

**PROCESSO** - A. I. Nº 269131.3003/16-8  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e IPT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.  
**RECORRIDA** - IPT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF Nº 0131-02/17  
**ORIGEM** - INFAZ JUAZEIRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 19/07/2018

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO CJF Nº 0156-12/18**

**EMENTA:** ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. PERDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. A fruição do benefício fiscal condicionava à vedação de utilização de quaisquer créditos fiscais, o que não ocorreu. Correta a Decisão recorrida ao deduzir os créditos fiscais do débito exigido. Rejeita a preliminar de nulidade de ilegitimidade passiva. Mantida a Decisão. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida através do Acórdão nº 0131-02/17, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado que inconformado com a referida Decisão, tempestivamente, apresenta a peça recursal, respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado, em 29/06/2016, para exigir o débito no valor de R\$ 531.389,85, inerente aos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015, sob a acusação de:

*Infração 01 - 03.02.06 – Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo.*

*O contribuinte usou indevidamente o benefício previsto no artigo 267, inciso VII do RICMS/2012, aprovado pelo Decreto nº 13.780 de 2012, combinado com o Convênio ICMS 102/12, além de ter infringido o artigo 15, inciso I e II da Lei 7.014/96. Isso se deveu ao fato de o benefício de redução da carga tributária (4%) está condicionado à não utilização de quaisquer créditos. Além disso usou indevidamente a alíquota interestadual (12%) em vendas internas e interestaduais para não contribuintes do ICMS. Tudo conforme os demonstrativos anexos (1, 1.1).*

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 312.735,77, após avaliar que o processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF, do que afastou o pedido de nulidade pretendido.

No mérito, a Decisão recorrida decorreu das seguintes considerações:

*Quanto ao mérito entendo que a regra é a alíquota imposta de forma geral, e para fazer jus a qualquer benefício há de se respeitar e atender as condicionantes impostas para tal, e que desobedecidas as regras para fruição do benefício, perde-se o benefício e tributa-se pela regra geral. É papel do fisco coibir as infrações e para isto deve aplicar corretamente a legislação do imposto, não seria crível agir conforme pleiteia a Impugnante que seria glozar os créditos e não reverter o direito ao benefício fiscal, porquanto esta conduta ao contrário de coibir o cometimento deste tipo de infração seria um estímulo a que maus contribuintes passassem a arriscar a burla às condicionantes para obtenção do benefício, pois se descoberto não o perderiam, apenas teriam a reversão para o status quo ante, mantendo-lhe intacto o benefício usufruído irregularmente. O que justificaria o risco em burlar a legislação.*

*Afianço que o Acórdão nº 0292-02/12 e SÚMULA CONSEF Nº 01/02, citado pela defesa não serve de paradigma para a autuação em tela posto que a exação fiscal sob contenda foi aplicada de forma clara e compreensiva, como também a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo sendo que em nada socorre a defesa a citação do art. 18, IV, "a" do RPAF.*

*Aquiesço, entretanto, com o pleito para que seja refeita a apuração do imposto, com fins de aproveitamento integral dos créditos de ICMS que deixaram de ser aproveitados conforme alegado pela defesa, sendo assim, refiz os cálculos computando os referidos créditos colhidos nos arquivos da SEFAZ constantes dos arquivos INFORMAÇÕES DE CONTRIBUINTES-INC informados pelo próprio contribuinte através do*

*DEMONSTRATIVO MENSAL DE APURAÇÃO DMA, conforme demonstrativo a seguir: (...)*

No Recurso Voluntário, às fls. 135 a 145 do PAF, a POLIMIX CONCRETO LTDA (Incorporadora da IPT Ind. e Com. de Materiais de Construção Ltda.) arguiu a nulidade do PAF por erro na identificação do sujeito passivo, visto que a referida incorporação se deu antes da lavratura do Auto de Infração, de modo que o sujeito passivo não existe. Cita o art. 132 do CTN e art. 227 da Lei nº 6.404/76, no sentido de que na incorporação a incorporadora sucede a incorporada em direitos e obrigações, cabendo ao Fisco identificar o sujeito passivo para concretizar o ato do lançamento, do que invoca os artigos 142 do CTN, 18 e 39 do RPAF, para sustentar a existência de ilegitimidade passiva e a consequente nulidade absoluta do lançamento. Cita jurisprudência do CONSEF.

Em seguida, o recorrente alega ser abusiva a multa aplicada de 60%, de modo que deve ser relevada ou, ao menos, reduzida, do que invoca os artigos 112 do CTN e 158 do RPAF. Sustenta que o referido percentual transcende o limite da razoabilidade e da proporcionalidade, pois carrega efeitos confiscatórios, o que é expressamente vedado pelo art. 150, IV, da CF, sendo a extensão da dita proibição às multas já feita pelo E. STF em controle concentrado de constitucionalidade.

## **VOTO**

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado parcialmente o sujeito passivo do débito originalmente exigido, conforme previsto no art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de piso, nos termos previstos na alínea “b” do mesmo dispositivo legal.

Inicialmente, quanto ao Recurso de Ofício, da análise das peças processuais, depreende-se que a desoneração parcial, em valores nominais, da exigência fiscal de R\$ 531.389,85 para R\$ 312.735,77, decorreu em razão da aquiescência da JJF ao pleito do contribuinte para que fosse refeita a apuração do imposto pelo regime normal, com aproveitamento integral dos créditos de ICMS que deixaram de ser aproveitados no levantamento fiscal, ao excluir o contribuinte do benefício fiscal de redução da base de cálculo (de forma que a carga tributária resultasse em 4%), passando a considerar à alíquota de 17% quando das operações de saídas do estabelecimento.

Assim, acertadamente, na Decisão recorrida a JJF refez os cálculos, levando em consideração os referidos créditos constantes do DEMONSTRATIVO MENSAL DE APURAÇÃO – DMA, conforme consignado no voto.

Contudo, por já ter na Decisão da JJF sido considerado os créditos existentes nos exercícios de 2014 a 2015, ao refazer a apuração do imposto no período, deverá o contribuinte em sua escrita fiscal estornar o saldo credor do ICMS porventura existente em 31/12/2015 e, em consequência, apurar a ocorrência de novos débitos de ICMS nos meses subsequentes, para, se desejar, oferecer denúncia espontânea dos mesmos.

Por fim, deverá a autoridade competente, na repartição fiscal de circunscrição do contribuinte, observar a necessidade de se instaurar novo procedimento fiscal para averiguação dos efeitos do estorno do saldo credor, porventura existente em 31/12/2015.

Diante de tais constatações, considero correto o montantes da exoneração apurada e não dou provimento ao Recurso de Ofício.

Da análise das razões do Recurso Voluntário, o recorrente arguiu a nulidade do Auto de Infração em razão da ilegitimidade passiva, visto que a autuada IPT Indústria e Comércio de Materiais de Construção Ltda. não mais existia à época da lavratura, por ter sido incorporada pela POLIMIX CONCRETO LTDA antes da lavratura do Auto de Infração. Cita o art. 132 do CTN e art. 227 da Lei nº 6.404/76, no sentido de que na incorporação a incorporadora sucede a incorporada em direitos e obrigações, cabendo ao Fisco identificar o sujeito passivo para concretizar o ato do lançamento.

Em que pese o recorrente alegar não mais existir o sujeito passivo à época da lavratura do Auto de Infração, em decorrência da incorporação pela POLIMIX CONCRETO LTDA., conforme alteração do contrato social às fls. 55 a 82 dos autos, no qual demonstra que o capital social da IPT Indústria e Comércio de Materiais de Construção Ltda. foi dado como integralização do capital social da primeira sociedade, como também ter o apelante comprovado que, em 30/12/2015, ter dado baixa

na Receita Federal do CNPJ, consoante documento à fl. 53 dos autos, vislumbro que descabe tal pretensão de nulidade do Auto de Infração, pois a alegação de que não mais existia a empresa IPT Indústria e Comércio de Materiais de Construção Ltda. não se comprova, uma vez que, apesar de o contribuinte ter dado baixa da inscrição federal, o mesmo não o fez em relação a sua inscrição estadual, a qual se encontra “Inapto” desde 16/03/2016 até a presente data, consoante consulta cadastral no site da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, sendo possível, portanto, a sujeição passiva no presente Processo Administrativo Fiscal, nos termos previstos no inciso I do parágrafo único do art. 121 do CTN, por ter relação pessoal e direta com a situação que constituiu o fato gerador e se encontrar o autuado ainda no cadastro de contribuintes da SEFAZ, como se pode concluir através da interpretação dos artigos 24, II, e 25 do RICMS/12.

Em relação à alegação de ser abusiva a multa aplicada de 60%, pois transcende o limite da razoabilidade e da proporcionalidade, caracterizando os efeitos confiscatórios, vedado pela Constituição Federal, inclusive objeto de análise ao STF, há de esclarecer que, nos termos do art. 125 da Lei nº 3.956/81, falece competência a este Colegiado a declaração de inconstitucionalidade; questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Registre-se que a penalidade aplicada é a prevista na hipótese legal (art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96) para o caso concreto, não tendo competência esta Câmara de Julgamento Fiscal para redução ou cancelamento da multa de caráter principal, conforme o caso sob análise.

Por fim, em que pese o recorrente não ter apresentado razões de mérito, limitando-se apenas as alegações já apreciadas, há de registrar que, nos termos do art. 38 da Lei nº 7.014/96, “Quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação”.

Tendo em vista que o art. 267, inciso VII, do RICMS/12, abaixo transcrito, assim como a cláusula terceira do Convênio ICMS 100/2012, condicionavam a fruição do benefício fiscal à vedação de utilização de quaisquer créditos fiscais, o que não foi cumprido, aplicou-se o art. 38 da Lei nº 7.014/96, exigindo-se o imposto devido da operação através do regime normal de apuração.

*Art. 267. É reduzida a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais:*

*[...]*

*VII - nas saídas internas de pedra britada e de mão, efetuadas por contribuinte com atividade de extração e britamento de pedras que não seja beneficiário do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, de forma que a carga tributária seja correspondente a 4% (quatro por cento), observadas as definições dos produtos constantes no Conv. ICMS 100/12.*

Do exposto, voto NÃO PROVIDO os Recursos de Ofício e Voluntário, para manter a Decisão recorrida, devendo-se observar as considerações ínsitas no final do Recurso de Ofício.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269131.3003/16-8**, lavrado contra **IPT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$312.735,77**, 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, 16 de maio de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

LEONARDO MOTA COSTA RODRIGUES - REPR. PGE/PROFIS