

PROCESSO - A. I. N° 293259.0902/06-3  
RECORRENTE - AUTO POSTO SAPUCAEIRA LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0123-01/07  
ORIGEM - INFAC EUNÁPOLIS  
INTERNET - 25/03/2008

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0027-12/08

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIAÇÃO DE PEDIDO DE DILIGÊNCIA. NOVA DECISÃO. É nula a Decisão que deixar de apreciar alegação contida na impugnação apresentada. A referida omissão não pode ser suprida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, pois implicaria supressão de instância. O processo deve retornar à JJF para proferir nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão proferida pela referida 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/09/2006, apura os seguintes fatos:

1. falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter o autuado adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo o fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2003 a 2005) , lançando-se imposto no valor de R\$55.835,99 com multa de 70%;
2. falta de recolhimento do imposto [ICMS] por antecipação, sobre o valor acrescido, por ter a empresa adquirido mercadorias de terceiros sem documentos fiscais, estando ditas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, tendo o fato sido apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2003 a 2005) lançando-se o imposto no valor de R\$15.765,59, com multa de 60%;
3. falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo o fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício aberto (janeiro de 2006), lançando-se imposto no valor de R\$3.875,58, com multa de 70%;
4. falta de recolhimento de ICMS por antecipação, sobre o valor acrescido, por ter a empresa adquirido mercadorias de terceiros sem documentos fiscais, estando ditas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, tendo o fato sido apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício aberto (janeiro de 2006), lançando-se o imposto no valor de R\$1.078,96, com multa de 60%.

O autuado, tempestivamente, através de seu representante legal, apresentou sua impugnação às fls. 64 a 69, alinhando os argumentos a seguir relatados:

ITEM 1 - Reproduziu as infrações apontadas no Auto de Infração;

ITEM 2 - Suscitou nulidade, por considerar o autuado sujeito passivo ilegítimo na relação processual, uma vez que a responsabilidade pelo lançamento e pagamento do imposto, relativo às

operações internas subseqüentes, é atribuída por lei na condição de sujeito passivo por substituição ao distribuidor;

ITEM 3 - Afirmou que os revendedores de combustíveis são empresas credenciadas pelos distribuidores e que os mesmos não compram fora de distribuidor idôneo e não vende sem nota;

ITEM 4 - lembrou que qualquer venda de combustível, do distribuidor para as revendas encontra-se sujeita à substituição tributária, sendo o único responsável pelo recolhimento do imposto o contribuinte substituto e que os produtos, desta forma, ingressaram no estabelecimento do autuado com a fase de tributação encerrada;

ITEM 5 - argumentou que, diante do quadro por ele relatado, não se pode atribuir a responsabilidade pelo pagamento do ICMS ao revendedor, pois todas as suas compras estão sujeitas à substituição. Que a única forma de exceção seria a hipótese de aquisição de combustíveis fora do distribuidor, ou seja, em mercado paralelo, ou ainda, o que também sequer se cogita nesta demanda, a compra de produtos de origem duvidosas ou adulterados. Que estas hipóteses sequer foram ventiladas na ação fiscal e efetivamente jamais ocorreu em relação ao Autuado.

ITEM 6 - trouxe ementas dos Acórdãos das Juntas de Julgamentos Fiscais números 1287/00 da 5º JJF e 0265/00 da 2ª Câmara;

ITEM 7 - a defesa alegou que fortalece a argüição de ilegitimidade passiva, o fato de que a exigência fiscal, muito embora alinhe como razão a falta de registro de entradas, deixou transparecer que o autuado adquiriu mercadorias sem nota fiscal, consequentemente, sem a substituição, se reporta a omissão de saídas, cuja receita, também omitida, foi utilizada na aquisição dos produtos e que suas compras são efetuadas sempre com o distribuidor;

ITEM 8 - afirmou que o autuado não adquire mercadorias sem nota fiscal e que as diferenças apontadas no Auto de Infração tiveram origem em erros de contagem. Que se afigurava improcedente a autuação, em face da constatação de cunho legal que a exigência se reporta, na verdade, a omissão de receitas/saídas;

ITEM 9 - reproduziu o disposto no art. 4º da Lei 7.014/96: “*o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entradas de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeira e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte à prova da improcedência da presunção*”.

ITEM 10 - que a autuação não prova a efetiva entrada sem nota fiscal ou sem registro fiscal, o que, como já se referiu, diante das circunstâncias que envolvem o segmento de varejo de combustíveis, é impossível. O que o Auto de Infração provaria, no máximo, seria a ocorrência de vendas anteriores sem a emissão de nota fiscal, ou seja, presunção de omissão de receita obtida mediante saídas não tributadas, contudo, obrigatoriamente, de produtos cuja fase de tributação se encerrou nas entradas, em relação às quais não existe prova de qualquer irregularidade;

ITEM 11 - alegou que a lei não permite a presunção, que nela não se encontra expressa e especificamente em relação às entradas. Não se omite receita através de compras e sim de vendas, muito menos quando existem limitações contratuais para as compras, como é o caso do setor de varejo de combustíveis. A autorização, continua o autuado, é para presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. O fato gerador correspondente é a saída, pois o que pretende a lei é atingir a omissão de receita. Como as saídas omitidas não seriam tributáveis, não há o que se falar em cobrança de ICMS.

ITEM 12 - argumentou que ainda que se diga por conveniência, que a lei autoriza a presunção de efetivas aquisições de mercadorias sem documentação fiscal, deve se atentar as nuances do setor.

A revenda de combustíveis pressupõe a compra de produtos a granel junto a uma distribuidora exclusiva. Os produtos são transportados por carretas tanques e descarregados em vasos subterrâneos de 15.000 ou 30.000 litros, nas instalações dos postos, e vendidos em pequenos volumes aos consumidores, utilizando-se de bombas eletromecânicas com o sistema de medição. Todas essas etapas entre o ato da compra e o da venda final, além das características físico-químicas dos produtos envolvidos, inserem variáveis que traduzem ao final do processo, pequenas distorções entre os volumes comprados e os totalizados na venda ao consumidor, podendo ensejar a impressão de que se vendeu mais do que se comprou;

ITEM 13 - continuou o autuado, a dizer que no caso concreto, as diferenças não existem. O autuado não conseguiu, até o presente momento, em razão da complexidade da matéria e da grande documentação envolvida, terminar a conferência dos números apresentados pela fiscalização. Não obstante, é fato concreto, em primeiro plano, que o fator evaporação não foi considerado, o que pode dar a impressão de que as vendas foram menores, repercutindo nas aquisições. Por cautela, impugnou todos os valores de entradas, saídas, estoques e preços médios, solicitando, como meio de prova a juntada posterior de demonstrativos e documentos;

ITEM 14 - alegou que em relação aos itens que pretendem cobrar antecipação pelo valor agregado, a improcedência, além de ser consequência direta da ineficácia dos itens pertinentes à auditoria de estuques, decorre da impossibilidade legal da aplicação de MVA para auferir os preços médios unitários, ou seja, a base de cálculo, ainda mais quando no item correspondente a omissão de entradas, o que provaria *bis in idem*, na medida em que o RICMS fixa método próprio para a apuração da base de cálculo na hipótese de omissão de entradas (omissão de receita), em cujo valor, presume-se legalmente, já encontramos a devida margem de lucro. O RICMS, no caso do levantamento quantitativo prevê meio próprio para a apuração dos preços médios unitários, não existindo fundamento para gerar a esta cobrança valores agregados, pois se presume que toda a cadeia de tributação é atingida pela simples presunção de omissão de saídas (recita).

ITEM 15 - entendeu que, se devido fossem os itens 1 e 3, as parcelas dos itens 2 e 4 estariam ali englobadas, posto que a autuação se deu por presunção de omissão de receita e esta receita omitida se reportaria exatamente ao valor omitido, ou seja, da base de cálculo autorizada pela norma. De qualquer forma, carecia de fundamentação legal as exigências, que também caracteriza o “*bis in idem*”;

ITEM 16 - finalizou consignando que protestava pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a posterior juntada de novos documentos e demonstrativos e revisão por fiscal estranho ao feito, pedindo que o Auto de Infração fosse considerado nulo ou improcedente.

O autuante às fls. 90 a 91, apresenta sua informação fiscal rebatendo a impugnação do presente Auto de Infração nos termos que segue:

1. Informou que o autuado é parte legítima para figurar como responsável solidário por ter adquirido mercadorias sujeitas à substituição tributária sem documento fiscal;
2. Afirmou que não procede a alegação de que não conseguiu terminar a conferência dos números apresentados e que o autuado dispôs do prazo legal de 30 dias para a defesa;
3. Informou que o autuado não apresentou LMC (Livro de Movimentação de Combustíveis), logo não foi possível verificar evaporações. As saídas foram apuradas de acordo com o registro nas notas fiscais de saídas;
4. Existe a previsão legal para aplicação do MVA na apuração do imposto de responsabilidade própria.

Após a informação fiscal o autuado voltou a se manifestar às fls. 96 a 101, reproduzindo o conteúdo da defesa às fls. 64 a 69, já relatada.

Através do Acórdão JJF nº 0123-01/07, decidiu a 1ª Junta de Julgamento Fiscal pela Procedência

Parcial do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) quanto à preliminar de ilegitimidade passiva, suscitada pelo autuado, entendeu não assistir razão ao mesmo, visto que “*foi identificado através do levantamento elaborado pelo autuante, a existência de mercadorias adquiridas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, cabendo, portanto, a condição de sujeito passivo na presente relação jurídico tributária, prevista no inciso V do Art. 39 do RICMS/BA*”; acrescentou que “*ficou provado através do levantamento efetuado pelo autuante a existência de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal e sem registro*”, razão pela qual “*o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária)*”, sem prejuízo do fato de que “*é devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária*”;
- b) no que se refere à argüição de impossibilidade do autuado adquirir combustível para revenda que não seja do próprio distribuidor de sua revenda, asseverou que “*a prova de que o imposto já teria sido antecipado e, portanto, de que estaria encerrada a fase de tributação, depende da regularidade da documentação de origem das mercadorias*”, razão pela qual “*Se a empresa não dispõe dos documentos relativos à aquisição das mercadorias, é necessário apresentar a devida comprovação de suas alegações, fato não ocorrido*”;
- c) entendeu que os Acórdãos trazidos pelo autuado “*tratam de matérias diferentes da que ora está em lida, tendo em vista que em ambos os casos as mercadorias foram adquiridas de outras unidades da federação acompanhadas dos respectivos documentos fiscais, estado identificados, portanto, os remetentes e adquirentes*”, adunando, ainda, que “*Em relação ao Acórdão 1287/00, existia acordo interestadual e a responsabilidade pelo pagamento na condição de substituto tributário era do remetente da mercadoria*”, ao passo que “*em relação ao Acórdão 0265/00, apesar de haver acordo interestadual entre os estados do remetente e o nosso Estado, o autuado na operação por ele realizada (venda de álcool entre Usinas), não figurava no pólo passivo da relação jurídico tributária na condição de substituto tributário*”;
- d) no que tange aos itens 7, 8, 9, 10, 11 e 12 da defesa, lembrou que “*o presente Auto de Infração não reclama o imposto amparado nas presunções argüidas pela defesa, caindo por terra, portanto, as conclusões dela extraídas*”, mas sim para “*reclamar a falta de pagamento do ICMS, relativo às compras de combustíveis efetuadas sem registro e sem documentos fiscais*”, razão pela qual “*Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve-se exigir o pagamento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, além do imposto devido na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal*”; além disso, prosseguiu, “*não ficou comprovado que as diferenças de entradas apuradas pelo autuado, se referem ao processo decorrente da compra até a venda final, ou das características físico-químicas dos produtos envolvidos ou mesmo de erros de contagem constante do levantamento elaborado pelo autuante*”, bem como que “*Apesar de alegar evaporação de combustíveis, em seu item 13, o autuado não demonstra a repercussão desse fenômeno no levantamento quantitativo apresentado pelo autuante, cabendo-lhe, portanto, a aplicação do disposto no art. 142 do RPAF/BA*”, cujo teor transcreveu;
- e) de referência aos itens 14 e 15, ressaltou que “*Acerta o autuante ao aplicar a MVA para encontrar a base de cálculo e apurar o imposto devido por antecipação, relativo aos produtos Diesel e Álcool, uma vez que tem o lastro legal nos incisos II e III do art. 512-B do RICMS/BA, conjuntamente com o anexo I do Convênio 3/99*”; acrescenta que em relação ao cálculo da antecipação de gasolina “*aplica o autuante o MVA de 65,23%, que é utilizado quando o preço médio unitário das operações normais é calculado com base nas aquisições da Refinaria*”;

bem como que “*No presente caso o autuante levanta os referidos preços médios com base nas notas fiscais anteriores que o autuado adquiriu do Distribuidor, sendo assim, amparado no que dispõe o anexo 01 do Convênio 03/93, deveria ser utilizado o MVA de 27,96%, que é o MVA aplicado com base nas saídas das distribuidoras para alcançar o preço final de venda a varejo*”;

- f) assinala, porém, que “*Utilizando a mesma sistemática de apuração do imposto antecipado pelo autuante, apenas com a modificação do MVA da Gasolina de R\$65,23 para R\$27,96, fica retificado o cálculo da antecipação tributária para o item gasolina, no exercido de 2003, conforme planilha a seguir, resultando na redução do imposto reclamado, referente a este item, de R\$ 179,33 para R\$76,87*”; por tal razão, a infração 2 “*ficou modificada no exercício de 2003, passando de R\$6.399,00 para R\$6.297,54, passando o total da infração 02 de R\$15.765,59 para R\$15.663,13, ou seja uma redução de R\$102,46, repercutindo no valor total do débito reclamado no Auto de Infração que passou de para R\$76.454,66*”;
- g) relembrou que “*no presente caso, restou provada, através do levantamento efetuado pelo autuante, a existência de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal e sem registro*”, em face do que “*o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária)*”, sendo “*devido, também, o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária*”; conclui asseverando que “*Não há, portanto, por que se falar em “bis in idem”, até porque o imposto devido por solidariedade foi aproveitado como crédito para apuração do imposto antecipado, através do regime de substituição tributária*”.

Inconformado com a Decisão recorrida, interpõe o autuado Recurso Voluntário, através do qual, inicialmente, reitera todos os termos de sua defesa, requerendo expressamente que sejam as razões já apresentadas apreciadas em segunda instância administrativa, sucitando, como preliminar, a nulidade da Decisão recorrida.

Sustenta a nulidade da Decisão recorrida por duas motivações:

- a) a JJF não se pronunciou sobre o pedido de diligência formulado no item 16 da defesa;
- b) o referido órgão julgador atuou como “revisor” do PAF, como demonstra o cálculo do *quantum devido*, apresentado às fls. 7 do Acórdão.

Assevera que além de invadir competência privativa da ASTEC ou da INFRAZ, ofendendo o art. 18, do RPAF, a JJF o fez “*por cima do pedido de revisão da defesa*”. Assinala que o cálculo do imposto devido não pode ser eleborado pelo próprio julgador, mas sim pelo órgão competente para revisões e diligências, ainda mais quando o contribuinte manifesta, como meio de prova, esse desejo. Acrescenta que se o julgador assume o papel de perito ou revisor, inclusive sem abrir vistas do seu trabalho aos interessados, “*cria-se uma ilegal inversão de papéis, com prejuízos irreparáveis para o contraditório e para a ampla defesa*”, visto que o julgador não pode produzir provas, mas solicitá-la a quem de direito. Aduz que não pode prosperar a eventual constatação de que “*cálculo não é prova*”, uma vez que nele se encontra embutido todo o juízo de valor da conclusão da Decisão. Pugna pela decretação da nulidade, a fim de que o PAF seja redistribuído para outra JJF, a qual deverá analisar o pedido de revisão formulado pela defesa, proferindo nova Decisão.

No mérito, reitera todos os argumentos expendidos em sua peça devensiva, formulando pedido expresso no sentido de que tais razões sejam reapreciadas.

Acrescenta que na apuração ora contestada já se encontrava embutido, nos preços das distribuidoras, o próprio ICMS, refletidos nas notas fiscais, alertando, no particular, tratar-se de apuração da base de cálculo, ou seja, de matéria de reserva legal, tendo o CONSEF firmado o entendimento de que o lançamento é ineficaz. Invoca e anexa cópia do Acórdão CJF nº 0346-12/05, que decidiu demanda contra outro posto de combustíveis e em situação idêntica, para revelar a

ilegalidade da MVA. Requer a aplicação do tratamento isonômico.

Ao final, protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente posterior juntada de novos documentos e demonstrativos e, para determinar quantidades e preços médios unitários, revisão por fiscal estranho ao feito, solicitando o provimento do Recurso Voluntário para que a Decisão recorrida seja anulada, julgando-se, ao final, nulo ou improcedente o Auto de Infração.

A ilustre representante da PGE/PROFIS emite Parecer através do qual constata efetivamente que no item 16 de sua defesa (fl. 69), o autuado, ora recorrente, requereu expressamente, quando da especificação das provas a serem produzidas, a “*revisão por fiscal estranho ao feito*”. Assevera que no Acórdão recorrido foi relatada a existência do pedido (fl. 105), não constando, contudo, expressamente o seu indeferimento, nem os motivos do seu indeferimento. Invoca e transcreve o art. 147, do RPAF, para assinalar que não foi consignado no acórdão, nem a ocorrência (indeferimento do pedido de prova), nem os motivos do indeferimento, motivo pelo qual entende que a Decisão recorrida padece de nulidade, nos termos do art. 18, II e III, do RPAF.

O eminente Procurador Assistente da PGE/PROFIS profere Despacho mediante o qual discorda do Parecer emitido pela Procuradora daquele órgão jurídico. Quanto à preliminar de nulidade da Decisão recorrida, em função da omissão no enfrentamento do pedido de diligência formulado pelo recorrente, afirma que a prova pericial “*tem como fundamento de validade no curso de uma demanda judicial quando há no processo fatos cuja percepção ou apreciação dependam de conhecimentos técnicos especializados, não exigíveis do juiz nem das partes*”. Invoca doutrina de Moacyr Amaral Santos para asseverar que o simples fato do órgão colegiado julgador adentrar ao mérito da lide tributária já denota e impõe o não acolhimento da prova pericial, sendo, desta forma, desnecessário o seu indeferimento expresso. Prossegue aduzindo que, “*apenas para elucidar a questão, o CONSEF deveria expressamente rejeitar o pedido de diligência suplicada pelo autuado, mesmo assim, não restariam maculados no presente caso os princípios da ampla defesa e do contraditório, pois, conforme comezinhas diretivas da ciência processual civil, o pedido de produção de provas pela parte há de ser devidamente fundamentada, sendo exposta nesta súplica probatória as razões do pedido de prova pericial, com a expressa indicação das dúvidas porventura existentes e, por conseguinte, objeto da elucidação perquirida*”.

Ingressando na seara de análise do âmbito meritório, assinala que é imponível à análise do tema estabelecer uma pequena, contudo valiosa, distinção entre a responsabilidade tributária própria e a responsabilidade por substituição tributária. Invoca o quanto disposto no art. 128, do CTN, para ressaltar que o legislador pode definir como responsável pelo imposto a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da obrigação, excluindo, em alguns casos, o contribuinte da obrigação, ou então, atribuindo-a responsabilidade supletiva ou subsidiária. Logo, prossegue, dizer que uma mercadoria está sujeita ao regime monofásico da substituição tributária não importa em firmar com solidez que a responsabilidade é exclusiva do substituto tributário, tornando-se inevitável, por este aspecto, asseverar que “*o simples fato da mercadoria restar encartada sob o regime da substituição tributária não exime do legislador a possibilidade da imposição de responsabilidade supletiva à terceiro na relação obrigacional 'originária/substituição'*”. Daí porque, não merece guarida a tese do autuado, mormente porque a sua responsabilidade se dá justamente pela não comprovação e, portanto, pelo não recolhimento do imposto inserto no regime da substituição tributária. Acrescenta, ainda, que o lançamento não trata da cobrança de imposto por presunção, mas isto sim, de imposto não recolhido – sem a comprovação do recolhimento – pelo sujeito passivo substituto que, com arrimo normativo, foi transferido solidariamente ao revendedor ora autuado.

Por fim, no que se refere à inconformidade de aplicação da MVA, por suposta ausência de base legal, não merece melhor sorte a tese recursal, pois existe norma expressa no RICMS (art. 512, II e III) para quantificação do imposto devido por antecipação tributária, não se tratando, conforme dito acima, de hipótese de presunção legal.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Inicialmente, insta-nos apreciar a preliminar de nulidade da Decisão recorrida, em face do não-enfrentamento do pedido de diligência formulado, suscitado pelo autuado em sua peça recursal.

Acolhemos a aludida preliminar. Senão, vejamos:

No item 16 de sua peça impugnatória (fl. 69), protesta o autuado, de forma expressa, *ad litteram verbis*:

*“... pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e demonstrativos e revisão por fiscal estranho ao feito, o autuado pede que o Auto de Infração seja julgado NULO ou IMPROCEDENTE”.* (grifos originais)

Noutro giro, o Acórdão recorrido (fls. 105), na parte do Relatório, informa a existência de pleito específico formulado pelo autuado nessa diretiva.

Ocorre que, a despeito do pedido expresso consignado pelo recorrente e da referência constante do Relatório do Acórdão recorrido, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal omitiu-se em enfrentar aquele pleito defensivo de forma específica, passando, de logo, à análise de mérito do Auto de Infração.

Evidente, portanto, a NULIDADE da Decisão recorrida no particular, em face, principalmente, do que estatui o art. 147, do RPAF, assim prescrito:

*“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:*

*I - de diligência, quando:*

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;*

*II - de perícia fiscal, quando:*

- a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;*
- b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;*
- c) a verificação for impraticável.*

*§ 1º A critério do órgão julgador, o pedido ou proposta de perícia fiscal poderá ser convertido em determinação de diligência, em atendimento ao disposto neste artigo.*

*§ 2º O indeferimento do pedido de prova, diligência ou perícia será feito:*

*I - pelo relator, quando este, individualmente, não houver acatado o pleito, devendo as razões do indeferimento serem enunciadas e fundamentadas na exposição do seu voto;*

*II - pela Junta ou Câmara de Julgamento, na fase de instrução do processo, caso em que:*

- a) o indeferimento deverá ser consignado na ata da sessão em que o mesmo for declarado;*
- b) por ocasião da decisão da lide, o relator mencionará a ocorrência e os motivos do indeferimento no relatório do acórdão da decisão.*

Ora, por expressa determinação regulamentar é imprescindível que o julgador analise e enfrente o pedido de diligência formulado na peça impugnatória, sob pena de ofensa ao aludido dispositivo e consequente nulidade da Decisão recorrida.

No caso vertente, não foi consignado no Acórdão recorrido nem a ocorrência (indeferimento do pedido de prova), nem os motivos do indeferimento, motivo pelo qual inquinada de nulidade se apresenta a Decisão recorrida.

Nesse sentido, preceitua claramente o art. 18, II e III, do RPAF:

**“Art. 18. São nulos:**

(...)

**II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;**

**III - as decisões não fundamentadas;**

(....)”

Rejeitamos apenas a súplica recursal no sentido de que o PAF seja redistribuído para outra Junta de Julgamento, uma vez que, em se tratando de nulidade da Decisão recorrida, à luz dos dispositivos vigentes no ordenamento jurídico-processual pátrio, os autos devem retornar ao mesmo órgão julgador para prolação de novo julgamento, em face da prevenção.

Destarte, com espeque no Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS em sua primeira investida nos autos, votamos no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, a fim ANULAR a Decisão recorrida.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **293259.0902/06-3**, lavrado contra **AUTO POSTO SAPUCAEI** LTDA., devendo determinar o retorno dos autos à 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de fevereiro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

LEILA VON SÖHSTEN RAMALHO – REPR. DA PGE/PROFIS