

PROCESSO	- A. I. Nº 1408440008/03-0
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- CUNHA COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (EDNALDO LOPES DA CUNHA & CIA. LTDA. – POSTO AVENIDA)
RECURSO	- REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM	- INFAS SERRINHA
INTERNET	- 04/10/2007

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0347-12/07

**EMENTA:** ICMS. CERCEAMENTO DO DIREITO A AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. Representação proposta com base no art. 114, II, RPAF, em função do não fornecimento ao contribuinte de informações imprescindíveis para que se inteirasse sobre qual o critério utilizado para apuração da base de cálculo. Representação ACOLHIDA. Decisão não unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Representação da Procuradoria da Fazenda no sentido de ser anulado o lançamento de ofício.

Os srs. procuradores apresentam inicialmente um relatório onde afirmam que a RPGE recebeu “pedido de controle da legalidade” sob o argumento de que a autuação fora equivocada, pois baseou-se em presunções e a mercadoria tida como não tributada regularmente já o teria sido por força da substituição tributária e, vindo a prevalecer o entendimento esposada na autuação ocorreria a “bitributação”. Após Parecer técnico emitido pela assessoria da PGE/PROFIS, esta entendeu que teriam sido consideradas apenas as saídas escrituradas no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) e que não teria havido bitributação uma vez que a autuação se refere a omissão de entrada e não de saída.

Indeferido inicialmente o pleito do contribuinte, este interpôs um novo pedido e o PAF foi enviado ao autuante que produziu uma informação onde afirma que somou às saídas declaradas no LMC aquelas constantes das chamadas “notas fiscais grandes” as quais não teriam sido lançadas naquele livro fiscal pelo contribuinte, porquanto representariam vendas em grandes quantidades não realizadas por meio de bombas de abastecimento e não registradas no LMC. Em nova manifestação o autuado alega violação à ampla defesa e ao contraditório uma vez que só agora tomou conhecimento de tal fato. Ademais afirma que lhe fora imputado um ilícito sem chances de defesa e pede o cancelamento do Auto de infração.

Em um Parecer inicial (fls.953/957) a Representação da PGE/PROFIS em Feira de Santana manifesta-se pela nulidade do auto por violação a ampla defesa e ao contraditório. Diz ser possível corrigir o PAF fazendo-se a exclusão das notas fiscais “grandes” ou que seja feito um novo procedimento fiscal. Solicitado um novo Parecer da ASTEC no qual foi reconhecido o equívoco e confirmada a informação de que as vendas não foram registradas no LMC o que distorceu, completamente, o levantamento fiscal realizado. Em seguida, em outra manifestação o contribuinte reitera suas colocações.

Apesar de reconhecer que o comportamento do autuante levou em consideração todas as saídas operadas pelo autuado, os Srs. procuradores admitem, que os valores referenciados à base de cálculo do imposto a recolher não foram do conhecimento do contribuinte. Não foi informado ao autuado, como o autuante chegou àquele valor. Esta atitude comprometeu o trabalho fiscal e impossibilitou uma ampla defesa por parte do contribuinte.

Entenderam os Srs. Procuradores, em conclusão, que houve uma violação frontal aos princípios do devido processo legal da ampla defesa e do contraditório e, com base no art. 114, inc. II do RPAF promoveram esta Representação.

Em seguida, a representação é ratificada pela Sra. Procuradora Assistente e pelo Procurador Chefe da PGE/PROFIS que propugnam pela nulidade do presente lançamento de ofício em face da existência de vício insanável, porquanto não fora indicado quando da realização da autuação o critério de cálculo utilizado para contabilização das saídas de mercadorias. Na oportunidade, o relator ofereceu maiores esclarecimentos sobre a Representação apresentada.

## VOTO

Trata-se, como vimos, de uma Representação da PGE/PROFIS que, em vista de apelos feitos pelo contribuinte, reanalisou as questões objeto do presente lançamento de ofício e considerou que o mesmo feriu princípios basilares do processo administrativo fiscal.

Efetivamente, a própria informação oferecida pelo autuante onde afirmou que somou às saídas declaradas no LMC aquelas constantes das chamadas “notas fiscais grandes” as quais não teriam sido lançadas naquele livro fiscal pelo contribuinte, porquanto representariam vendas em grandes quantidades não realizadas por meio de bombas de abastecimento e não registradas no LMC e não comunicou este fato ao contribuinte, já seria suficiente para considerar que houve cerceamento de defesa, ferindo, também, o princípio do contraditório, uma vez que só agora o autuado tomou conhecimento de tal fato.

O Parecer da ASTEC no qual foi reconhecido o equívoco e confirmada a informação de que as vendas não foram registradas no LMC, o que distorceu completamente o levantamento fiscal realizado deve também ser considerado na condução do acolhimento ou não desta Representação.

Concordamos com a conclusão dos Srs. procuradores de que apesar de reconhecer que o comportamento do autuante levou em consideração todas as saídas operadas pelo autuado, os valores referenciados à base de cálculo do imposto a recolher não foram do conhecimento do contribuinte e mais: não foi informado ao autuado, como o autuante chegou àquele valor. Como disseram os representantes da PGE/PROFIS esta atitude comprometeu o trabalho fiscal e impossibilitou uma ampla defesa por parte do contribuinte.

Somos, em consonância do até aqui relatado favoráveis ao ACOLHIMENTO da Representação proposta, para que seja declarado NULO o Auto de Infração em comento.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **ACOLHER** a Representação proposta.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Helcônio de Souza Almeida, Fauze Midlej, Álvaro Barreto Vieira, Márcio Medeiros Bastos e Nelson Antônio Daiha Filho.

VOTO VENCIDO - Conselheiro: Tolstoi Seara Nolasco.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTI – REPR. PGE/PROFIS