

PROCESSO - A. I. Nº 299314.0902/15-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SANSUY S/A. - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS
RECORRIDOS - SANSUY S/A. - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0135-03/17
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/08/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0195-12/18

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Reduzida multa para 1%, consoante alteração promovida pelas Leis nº 13.461/15 e 13.816/17 no inciso IX, do Art. 42, da Lei nº 7.014/96, com a adoção da retroatividade benigna, nos termos da alínea “c”, inciso II do Art. 106 do CTN. Contribuinte não logrou êxito em elidir a acusação fiscal. Mantida a exigência fiscal. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE SAÍDA DE MERCADORIA PARA NÃO CONTRIBUINTE. Estando o destinatário localizado em outro Estado e não sendo contribuinte do ICMS, a alíquota aplicável é a prevista para as operações internas. Infração subsistente. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA APURAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. É devida a inclusão do IPI na base de cálculo referente às vendas interestaduais para consumidor final. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, com redução da multa aplicada na Infração 1, lavrado em 30/09/2015, para exigir crédito tributário no valor de R\$2.051.056,24.

O Recurso de Ofício abrange somente a Infração 1, enquanto o Recurso Voluntário engloba todas as infrações descritas a seguir:

Infração 01 - 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a abril e junho a dezembro de 2012 e janeiro a dezembro de 2013. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias, prevista no Art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, totalizando R\$155.294,44. Infração julgada procedente, com redução da multa para 1%.

Infração 02 - 03.02.07 - Recolhimento a menos do ICMS em razão de vendas de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$1.270.138,41, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração julgada procedente.

Infração 03 - 03.01.09 - Recolhimento a menos do ICMS em decorrência da não inclusão do IPI na base de cálculo do imposto a consumidor final, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$625.623,39, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração julgada procedente.

A 3ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0135-03/17 (fls. 455 a 470), com base no voto do Relator de primeiro grau, a seguir transcrito:

“O presente Auto de Infração é constituído de três itens: entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal - infração 01; recolhimento a menos de ICMS em razão de

venda de mercadorias a não contribuintes do imposto localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual - infração 02 e recolhimento a menos de ICMS em decorrência da não inclusão do IPI na base de cálculo do imposto, quando da venda de mercadorias a consumidor final em operações interestaduais - infração 03.

Inicialmente cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada em relação à autuação, quanto aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, inclusive, sob o argumento de que os autuantes não indicaram o motivo pelo qual entenderam que os destinatários das mercadorias eram não contribuintes do ICMS.

No tocante aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, verifico também que não tem amparo fático ou jurídico os argumentos defensivos. Inexiste nos autos qualquer violação ao princípio da legalidade. A acusação fiscal afigura-se exposta com clareza e alicerçada em fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveram as infrações, fundamentando-as com o devido enquadramento legal e a indicação dos documentos e demonstrativos específicos, bem como de seus dados e cálculos, explicitado a origem dos valores apurados.

Depois de examinar os elementos que compõem a acusação fiscal atinente às Infrações 02 e 03, constato que não deve prosperar a pretensão do autuado, haja vista que os extratos de consulta pública ao SINTEGRA e ao Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica acostados ao processo, fls. 59 a 93, comprovam que os destinatários das mercadorias eram empresas do ramo de impressão de material para uso publicitário, comunicação visual, seguradoras, incorporação de empreendimentos imobiliários, serviços de organização de feiras, locação de galpões e equipamentos, projetos e execução de limpeza urbana etc., confirmando, portanto, que tais clientes não são contribuintes do ICMS.

Ademais, como bem observado pelos autuantes na informação fiscal, o fato de uma pessoa jurídica estar inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) não quer dizer que ela seja obrigatoriamente contribuinte do ICMS, haja vista que a legislação tributária prevê situações em que determinadas empresas poderão se inscrever no CAD-ICMS apesar de não ser contribuinte do referido imposto estadual.

Assim, afasto a preliminar de nulidade, por não vislumbrar nos autos qualquer violação ao princípio do devido processo legal, eis que foi observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como constato que não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Rejeito o pedido de revisão a ser efetuado por Estranho ao Feito formulado pelos autuantes, tendo em vista que os elementos constantes do processo são suficientes para formar a convicção dos julgadores, conforme disposto no art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF-BA/99.

No mérito à infração 01, cuida de entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, consoante demonstrativo de apuração, fls. 16 a 22.

Na impugnação, o autuado sustentou as mercadorias listadas nas notas fiscais autuadas não ingressaram em seu estabelecimento, pelo fato do emitente ter errado na emissão de algumas dessas notas fiscais e emitido novas notas fiscais em substituição para corrigir o erro com o intuito de corrigir a operação realizada.

Ao prestarem informação fiscal os autuantes sustentaram que depois de examinar as notas fiscais indicadas pelo autuado constatarem que nenhuma das notas fiscais arroladas pela defesa às fls. 121 e 122, encontram-se escrituradas e as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal constam no sistema de notas fiscais eletrônicas como “Autorizadas”.

Depois de examinar as peças que compõem esses itens da autuação verifico que assiste razão ao autuante, uma vez que todas as notas fiscais elencadas no levantamento fiscal, efetivamente, não foram registradas e constam como “Autorizadas”. Resta também comprovado nos autos que nas notas fiscais indicadas pelo Impugnante como tendo sido emitidas pelos remetentes para corrigir os equívocos não constam indicação alguma que as vincule às notas fiscais arroladas no levantamento fiscal. Portanto, inservíveis para elidir a acusação fiscal.

Nestes termos, ante a falta de comprovação inequívoca pelo Autuado de que as mercadorias discriminadas nas notas fiscais por ele indicadas em sua defesa não ingressaram em seu estabelecimento, considero caracterizado o cometimento desse item da autuação.

Entretanto, no que diz respeito à multa sugerida prevista no inciso IX, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, saliento que, consoante alteração do, através da Lei nº 13.461 de 10/12/2015, publicada no DOE de 11 dez 2015, o percentual de 10% da multa anteriormente estabelecido foi reduzido para 1%, in verbis:

“Art. 42.

[...]

IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;”

Por se tratar de multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme a disposição prevista na alínea “c”, inciso II do art.106 do CTN, entendo ser cabível a aplicação à infração 03 a retroatividade benigna preconizada no referido dispositivo legal, in verbis:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

[...]

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

[...]

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

*Assim, na Infração 01 deve ser aplicada multa de 1% sobre as notas fiscais que tratam de mercadorias tributáveis, conforme discriminadas no demonstrativo às fls. 72 a 80, remanescendo o débito total no montante de **R\$15.529,44**, sendo os valores nas respectivas datas de ocorrência: [365,30 - 01/2012; 1.117,33 - 02/2012; 6,13 - 03/2012; 112,392 - 04/2012; 100,60 - 06/2012; 139,47 - 07/2012; 191,68 - 08/2012; 346,66- 09/2012; 433,13 - 10/2012;3.956,97 - 11/2012; 297,74 - 12/2012; 288,24 - 01/2013; 57,37 - 02/2013; 130,64 - 03/2013; 486,99 - 04/2013; 9.918,71 - 05/2013;108,01 - 06/2013; 555,91 - 07/2013; 252,44 - 08/2013; 152,90- 09/2013; 57,02 - 10/2013; 641,22 - 11/2013 e 840,40 - 12/2013].*

Nestes termos, fica mantida a Infração 01, com a retificação da multa para 1%.

As Infrações 02 e 03 referem-se a recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota na venda de produtos da autuada para não contribuintes do imposto situados em outra unidade da Federação, e a falta de inclusão do IPI, referente a estas vendas, na composição das respectivas bases de cálculos do imposto, respectivamente.

Ao tratar do mérito das infrações 02 e 03, o Autuado se eximiu do cometimento desses itens da autuação sustentando que os destinatários das mercadorias eram contribuintes do ICMS, conforme os documentos que acostou aos autos, sob o argumento de que nas datas em que foram realizadas suas operações, tendo em vista que possuíam inscrição estadual em seus Estados.

Os autuantes rebateram o argumento defensivo informando ter constatado durante a ação fiscal que os adquirentes interestaduais dos produtos da autuada são prestadores de serviços e não contribuintes do ICMS, apesar de possuírem inscrição estadual.

Examinando esses documentos, fls. 149 a 208, verifico que não logram comprovar a condição de contribuinte, pois: o de fl. 341 trata-se de uma declaração emitida pelo próprio destinatário; os de fls. 342 a 345, que já tinham sido acostados ao processo pelos autuantes, apenas atestam que os destinatários são prestadores de serviços gráficos, desenvolvimento de pesquisa/experiências (ciência físicas e naturais), publicidade, marketing, construtoras, compra/venda/avaliação de imóveis, filmagens, seguradora, de comunicação visual, aluguel de máquinas e equipamentos.

Logo, o ponto central da questão ora em lide é identificar se as vendas realizadas tiveram como destinatários empresas contribuintes ou não do ICMS.

Verifico às fls. 44 a 58 está contido o demonstrativo do levantamento fiscal da Infração 02 relacionando todas as notas fiscais, uma a uma, onde se verificam as saídas com ICMS destacado a menos por tratar-se de vendas a não contribuintes. Às fls. 59 a 93 estão apensadas cópias de extratos da Receita Federal, que registram o cadastramento das empresas destinatária das mercadorias comercializadas pela autuada, não deixando dúvidas que a atividade desenvolvida por estas empresas é de prestação de serviços, se confirmando, portanto, que tais clientes não são contribuintes do ICMS.

Assim, não sendo a atividade fim das empresas adquirentes interestaduais dos produtos da Impugnante de habitual comercialização, resta patente que as operações não implicam fato gerador do ICMS, portanto, não podem ser caracterizadas como contribuintes deste imposto. A exemplo dos serviços de propaganda e publicidade estão definidos no item 85 da lista de serviços do Decreto-Lei 408/86, sem qualquer ressalva de incidência do ICMS, situação que impõe a incidência do imposto sobre serviços consoante estabelece o §1º do art. 8º do referido Decreto.

No tocante à infração 03, resta patente que nas operações em questão resta indubitoso que o IPI integra a base calculo nas operações interestaduais destinadas a não contribuinte do imposto, como se depreende da alínea “c” do art. 1º do art. 17 da Lei 7.014/06, in verbis:

“§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso VI do caput deste artigo:

[...]

c) o valor do IPI nas saídas efetuadas por contribuinte do imposto federal com destino a consumidor ou usuário final, a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza não considerado contribuinte do ICMS, ou para uso, consumo ou ativo imobilizado de estabelecimento de contribuinte.”

Ante ao exposto, entendo que a alíquota aplicável nestas operações é 17% e não 12%, como também é devida a inclusão do IPI nas respectivas bases de cálculo, portanto, confirmo os valores lançados originalmente para estas infrações.

Concluo pela subsistência das Infrações 02 e 03.

Em relação ao argumento do Autuado de ser a multa aplicada excessiva, confiscatória e desproporcional, em face na inexistência de dolo, fraude ou simulação e falta de pagamento de ICMS, saliento que aplicação da multa decorrente da autuação, é consequência das irregularidades cometidas pelo Impugnante, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que a falta de intenção deliberada e de não ter agido com má fé no procedimento que resultou na omissão de escrituração na escrita fiscal, ora em lide, a ausência de dolo, como quis aduzir o sujeito passivo em sua impugnação, não tem o condão de isentá-lo do cometimento da infração.

Quanto às considerações acerca da desproporcionalidade da multa, bem como acerca do pedido de sua redução, em relação à Infração 01, é importante que se diga que essa Junta de Julgamento Fiscal somente pode fazê-lo, na medida em que a infração não tenha implicado em falta de recolhimento do imposto, o que não restou comprovado nos presentes autos, nos termos do art. 158 do RPAF-BA/99, aprovado pelo Dec. 7.629/99, cujo texto vai abaixo reproduzido.

“Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.”

No tocante às Infrações 02 e 03, considerando o fato de que houve descumprimento de obrigação principal, esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

A 3ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 480 a 503), nos termos do Art. 169, I, “b”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011, no qual alegou que o Auto de Infração não respeitou os parâmetros legais, omitindo-se quanto aos motivos que fizeram os Autuantes entenderem que os destinatários das mercadorias não são contribuintes do ICMS, motivo suficiente para restar evidenciada a nulidade do lançamento, em conformidade com o Art. 18, II, do RPAF/99.

Disse que, no tocante à Infração 1, as mercadorias listadas nas notas fiscais autuadas efetivamente não ingressaram no estabelecimento, como se pode inferir dos documentos acostados, tendo listado as notas fiscais emitidas em duplicidade, uma vez que tratam da mesma mercadoria e idêntico valor, sendo que as novas notas fiscais emitidas – estas, sim, de forma correta – foram devidamente registradas na escritura fiscal.

Afirmou que algumas mercadorias sequer ingressaram, enquanto que outras tiveram a nota fiscal substituída, rogando que seja declarada a improcedência deste item do Auto de Infração.

Aduziu que os Autuantes, assim como a 3ª Junta de Julgamento, descartaram as declarações realizadas pelos próprios contribuintes adquirentes das mercadorias vendidas, fato este que enseja patente cerceamento de defesa, em especial porque a infração não restou devidamente caracterizada.

Ensinou que a única referência para definir um contribuinte é o cadastro de contribuintes de ICMS de cada Estado, pois se o fisco de destino concedeu a inscrição estadual para uma determinada empresa isto ocorreu porque no entendimento dele, o fisco, a condição de contribuinte está presente, transcrevendo os Arts. 4º, da Lei Complementar nº 87/96, e 36 do RICMS/BA, que possuem hipóteses objetivas para enquadramento de pessoas físicas ou jurídicas como contribuintes.

Acrescentou que a concessão de inscrição segue algumas formalidades que inclui, até mesmo, a vistoria ao estabelecimento do contribuinte, e que estes cadastros são atualizados frequentemente, inclusive através das informações econômico-fiscais apresentadas pelos contribuintes, ou seja, a condição de contribuinte é continuamente verificada pelas Secretarias de Fazenda e Finanças de cada Estado da Federação.

Argumentou que não há como o fornecedor de uma mercadoria identificar, dentre milhares de clientes, quais deles efetuam operações de circulação de mercadorias com habitualidade ou com intuito comercial, sendo impossível que seja efetuado um acompanhamento junto a todos os clientes de forma a precisar aqueles que não são contribuintes.

Ressaltou que os Cadastros Estaduais são documentos públicos e gozam de eficácia normativa, em última análise, por decorrência do Art. 19, II, da Constituição Federal, sendo que a presunção de veracidade de que as empresas que adquiriram as mercadorias são contribuintes, somente poderia ser contestada pelos Autuantes, ou melhor, pelo próprio Estado da Bahia, se existissem provas robustas em sentido contrário, e não simplesmente por meio de ato unilateral.

Citou doutrina de eminentes juristas e julgados do TJ/MG e do TJ/PE, e disse estar plenamente demonstrado que efetuou vendas para empresas regularmente inscritas no cadastro de contribuintes do ICMS de outras Unidades da Federação, sendo certo, também, que os espelhos obtidos junto à Receita Federal, e o próprio CNAE constante das aludidas empresas, demonstram por si só e de forma cabal que as mercadorias foram efetivamente transferidas para empresas contribuintes.

Asseverou que, conforme o REsp 796.992-SP, Rel. Ministro Luiz Fux, não compete ao vendedor a fiscalização dos atos daqueles com quem negocia, o que é atribuição do fisco e não do particular, e que a autuação foi efetuada apenas por indícios, não merecendo prosseguir, revelando arbítrio do ente fiscalizador, pois vai de encontro aos preceitos do “Estatuto do Contribuinte”, regularmente instituído no Capítulo I, do Título II, da Constituição Federal Brasileira, através do qual se limitou o exercício das competências tributárias das pessoas políticas.

Pediu que seja revertida a decisão da 3ª Junta de Julgamento, no sentido de ser decretada a nulidade antes arguida, ou, se não for acolhida, que seja declarada a improcedência desta Infração 01, uma vez que o recolhimento realizado se deu em consonância com a alíquota interestadual, a qual, como visto, deve ser aplicada nas operações interestaduais realizadas entre contribuintes.

Declarou que a Infração 3 decorre diretamente da Infração 02, pois os Autuantes entenderam que a empresa efetuou vendas interestaduais para não contribuintes do imposto e que por este motivo o IPI deveria ter sido incluído na base de cálculo do ICMS.

Explicou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que, nos termos do Art. 155, §2º, XI, da Constituição, não se inclui o IPI na base de cálculo do ICMS na hipótese em que a operação relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização for realizada entre contribuintes e configure fato gerador dos dois impostos.

Pediu também que seja declarada a total improcedência desta Infração.

Lecionou que, embora a multa de 60% tenha sido arbitrada de forma regular, nos termos da Lei nº 7.014/96, o cálculo do seu valor, com base no Art. 42, II, “a”, ofende o princípio da vedação do confisco previsto no Art. 150, IV, da Constituição Federal, fato que impõe a sua imediata redução.

Requeru a improcedência do Auto de Infração, em consonância com os fatos e argumentos trazidos em seu Recurso, e, em atenção ao princípio da eventualidade, que seja aplicado o princípio da vedação ao confisco, com a respectiva redução da multa de 60% imposta no Auto de Infração, por não ter sido provado no Processo Administrativo Fiscal o cometimento de qualquer ato tipificado como fraude.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão que julgou pela Procedência em Parte do presente Auto de Infração, sendo que o Recurso de Ofício abrange a Infração 1, enquanto o Recurso Voluntário alcança todas as Infrações 1 a 3.

O Recurso de Ofício é pertinente tendo em vista que o julgamento de 1ª instância desonerou o presente Auto de Infração em R\$207.958,66, conforme extrato (fl. 472).

A citada desoneração disse respeito à multa aplicada prevista no inciso IX, do Art. 42, da Lei nº 7.014/96, alterada pelas Leis nº 13.461/15 e 13.816/17, sendo reduzido o percentual de 10% da multa anteriormente estabelecido para 1%, conforme transcrito abaixo:

“Art. 42.

...
IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;”

Por se tratar de multa, conforme disposto no Art. 106, II, “c”, do CTN, é cabível a aplicação da sua retroatividade benigna prevista no referido dispositivo legal, *in verbis*:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

...
II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

...
c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a decisão recorrida que reduziu a multa indicada na Infração 1 para R\$15.529,44, correspondente a 1% do valor das entradas omitidas.

Passo então a analisar o Recurso Voluntário, que abrange toda a autuação.

Inicialmente, foram arguidas duas nulidades. A primeira nulidade, calcada no Art. 18, II, do RPAF/99, que trata da preterição do direito de defesa, não se sustenta, já que todos os demonstrativos foram entregues ao Autuado, não houve nenhuma supressão de prazo de defesa e as infrações e penalidades estão sustentadas por dispositivos legais e regulamentares. O argumento de que os julgadores de 1ª instância entenderam que os documentos acostados ao processo foram insuficientes para comprovar que os destinatários das mercadorias eram contribuintes do ICMS não se refere a nulidade, mas ao mérito das Infrações 02 e 03, o qual será ainda analisado.

Quanto à segunda nulidade, em relação às Infrações 2 e 3, embasada no Art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, sob a alegação de que o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, as infrações, também não há como prosperar. As Infrações 2 e 3, e suas penalidades, conforme já explicado, estão sustentadas por dispositivos legais e regulamentares, e o questionamento suscitado também se aplica ao mérito, ainda a ser analisado.

Assim, não há nenhuma transgressão ao Princípio da Legalidade, sendo rejeitadas as arguições de nulidade.

No tocante ao mérito da Infração 1, verifico que as notas fiscais relacionadas no demonstrativo elaborado pelos Autuantes não foram registradas e constam como “Autorizadas”, sendo que nas notas fiscais apontadas pelo Autuado como tendo sido emitidas pelos remetentes para correção de equívocos, não consta indicação alguma que as relacione às notas fiscais arroladas no levantamento fiscal, apenas a semelhança entre valores e quantidades.

Portanto, como não há comprovação inequívoca de que as mercadorias discriminadas nas notas fiscais não ingressaram em seu estabelecimento, está caracterizada a Infração 01, com a já analisada redução da multa para 1% do valor das mercadorias omitidas.

A Infração 2 acusa o recolhimento a menos de ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual, e a Infração 3 o recolhimento a menos de ICMS em decorrência da não inclusão do IPI na base de cálculo do imposto, quando da venda de mercadorias a consumidor final em operações interestaduais.

Apesar de infrações diferentes, ambas possuem a mesma discussão, ou seja, a lide resiste no seguinte questionamento: os destinatários são contribuintes ou não do ICMS?

Examinando os elementos que compõem a acusação fiscal atinente às Infrações 2 e 3, constato que não deve prosperar a pretensão do Autuado, haja vista que os extratos de consulta pública ao SINTEGRA e ao Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica acostados ao processo comprovam que os destinatários das mercadorias não são contribuintes do ICMS (fls. 59 a 93 e 340 a 419), mas empresas dos ramos de impressão de material para uso publicitário, construtoras, comunicação visual, seguradoras, incorporação de empreendimentos imobiliários, serviços de organização de feiras, locação de galpões e equipamentos, execução de limpeza urbana, entre outros não contribuintes, até a Rede Globo de Televisão e a Secretaria de Recursos Hídricos do Estado do Ceará.

Ressalto que, não obstante a concessão de inscrição estadual colocar algumas dessas empresas aptas a serem contribuintes deste imposto, não significa que de fato o são. O que caracteriza o contribuinte do ICMS não é propriamente a sua inscrição estadual e sim que realize com habitualidade operações de comercialização ou em volume que caracterize intuito comercial. Ademais, a inscrição estadual tem como outra finalidade a de que o contribuinte não seja considerado clandestino.

Saliento ainda que esta é uma infração recorrente cometida pelo Autuado, considerada procedente conforme os Acórdãos CJF nº 0195-13/13, 0236-11/13 e 0108-12/14.

Especificamente em relação à Infração 03, resta patente que, nas operações em questão, resta indubitoso que o IPI integra a base de cálculo nas operações interestaduais destinadas a não contribuinte do imposto, como se depreende da alínea “c” do inciso II do §1º do Art. 17 da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

“§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso VI do caput deste artigo:

*...
II - o valor correspondente a:*

*...
c) o valor do IPI nas saídas efetuadas por contribuinte do imposto federal com destino a consumidor ou usuário final, a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza não considerado contribuinte do ICMS, ou para uso, consumo ou ativo imobilizado de estabelecimento de contribuinte.”*

Ante ao exposto, entendo que a alíquota aplicável nestas operações é 17% e não 12%, como também é devida a inclusão do IPI nas respectivas bases de cálculo, portanto, confirmo os valores lançados originalmente para estas infrações.

Portanto, mantenho a decisão recorrida que julgou procedente as Infrações 2 e 3.

Em relação às alegações de inconstitucionalidade da Legislação Tributária Estadual, é importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da referida legislação, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o Art. 167, I, do RPAF/99.

Quanto ao pedido de redução da multa aplicada no percentual de 60% do valor das Infrações 02 e 03, não há como atender ao solicitado, visto que se trata de multa por descumprimento de obrigação principal, não cabendo a aplicação do Art. 158 do RPAF/99.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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** o Auto de Infração nº **299314.0902/15-3**, lavrado contra **SANSUY S/A. - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.895.761,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de **R\$15.529,44**, prevista no inciso IX, do mesmo artigo e lei já citados, reduzida por força da alteração do percentual consoante alteração promovida pelas Leis nºs 13.461/15 e 13.816/17, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de junho de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS