

PROCESSO - A. I. Nº 206987.0138/03-9
RECORRENTE - GONZALEZFERREIRA COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0361-02/04
ORIGEM - INFRAZ ITABERABA
INTERNET - 31.01.05

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0376-12/04

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. INIDÔNEAS. EMITENTE COM INSCRIÇÃO CADASTRAL CANCELADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Vencido o relator na preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 23/12/2003, e reclama o valor de R\$ 26.592,88, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados e aberto, relativamente a GASOLINA, ÁLCOOL E DIESEL, conforme demonstrativos e documentos às fls. 8 a 33, 35, e 46 a 118, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente, sem a respectiva escrituração, relativamente a 3.544,40 litros de Diesel no exercício de 2001 e 6.377,70 de litros de Gasolina e 3.217,60 litros de Diesel no exercício de 2002, sendo aplicada as multas nos valores de R\$ 40,00 e R\$ 50,00, por descumprimento de obrigação acessória.
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 3.189,33, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.
3. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária.
4. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 8.255,65, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal.
5. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, no valor de R\$ 4.278,10, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.
6. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 9.066,85, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria sujeita a substituição tributária (Álcool Hidratado) com documentação fiscal inidônea.

O sujeito passivo impugnou cada infração com base no seguinte.

Infração 1 – Alega que as diferenças se referem a sobras e/ou perdas em consequência da evaporação e medição sempre a mais pelos frentistas em percentual equivalente ao permitido pela legislação, conforme consta no Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC.

Infração 2 – Diz que não foram consideradas no levantamento das entradas as Notas Fiscais nºs 031659, 044864 e 5225, as quais, alega que apesar de se destinarem à empresa Bastos Ferreira, pertencente aos mesmos sócios, a mercadoria (álcool) foi descarregada e utilizada pelo estabelecimento, conforme RE e LMC anexado ao Recurso Voluntário (fls. 131 e 139).

Infração 3 – Salienta que este item deixa de existir em razão do mesmo ser uma consequência do item 2.

Infração 4 – Alega que também não foram consideradas no levantamento das entradas as Notas Fiscais nºs 051148, 051113 e 051167, correspondentes a 5.000 litros de Diesel e 15.000 litros de Gasolina, conforme RE e LMC anexado ao Recurso (fls. 145 a 154).

Infração 5 – Argumenta que este item deixa de existir em razão do mesmo ser uma consequência do item 3.

Infração 6 – O autuado argui a improcedência da autuação, e diz que para provar sua boa-fé, no sentido de que as Notas Fiscais nºs 5256, 4853, 4872 e 4899 não são inidôneas, anexou a sua peça de defesa, extratos bancários, canhotos de cheques, cheques microfilmados e registro das citadas notas fiscais correspondentes a pagamentos efetuados à empresa Sampaio Comercial de Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda que estava com sua inscrição cancelada (docs. fls. 156 a 182). Aduz que a responsabilidade sobre a situação cadastral do contribuinte é da SEFAZ, ressaltando que é muito comum ser cancelada a inscrição do contribuinte em um dia, e no mesmo dia reativar empresas que estão funcionando, e que não lhe cabe a responsabilidade solidária incidente na aquisição de mercadoria junto a contribuinte em situação irregular, por entender que a substituição tributária deve ser atribuída à citada empresa, que sempre forneceu Álcool com autorização da repartição fazendária. Argumenta ainda que não cabe a obrigação de verificar a regularidade da empresa, mas sim, aos prepostos de mercadorias em trânsito, e afirma que em 23/10/2002, de acordo com o SINTEGRA, a empresa estava em perfeita regularidade cadastral.

Por fim, requer a improcedência total do Auto de Infração.

O autuante presta sua informação fiscal às fls. 184 a 185, e no tocante ao exercício de 2001, acata a alegação defensiva quanto à inclusão da Nota Fiscal nº 031659 de 20/06/01 referente à aquisição de 5.000 litros de Gasolina, que não foi computada no levantamento das entradas. Por conta disso, informa que na infração 04.05.03 deve ser aplicada a multa fixa de R\$ 50,00; que na infração 04.05.08 o débito do imposto normal fica reduzido para R\$ 49,62 e na infração 04.05.09, referente ao imposto antecipado, para o valor de R\$ 15,73.

Com relação ao exercício de 2003, concorda que também devem ser consideradas as Notas Fiscais nºs 051148, 051113, 51167, 51153 e 51149 (15.000 litros de Gasolina e 7.500 litros de Diesel), resultando na modificação do débito para os valores: infração 04.06.03 – multa fixa de R\$ 50,00; infração 04.06.09 = ICMS normal de R\$ 72,17; e infração 04.06.10 = ICMS antecipado de R\$ 22,87.

Quanto às infrações relativas ao exercício de 2002, o preposto fiscal salienta que as mesmas ficam inalteradas.

Conforme consta às fls. 187 e 188, o contribuinte foi intimado a comparecer à INFRAZ de Itaberaba para tomar conhecimento da informação fiscal, porém não se manifestou. Considerando que não há nos autos prova da entrega de uma cópia da referida informação fiscal, esta Junta de Julgamento Fiscal na Pauta Suplementar do dia 15/06/2004, decidiu converter o processo em diligência a INFRAZ de origem para que o autuante trouxesse aos autos os demonstrativos e levantamentos retificados por ocasião de sua informação fiscal.

O autuante em nova informação fiscal apresentou os demonstrativos dos débitos após as retificações efetuadas, concluindo que:

Infração 1 – 04.05.03 – Fica mantida a multa fixa de R\$40,00 pela omissão de saídas de Gasolina e Óleo Diesel.

Infração 2 – 04.05.08 – Permanece inalterado o débito de Álcool apurado às fls. 10 e 11 no exercício de 2001, no total de R\$ 49,62 e R\$2.352,39 relativo a Álcool em 2002.

Infração 3 – 04.05.09 - Permanece inalterado o débito de Álcool apurado à fl. 21, no total de R\$ 15,73.

Infração 4 – 04.06.09 – Fica modificado o débito de Gasolina e de Diesel para omissão de saídas, aplicando-se a multa fixa de R\$50,00. Permanece inalterado o débito de Álcool apurado à fl. 31, no total de R\$ 72,17.

Infração 5 – 04.06.10 - Permanece inalterado o débito de Álcool apurado à fl. 30, no total de R\$ 22,87.

Infração 6 – 04.05.88 - Permanece inalterado o débito no total de R\$ 9.066,85.

Intimado pela repartição fazendária a tomar conhecimento dos termos da informação fiscal (docs. fls. 197 e 198), o autuado interpôs novo Recurso às fls. 200 a 215, aduzindo o seguinte:

Infração 1 – 04.05.03 - Sustenta mais uma vez que não houve omissão de saídas, e que a diferença apurada se refere à evaporação e medição a mais praticada pelos frentistas, ressaltando a desnecessidade de emitir nota fiscal, por entender que o percentual, da ordem de 0,2%, é aceito e permitido nesse ramo de atividade.

Infração 2 – 04.05.08 - – Diz que foi acatada a inclusão no ano de 2001 da Nota Fiscal nº 31659, resultando no débito de R\$49,62, e que esta diferença corresponde a evaporação do produto, salientando que mesmo que devida fosse ainda teria direito ao crédito fiscal, que requereu. Quanto ao exercício de 2002, diz que o autuante não a considerou por constar equivocadamente o nome da empresa Comercial de Combustíveis Bastosferreira, mas que o produto foi recebido e lançado no LMC. Sobre a Nota Fiscal nº 5225 sustenta que é devido a sua inclusão no levantamento. Conclui que se concedido o crédito fiscal sobre as duas últimas notas fiscais, o débito deste item ficaria reduzido para o total de R\$ 747,49.

Infração 3 – 04.05.09 – Discordou do resultado apurado no valor de R\$15,73, argumentando que esta infração se confunde com a anterior, em virtude do fato gerador ser o mesmo, e por já implícito na mesma.

Infração 4 – 04.06.09 – Aduz que a diferença apurada no total de R\$ 72,17, é decorrente de perdas/sobras fruto da evaporação dos produtos, e que se devida for deve ser deduzido o valor correspondente ao crédito fiscal.

Infração 5 – 04.06.10 – Diz que ao serem computadas as notas fiscais apontadas na defesa anterior, a diferença encontrada refere-se a perdas em razão da evaporação do produto.

Infração 6 – 04.05.88 – Alega que desconhecia à época da negociação que o emitente das Notas Fiscais nºs 5226; 4853; 4872 e 4899, Sampaio Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda, se encontrava com sua inscrição cancelada no cadastro de contribuinte da SEFAZ, deixando a entender que o controle da legalidade deve recair sobre o distribuidor da mercadoria na condição de responsável pela retenção e recolhimento do imposto.

Diz que a distribuidora dos produtos constantes nas notas fiscais se encontrava inscrita no cadastro da Secretaria da Fazenda desde 27/01/98, estava funcionando normalmente, cuja fase de tributação já estava encerrada na primeira operação, e que por se tratar de operação interna o adquirente fica isento de lançamento e pagamento do imposto, pois o responsável tributário é a distribuidora dos produtos, nos termos do artigo 512-A do RICMS/97.

Argumenta que tem direito ao crédito fiscal sobre as notas fiscais objeto da autuação em obediência ao princípio da não-cumulatividade, nos termos do artigo 155, § 2º, I, da CF/88, e no

artigo 124, do RICMS/97. Sobre esta questão citou o entendimento de renomados professores de direito tributário.

Ressalta que caso a exigência fiscal seja mantida requer seja considerado o crédito fiscal para fins de abatimento do imposto no cálculo da antecipação tributária por solidariedade, consoante está previsto no artigo 10, da Portaria nº 445/98, admitindo o débito no valor de R\$2.691,85 após a dedução dos créditos fiscais.

Salientou que a Nota Fiscal nº 5226 foi emitida em 23/10/2002, mesma data do cancelamento da inscrição do emitente, e que nesta data não estava disponível a consulta pública e ainda não tinha sido publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia o ato do cancelamento, razão por que entende que deve ser considerado idôneo o documento fiscal em obediência ao princípio da eventualidade.

Além disso, argui ainda, que a distribuidora adquiriu os produtos em outra Unidade da Federação, e que em virtude da não incidência do imposto, nas operações interestaduais com combustíveis (artigo 6º do RICMS/97), não pode ser considerado responsável tributário, pois o contribuinte substituto obrigado pela retenção e pagamento do imposto é a distribuidora.

Aduzindo que não agiu com dolo ou má-fé, o autuado considerou confiscatória a multa aplicada de 100%, e requereu que se mantida a exigência fiscal, seja aplicada a multa de 60%, prevista na alínea “d” do inciso II, do artigo 915, do RICMS/97.

Por fim, esperando sejam acatadas suas alegações defensivas, requer a procedência parcial do Auto de Infração.

Em seu voto o Relator diz que "*o fulcro da acusação fiscal de que cuida o item 01 é de omissão de saídas de mercadorias, sendo aplicada multas por descumprimentos obrigação acessória; e os itens 2 e 4 residem na responsabilidade do autuado como contribuinte solidário, por ter adquirido mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, desacompanhadas da documentação fiscal competente, enquanto que os itens 3 e 5 tratam de antecipação tributária sobre os mesmos produtos de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido da MVA, tudo conforme documentos e demonstrativos às fls. 6 a 33, e 43 a 118 dos autos. O débito foi apurado com base nas quantidades de entradas e de saídas de mercadorias sem os devidos registros fiscais e contábeis, detectado por meio de levantamento quantitativo de estoques em exercícios aberto e fechado, alusivo aos exercícios de 2001; 2002 e 2003 (01/01 a 16/10/2003), cujos números foram obtidos do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) e através dos documentos fiscais.*"

Afirma que o LMC é um livro obrigatório e a escrituração dos livros fiscais está prevista no artigo 319, do citado Regulamento, e deve ser efetuada com base nas operações ou prestações realizadas. Logo, o LMC constitui-se em um livro fiscal que reflete a movimentação das mercadorias do estabelecimento de determinado período.

Com relação à alegação de que parte das diferenças correspondem a sobras e/ou perdas em consequência da evaporação e medição a mais pelos frentistas, em percentual equivalente ao permitido pela legislação, entende que não há como acatar tal alegação, pois o autuado não trouxe aos autos qualquer prova nesse sentido, ressaltando-se que o trabalho fiscal foi realizado com base no que consta registrado no Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, o qual, reflete a real movimentação das mercadorias do estabelecimento, e se acaso tivesse erro de escrituração, caberia ao contribuinte trazer aos autos as respectivas provas.

Quanto à alegação da falta de inclusão de notas fiscais constantes no quadro abaixo no levantamento das entradas, observa que o autuante não concordou que as Notas Fiscais nºs 44864 e 5225 deveriam ser consignadas no levantamento das entradas, mas, examinando a Nota Fiscal nº 44864, apesar de não estar escriturada no LMC, mesmo assim entende que realmente deve ser considerada no levantamento das entradas (doc. fl. 136). Quanto a Notas Fiscais nº 5225,

considera devida a sua inclusão, uma vez que independente da empresa fornecedora se encontrar cancelada, o documento fiscal serve de prova que o produto deu entrada no estabelecimento; portanto, todas as notas fiscais apontadas na defesa devem ser consignadas na auditoria de estoques.

Considerando que o autuante em sua informação fiscal às fls. 195 a 197 procedeu às retificações incluindo os documentos fiscais apontadas na defesa, sem levar em consideração as Notas Fiscais nºs 44864 e 5225, refaz os cálculos com todas notas fiscais acima.

Acrescenta que, nestas circunstâncias, as exigências fiscais dos itens 2, 3, 4 e 5 ficam modificadas para os valores constantes nos demonstrativos abaixo, cujos débitos calculados com base na Portaria nº 445/98, em virtude de diferenças de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, resulta no imposto devido pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (art. 39, V, do RICMS/97), além do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo apurado em função do valor acrescido da respectiva MVA, ressalvando que todas as perdas e/ou evaporação escriturados no Campo 8 do LMC foram consideradas na auditoria de estoques, e o autuado não trouxe aos autos prova documental de que as diferenças apuradas se referem a perdas e/ou evaporação não registradas.

INFRAÇÕES 2 e 3

EXERC.	PRODUTO	DIF ^a A	PUM B	B.C. NORM. C=(Ax B)	MVA (%) D	BC ANTEC. E=(Cx D)	ALIQ. F	ICMS NORM G=(Cx F)	ICMS ANT. H=(Ex F)
2001	ÁLCOOL	223,03	0,8900	198,50	23,28	46,21	25	49,62	11,55
2002	ÁLCOOL	821,47	1,1900	977,55	31,69	309,79	27	263,94	83,64
IMPOSTO DEVIDO								313,56	95,19

INFRAÇÕES 4 e 5

EXERC.	PRODUTO	DIF ^a A	PUM B	B.C. NORM. C=(Ax B)	MVA (%) D	BC ANTEC. E=(Cx D)	ALIQ. F	ICMS NORM G=(Cx F)	ICMS ANT. H=(Ex F)
2003	ÁLCOOL	351,70	0,7600	267,29	31,69	84,70	27	72,17	22,87
IMPOSTO DEVIDO								72,17	22,87

Quanto à omissão de saídas constatada nos exercícios de 2001 e 2002, diz que, embora tenham sido lançados os valores de R\$ 40,00 e R\$ 50,00, e tendo em vista que no exercício de 2003 também ocorreu omissão de saídas, tais valores devem ser modificados, aplicando-se pelo citado descumprimento de obrigação acessória, correspondente à falta de emissão de documentos fiscais, apenas o valor de R\$ 50,00, conforme previsto no artigo 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96 alterada pela Lei nº 8.534/00, ressaltando-se que não há como acatar a alegação defensiva de que a omissão de saídas é decorrente da evaporação e medição a maior praticada pelos frentistas, pois o trabalho fiscal está baseado nas quantidades escrituradas pelo estabelecimento no LMC, no qual todas as ocorrências inerentes a perdas e/ou evaporação devem estar registradas no referido livro.

Finalmente, quanto à infração 06, observa que, embora não conste a descrição do fato no Auto de Infração, porém, isto não causou qualquer prejuízo a ampla defesa, tendo em vista que o autuante prestou os esclarecimentos necessários na informação fiscal, e o autuado entendeu perfeitamente que a acusação fiscal faz referência à responsabilidade solidária pela antecipação tributária, por ter adquirido mercadorias através de documentos fiscais inidôneos, referente à aquisição de ÁLCOOL através das Notas Fiscais nºs 5226 (5.000L); 4853 (5.000L); 4872 (5.000L) e 4899 (5.000L), emitidas em 23/10/02; 01/04/03; 14/04/03; e 28/04/03, respectivamente, por Sampaio Comercial Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda, IE nº 47.978.681-NO, cancelada em 23/10/02 e sem registro na ANP, conforme documento à fl. 36.

Nas operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária por antecipação, a responsabilidade tributária pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, é do contribuinte alienante, exceto no caso de já tê-las recebido com o imposto antecipado (art. 353, I, do RICMS/97).

Neste caso, de acordo com o que consta no SIDAT, em 16/09/2002 o contribuinte foi intimado para cancelamento, e em 23/10/2002 teve sua inscrição cadastral cancelada, conforme editais publicados no Diário Oficial do Estado, e nessa condição, de acordo com o artigo 209, inciso VII, alínea “b”, do RICMS/97, os documentos fiscais citados a partir da data da intimação para cancelamento são inidôneos.

Desse modo, tendo em vista que o emitente dos documentos fiscais se encontrava cancelado no cadastro de contribuintes, não há como se aplicar a norma prevista no artigo 356, do RICMS/97, pois não existindo prova que ocorreu o pagamento do ICMS por antecipação, não há como se considerar desoneradas de tributação as operações internas, ficando o autuado solidariamente responsável pelo pagamento do imposto devido por antecipação correspondente à mercadoria adquirida de contribuinte se encontrava com sua situação irregular no cadastro fazendário (art. 39, V, RICMS/97). Subsiste a infração, sendo devido o imposto no valor de R\$ 9.066,85.

Quanto à comprovação do pagamento das notas fiscais apresentadas na defesa, observa que esta reforça a aquisição da mercadoria através das notas fiscais inidôneas, não modificando em nada o fulcro da autuação.

Assim, subsiste a infração, não merecendo qualquer modificação no cálculo do débito constante à fl. 34, eis que o valor lançado no demonstrativo de débito contempla o imposto normal de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, mais o ICMS substituído calculado em função do valor acrescido. Quanto à multa por descumprimento da obrigação principal, no percentual de 100%, não assiste razão ao sujeito passivo de que a multa deveria ser de 60%, em virtude da constatação de mercadorias acobertadas com documentos fiscais inidôneos, sendo a mesma aplicada corretamente nos termos do artigo 42, inciso IV, “b”, da Lei nº 7.014/96, não havendo porque considerá-la confiscatória.

Quanto aos créditos fiscais, observa que não é devido conceder os créditos fiscais no cálculo do débito neste processo, tendo em vista que a empresa emitente das notas fiscais se encontrava com sua inscrição cancelada, não havendo prova de que tenha ocorrido o recolhimento do imposto na operação anterior.

Vota pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor de R\$9.620,64.

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	Infração
16/10/03	09/11/03	-	-	-	50,00	1
31/12/01	09/01/02	198,50	25	70	49,62	2
31/12/02	09/01/03	977,55	27	70	263,94	2
31/12/01	09/01/01	62,90	25	60	11,55	3
31/12/02	09/01/02	309,79	27	60	83,64	3
16/10/03	09/11/03	267,29	27	70	72,17	4
16/10/03	09/11/03	84,70	27	60	22,87	5
14/04/03	09/05/03	9.020,77	27	100	2.435,61	6
28/04/03	09/05/03	9.086,59	27	100	2.453,38	6
23/10/02	09/11/02	6.386,96	27	100	1.724,48	6
01/04/03	09/05/03	9.086,59	27	100	2.453,38	6
TOTAL DO DÉBITO					9.620,64	

Em seu Recurso Voluntário o recorrente argui inicialmente “preliminar de nulidade da infração 6 - 04.05.88, à luz do Controle da Legalidade, considerando a falta de descrição do fato no Auto de Infração em discussão, conforme afirma o referido Acórdão, fl 8, que dificultou em muito a defesa”.

No mérito, diz haver demonstrado que as mercadorias objeto da ação fiscal foram adquiridas da empresa distribuidora que cita, sujeitas à substituição tributária e, por conseguinte, é ela o sujeito passivo por substituição, ficando a adquirente desobrigada do pagamento do imposto nas

operações subsequentes, considerando que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS é da distribuidora, nos termos do art. 512-A,I, “b”, 1º do RICMS.

Faz referência ao princípio da não cumulatividade e da boa-fé, já que seu estabelecimento fica no interior do estado, onde são precárias as condições de acesso à informática e ao Diário Oficial.

Contesta incidência do imposto considerando que as mercadorias foram adquiridas em operação interestadual e, por conseguinte, não há que se falar em antecipação tributária pelo responsável solidário, pois quando a mercadoria chegou a seu estabelecimento já havia sido encerrada a fase de tributação.

Finalmente, diz que a multa aplicada tem efeito confiscatório, considerando a capacidade contributiva da empresa, a ausência de dolo ou má-fé, e que as notas fiscais foram escrituradas no livro de entradas de mercadorias e movimentação de combustíveis.

Conclui dizendo que é um contribuinte idôneo, cumpridor de suas obrigações, acrescentando outras justificativas de ordem moral e formal, e pede pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, por entender que as infrações indicadas estão devidamente tipificadas e apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque, com fundamento no LMC. Com relação à multa, salienta que falece competência a este Conselho de Fazenda para apreciação do pedido de redução ou cancelamento, bem como acerca das matérias de natureza constitucional (caráter confiscatorio da multa e princípio de não-cumulatividade).

VOTO (VENCIDO QUANTO À PRELIMINAR NULIDADE)

Inicialmente, acato a preliminar de nulidade por falta de fundamentação legal, já que a alegada “*falta de descrição do fato da infração*” se sustenta, pois a infração não está claramente explicitada no Auto de Infração. Quanto à alegada constitucionalidade, falece competência a este Conselho de Fazenda para apreciar matérias de natureza constitucional, e, quanto ao pedido de redução de multa não estão presentes no processo os requisitos necessários ao seu atendimento.

No mérito, todos os argumentos expendidos no Recurso Voluntário foram exaustiva e detalhadamente enfrentados na Decisão recorrida, não trazendo o recorrente qualquer fato novo ou documento que possa ser considerado para revisão daquela Decisão. No que concerne à utilização do crédito fiscal decorrente da antecipação tributária, restou provado que a empresa emitente das notas fiscais se encontrava com a inscrição cancelada.

Por todas essa razões voto pelo IMPROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida.

VOTO VENCEDOR (QUANTO À PRELIMINAR DE NULIDADE)

Peço *venia* para discordar do ilustre relator do processo, pois a nulidade suscitada pelo contribuinte, em seu Recurso Voluntário, não se configurou. Ainda que não tenha constado no Auto de Infração, ou melhor, na via do Auto de Infração constante dos autos, a descrição dos fatos considerados infração à legislação tributária, inserida no item 6 da autuação, isto não impedi que o sujeito passivo elaborasse a sua defesa de mérito na 1ª Instância de julgamento. Da leitura da peça impugnatória apresentada à Junta de Julgamento Fiscal, inserida às fls. 121 e 122 do processo, consta que o contribuinte entendeu perfeitamente a infração que lhe foi imputada, inclusive fazendo a seguinte descrição do fato: “*refere-se esta infração, segundo demonstrativo de notas de compra ‘inidônea’ elaborado pelo nobre fiscal, às aquisições de álcool hidratado conforme Notas Fiscais nºs 5256; 4853; 4872 e 4899 sob a alegação da empresa, Sampaio Coml. de Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda, estava com a sua inscrição cancelada*”. Juntou o contribuinte à petição de defesa, cópias das notas fiscais, cheques e

extratos bancários visando comprovar a materialidade das operações. Em nova intervenção, às fls. 206 a 213 dos autos, o contribuinte voltou a se manifestar sobre o mérito da autuação relativamente ao item 6 do lançamento de ofício, sustentando a idoneidade das operações de compra e formulando pedidos de improcedência da exigência fiscal ou de concessão do crédito fiscal para abatimento do imposto devido no cálculo da antecipação tributária do álcool. Formulou também pedido de cancelamento ou redução da multa aplicada e protestou pela produção de todos os meios de prova em direito permitidos, inclusive com a juntada de documentos e diligências fiscais.

Portanto, a defesa de mérito foi plenamente efetuada na 1^a Instância de julgamento, assegurando-se ao contribuinte a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista as medidas saneadoras adotadas pelos julgadores da JJJ, de acordo com o despacho exarado à fl. 190 do processo. Inexistiu dessa forma prejuízo processual para a parte que alegou a nulidade da atuação, razão pela qual afasto a questão prejudicial suscitada pelo contribuinte.

No mérito acompanho o voto do Sr. relator, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo-se a Decisão da Junta de Julgamento que deliberou pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto a preliminar de nulidade, e unânime em relação ao mérito, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206987.0138/03-9, lavrado contra GONZALEZFERREIRA COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$9.570,64, acrescido das multas de 60% sobre R\$118,06; 70% sobre R\$385,73; e 100% sobre R\$9.066,85, previstas no art. 42, II, “d”, III e IV, “b”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além da multa no valor de R\$50,00, prevista no inciso XXII, do citado dispositivo legal.

VOTO VENCEDOR (Quanto À Preliminar de Nulidade): Conselheiros (as) César Augusto da Silva Fonseca, José Carlos Barros Rodeiro, Álvaro Barreto Vieira, Nelson Antonio Daiha Filho e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO (Quanto à Preliminar de Nulidade): Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de dezembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR (QT. À PRELIMINAR DE NULIDADE)

FAUZE MIDLEJ – RELATOR/VOTO (VENCIDO QT. À PRELIMINAR DE NULIDADE)

SYLVIA MARIA AMOÉDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS