ao acréscimo de valor a ser cobrado do destinatário das mercadorias ou do tomador do serviço em virtude da constatação de erro na emissão do documento fiscal, caso em que, no ato da correção, o imposto se considera devido desde a data da ocorrência do fato gerador (art. 201, IV e V, e § 2º).

As importações em tela foram reajustadas e, em consequência, o imposto correspondente aos acréscimos de valor, consoante o dispositivo regulamentar acima transcrito, deverá ser recolhido no prazo das obrigações tributárias normais do recorrente, de acordo com o período em que foi verificado o reajustamento. Não vislumbro, assim, amparo na legislação para se exigir que o recorrente apurasse o imposto a recolher tomando por base a data do desembarque aduaneiro.

Em conformidade com esse entendimento acima está a tese defendida pela ilustre representante da PGE/PROFIS em seu Parecer de fls. 462 a 470, segundo a qual “não seria razoável exigir-se do contribuinte o pagamento de valor ainda não conhecido por ele no momento do desembarque aduaneiro das mercadorias importadas, mormente considerando a efetiva realização do pagamento efetuado com base no documento fiscal que amparava a operação.”

Em face do exposto, considero que, à luz do disposto no artigo 134 do RICMS-BA, corroborado pelo princípio da razoabilidade, a Infração 02 não subsiste.

Relativamente à Infração 5 – falta de entrega de arquivos magnéticos –, o recorrente alega que desde novembro de 2004 não mais exercia as suas atividades comerciais em virtude de ter sido incorporado pela Odebrecht Química S.A., conforme documentos acostados ao processo.

Os documentos acostados às fls. 195/198 comprovam que, em 01/10/2004, o recorrente foi incorporado pela Odebrecht Química S.A. Por seu turno, o documento de fl. 321, emitido pela Secretaria da Receita Federal, atesta que, desde 01/11/2004, o recorrente constava no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica como uma empresa “baixada”. Dessa forma, considerando que o recorrente não estava mais ativo desde novembro de 2004, não há como se manter a exigência fiscal referente à falta de entrega de arquivos magnéticos atinentes aos exercícios de 2005 e 2006, o que torna a Infração 5 insubstancial.

O recorrente alega que não pode ser imposta à empresa incorporadora as multas que foram indicadas no Auto de Infração, em razão das irregularidades tributárias cometidas pela empresa incorporada e da doutrina, dispositivos legais e jurisprudência.

Trata-se, portanto, de uma questão eminentemente jurídica e, dessa forma, valendo-me do Parecer proferido pela ilustre representante da PGE/PROFIS, considero que, não obstante os abalizados argumentos trazidos pelo recorrente, no caso em tela, a empresa incorporadora (a Braskem S.A.) responde pelas multas aplicadas à empresa incorporada (a Open Investimentos S.A.), tendo em vista que “*as sanções intransmissíveis e incomunicáveis dizem respeito às infrações penais administrativas, inclusive discriminadas no art. 136 do CTN, e não, como quis induzir o autuado, às infrações administrativas.*”

Dessa forma, o pleito recursal atinente às multas indicadas na autuação não pode ser acolhido.

Por fim, observo que na Infração 4 o recorrente foi acusado de ter deixado de apresentar livros fiscais quando regulamente intimado e, na descrição desse fato, consta que o recorrente deixou de encriturar o livro Registro de Inventário. Essa divergência entre a acusação feita e o fato descrito, torna insegura a determinação da real infração imputada ao recorrente, bem como cerceia o direito de defesa do contribuinte. Dessa forma, de ofício, julgo nula a Infração 04, por cerceamento de defesa e por insegurança na determinação da infração, ao teor do disposto no artigo 18, II, IV, “a”, do RPAF/99.

Pelo acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar as Infrações 2 e 5 improcedentes e, de ofício, declarar nula a Infração 4, mantendo inalteradas as demais Decisões da Primeira Instância, remanescendo o débito no valor de R\$16.072,98, conforme demonstrativo de débito abaixo:

RELATÓRIO DE DEMONSTRATIVO DE DÉBITO						
Seq.	D. Ocorrência	D. Vencimento	Multa (%)	Vlr. Histórico	Multa (%)	Vlr. Julgado-CJF
1	09/06/2004	09/06/2004	17	5.300,52	60	1.318,49
2	16/06/2004	16/06/2004	17	8.386,58	60	2.315,28
3	01/07/2004	01/07/2004	17	6.759,74	60	3.117,27
4	05/07/2004	05/07/2004	17	5.878,77	60	5.786,60
5	20/07/2004	20/07/2004	17	6.164,80	60	2.116,47
6	26/07/2004	26/07/2004	17	5.076,62	60	1.418,87
7	04/08/2004	04/08/2004	17	3.133,59	60	0,00
8	20/07/2004	20/07/2004	17	23.701,60	60	0,00
9	04/08/2004	04/08/2004	17	6.731,33	60	0,00
10	30/08/2004	30/08/2004	0	164.038,79	10	0,00
11	31/12/2004	01/03/2005	0	460,00	0	0,00
12	31/01/2006	20/02/2006	0	1.380,00	0	0,00
TOTAL				237.012,34		16.072,98

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279196.0001/07-6, lavrado contra **OPE INVESTIMENTOS S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.072,98**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR