

PROCESSO - A. I. Nº 299314.0001/07-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - VICUNHA TEXTIL S/A.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 1ª CJF nº 0260-11/10
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 28/12/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0453-12/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Representação proposta de acordo 119, § 1º, do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), fundamentado pela nulidade da Decisão contida no Acórdão da segunda instância administrativa (A-0260-11/10), proferida pela 1ª CJF, sob o argumento de que teriam sido desobedecidos dispositivos da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado. Retorno dos autos à Procuradoria Geral do Estado para as providências cabíveis. Representação **ACOLHIDA**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da Procuradoria Geral do Estado, por meio da Procuradoria Fiscal (PGE/PROFIS) subscrita pelo seu Procurador-Chefe e pela Procuradora Assistente, interposta com base no artigo 119, § 1º, do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), propugnando pela nulidade da Decisão contida no Acórdão CJF nº 0260-11/10, proferida pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, relativa ao presente Auto de Infração 299314.0001/07-5 sob o argumento de que teriam sido desobedecidos dispositivos da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado.

O Auto de Infração em comento foi lavrado em função de recolhimento a menos de ICMS, pelo uso indevido de benefício fiscal, vez que a empresa encontra-se inscrita no Programa Desenvolve, utilizando-se de crédito fiscal presumido nas operações de saídas de produtos fabricados ou montados neste Estado.

Na Representação, a PGE/PROFIS apresenta o histórico do processo, relatando os julgamentos realizados pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal e pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, que resultaram, respectivamente, nos Acórdãos JJF nº 0204-04/08 e CJF nº 0368-12/08 e CJF nº 0082-12/09, os quais não acolheram a argumentação do sujeito passivo, mantendo o lançamento original.

Na Representação a PGE/PROFIS informa que, após tais julgamentos, foi apresentado pelo autuado pedido para controle da legalidade, a fim de que fosse reconhecida a existência de ilegalidade no lançamento, tendo sido solicitada a interposição de Representação para a declaração de improcedência do Auto de Infração, pleito que não teve guarida da PGE/PROFIS, na forma de Parecer de fls. 775 a 777. Observa a Representação proposta que tal Parecer não foi convalidado pelo superior hierárquico e, após a ciência do autuado, o PAF foi encaminhado para inscrição em dívida ativa, o que motivou apresentação de novo pedido de controle de legalidade, que, contrariamente ao anteriormente realizado, foi acolhido, posicionando-se a representante da PGE/PROFIS pela propositura de Representação ao CONSEF, com vistas a apreciar provável improcedência do Auto de Infração, o que motivou o exame e Decisão por parte da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, a qual, em julgamento realizado através do Acórdão CJF 0260-11/10 (fls. 832 a 836) a acolheu, tornando improcedente o Auto de Infração lavrado.

Afirma a PGE/PROFIS, ainda, que o Parecer que examinou o segun igualmente não foi submetido à apreciação superior, o que to

ineficaz, vez que desobedeceu dispositivo da Lei Complementar nº. 34/2009, em seu artigo 41, inciso II, o qual determina a convalidação pelo superior hierárquico dos Pareceres exarados pelos procuradores de cada núcleo, necessariamente.

Pela inobservância de tal artigo, sustenta a PGE/PROFIS que houve ofensa ao princípio do devido processo legal, tornando ineficaz o ato da Representação, por não ser capaz de produzir qualquer efeito jurídico, e nulo o julgamento dele resultante, pela inobservância do devido processo legal.

Sustenta a Representação ora interposta que, mesmo que não houvesse a previsão legal de convalidação dos Pareceres dos procuradores, o que não é o caso, ainda assim não se poderia negar a existência da praxe administrativa, conforme entendimento doutrinário que transcreve.

Informa que, por tal inobservância, constata-se no processo a existência de dois Pareceres exarados pela PGE/PROFIS, divergentes e conflitantes, cabendo a intervenção do Procurador Assistente e até mesmo do Procurador Chefe para enunciar qual dos Pareceres melhor refletia o entendimento do órgão, impondo a posição institucional necessária aos propósitos da segurança jurídica.

A seguir, tece considerações acerca dos julgamentos realizados no processo, razão pela qual conclui que nenhum dos Pareceres constantes do processo, exarados após o pedido de exercício do controle da legalidade, encontra-se dotado do atributo de exequibilidade, vez que a convalidação dos mesmos dependeria, inclusive, do opinativo do Procurador-Chefe.

Finaliza, concluindo pela invalidade da Decisão proferida pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, pelo desprezo à exigência legal expressa nos artigos 39, inciso II, e 41, inciso II, da Lei Complementar nº 34/2009 (Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado da Bahia).

Por tais razões, e em função da violação dos artigos 119, § 1º, do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), aprovado pela Lei nº. 3.956/81 e 114 do Regulamento do Processo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, propõe o julgamento da presente Representação no sentido de anular a Decisão proferida no Acórdão CJP nº 0260-11/10 e o retorno do processo para a PGE/PROFIS, a fim de que seja apreciada a Representação contida às fls. 802 a 805 pela autoridade administrativa legalmente competente para tal.

Em 17 de dezembro de 2010, foi acostado ao processo memorial de defesa acerca da Representação, protocolado sob o número 717225/2010-8.

Na assentada do julgamento, o patrono da empresa, suscitou preliminar, invocando o Código Penal, aduzindo que houve adulteração no sistema SIGAT, de forma que o processo foi colocado na situação “retirado de pauta”, diversa daquela efetivamente ocorrida, requerendo, de plano, a suspensão julgamento, até a apuração de tal fato.

Colocado o pleito em votação, o requerimento do sujeito passivo foi rejeitado, em decisão não unânime.

VOTO

Entendo que a Representação ora proposta deve ser Acolhida, pelos fundamentos a seguir delineados.

Do exame das peças processuais, constato que foi juntado aos autos, às fls. 802 a 805, Parecer exarado pela procuradora do Estado, Dra. Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, em que propugnou pela necessidade de Representação a este Conselho de Fazenda Estadual, a fim de que se procedesse a novo julgamento do Auto de Infração, porque aquela procuradora vislumbrou a existência de ilegalidade flagrante na presente autuação, sugerindo a decretação de improcedência do lançamento de ofício.

O processo administrativo fiscal foi remetido a este CONSEF sem tivesse sido submetido à apreciação e convalidação do Procurador

Procurador-Chefe da PGE/PROFIS e, por um equívoco, foi imediatamente distribuído pela Coordenação Administrativa do Conselho para a Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade para instrução. Posteriormente, o PAF foi pautado e a denominada Representação foi julgada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Consoante a Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado (aprovada pela Lei Complementar nº 34/2009), aquele órgão jurídico está dividido em quatro Procuradorias – Administrativa, Judicial, Fiscal e de Controle Técnico, cada uma delas dirigida por um Procurador Chefe (art. 15, da LOPGE). As Procuradorias, por sua vez, estão divididas em Núcleos de Procuradoria sob a coordenação de Procuradores Assistentes (artigo 5º, § 3º, inciso I e artigo 15, § 1º, inciso I, da LOPGE).

Com o objetivo de uniformizar o entendimento e assegurar que as orientações sejam a expressão do entendimento institucional da Procuradoria Geral do Estado, a referida Lei Orgânica prevê que os opinativos proferidos pelos procuradores integrantes dos Núcleos de Procuradoria devem necessariamente submeter-se à apreciação hierárquica do Procurador Assistente competente. É o que se encontra expresso no artigo 41, inciso II, da LOPGE, a saber:

Art. 41 - Cabe ao Procurador Assistente:

II - manifestar-se em caráter conclusivo sobre Pareceres emitidos pelos Procuradores lotados no Núcleo de Procuradoria ou no Núcleo Setorial de Procuradoria, submetendo-os ao Procurador Chefe apenas quando se tratar de questões de significativo interesse sistêmico, ou das quais possam resultar prejuízos ao Erário estadual; (grifos não originais)

Outrossim, a lei determina que, em se tratando de processos que tratem de questões de significativo interesse sistêmico, ou das quais possam resultar prejuízos ao Erário estadual –, o pronunciamento do Procurador Assistente fica sujeito à homologação do Procurador Chefe. Tal norma foi inserida no artigo 39, inciso II, da LOPGE, a seguir transcrito:

Art. 39 - Cabe ao Procurador Chefe:

II - avocar, justificadamente, processos em tramitação em sua Procuradoria e manifestar-se sobre os Pareceres e pronunciamentos emitidos pelos Procuradores Assistentes, quando se tratar de questões de significativo interesse sistêmico, ou das quais possam resultar prejuízos ao erário estadual; (grifos não originais)

Conclui-se, portanto, que, por expressa determinação legal, os opinativos exarados pelos procuradores de Estado não produzem efeitos, senão quando confirmados pelo respectivo Procurador Assistente ou até mesmo pelo Procurador Chefe.

Sendo assim, para que a sugestão de Representação feita pela Dra. Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, e acostada às fls. 802 a 805, pudesse produzir efeitos jurídicos era absolutamente necessário que tivesse havido a expressão de vontade de seus superiores hierárquicos, o que não aconteceu na situação em análise. Isso porque, de acordo com a doutrina, tal ato se insere no âmbito dos chamados atos administrativos compostos, isto é, aqueles que resultam da vontade única de um órgão ou agente, mas dependem da verificação por parte de outro para se tornar exequível.

Dessa forma, muito embora o Parecer da procuradora do Estado seja perfeito e válido, não se encontrava apto a produzir os efeitos jurídicos que se espera do instituto da Representação como estabelecido no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF/99). Explicando melhor: o Parecer exarado pela Dra. Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, embora válido, não tinha o condão de provocar o Conselho de Fazenda Estadual para que exercesse a sua competência legal e apreciasse os fatos ali narrados.

Isso fica bastante evidente quando se constata que, no presente PAF, foram emitidos Pareceres diametralmente opostos, por duas procuradoras do Estado, havendo a necessidade, portanto, de que o superior hierárquico – o procurador assistente e até mesmo o Procurador Chefe – escolhesse qual daqueles opinativos expressava a vontade institucional da Procuradoria Geral do Estado.

O Código Tributário Estadual (COTEB), aprovado pela Lei nº 3.956/81, prevê, em seu artigo 119, a possibilidade de interposição de Representação em duas situações específicas:

Art. 119. A Fazenda Estadual, através do órgão competente, cancelará ou não efetivará a inscrição de crédito tributário em Dívida Ativa, mediante despacho fundamentado, nos seguintes casos:

(...)

§ 1º Na hipótese de existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante em Auto de Infração, a Procuradoria Fiscal (PROFIS), órgão da Procuradoria Geral do Estado, representará ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), no prazo de 5 (cinco) dias, para apreciação do fato.

§ 4º Nas hipóteses dos incisos I e III e na de existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante em Notificação Fiscal, a DARC representará à PROFIS/PGE, que autorizará, se for o caso, o cancelamento ou não efetivação da inscrição do crédito tributário na Dívida Ativa e a extinção do débito do contribuinte.

Na ocorrência de vício insanável ou ilegalidade flagrante em lançamento de ofício oriundo de Auto de Infração, caberá à PGE/PROFIS a competência para interpor Representação, cabendo a sua apreciação ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF).

Entretanto, se a constatação de vício insanável ou ilegalidade flagrante ocorrer em lançamento de ofício oriundo de Notificação Fiscal, a competência para propor a Representação será da DARC/SEFAZ, cabendo à PGE/PROFIS a competência legal para apreciá-la.

É importante que se ressalte que a Representação poderá ser interposta quando se constate o vício insanável ou a ilegalidade flagrante em relação a qualquer um dos atos de que se compõe o lançamento de ofício, tenha ele origem num Auto de Infração ou numa notificação fiscal. Isso decorre do entendimento majoritário da doutrina pátria de que o lançamento de ofício é um procedimento administrativo composto de sucessivos atos, tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, identificar o sujeito passivo, determinar a matéria tributária e definir o montante do crédito tributário.

Também não pode prosperar o argumento de que, consoante o § 3º do artigo 119 do RPAF/99, ter-se-ia esgotado a instância administrativa após a apreciação por este Conselho da sugestão de representação efetivada pela Dra. Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante. Conforme já dito anteriormente, o referido Parecer não pode ser confundido com uma Representação, pois lhe falta justamente a condição de sua eficácia: a convalidação do superior hierárquico.

Por tudo quanto foi exposto, concluo pela invalidade da Decisão proferida pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal (Acórdão CJF nº 0260-11/10), na medida em que, desprezando a exigência legal expressa nos artigos 39, inciso II, e 41, inciso II, ambos da Lei Orgânica da PGE, aquele órgão julgador procedeu ao julgamento de um Parecer opinativo não submetido à censura hierárquica, e, por isso mesmo, despido de qualquer eficácia.

E não é só. Além da invalidade que incide sobre a Decisão da 1ª Câmara de Julgamento no Acórdão CJF nº 0260-11/10, vislumbro a hipótese de nulidade existente neste processo administrativo fiscal por inobservância do devido processo legal.

Como bem pontuou a Procuradoria Geral do Estado na Representação ora proposta, “a tramitação e o julgamento do processo administrativo fiscal encontram seu regramento no Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956/1981, no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e no Regimento Interno do Conselho de Fazenda Estadual, aprovado pelo Decreto nº 7.592/1999”, porém “no que diz respeito à intervenção dos Procuradores do Estado no processo administrativo fiscal, haverão de ser observadas não apenas as regras contidas nos diplomas normativos acima mencionados, como também naqueles que disciplinam especificamente a atuação da Procuradoria Geral do Estado, a saber, sua Lei Orgânica e seu Regimento Interno”.

Consequentemente, por força das disposições contidas na LOPGE, dos pronunciamentos apresentados pelos procuradores de Estado, enseja a inobservância do procedimento legalmente previsto e, po

devido processo legal.

Por tudo quanto foi exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta pela PGE/PROFIS para declarar a nulidade da Decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal exarada no Acórdão CJF nº 0260-11/10, bem como os atos posteriores, devendo o PAF retornar àquele órgão jurídico para adotar as providências que entender cabíveis.

VOTO DIVERGENTE (I)

A ora apreciada Representação proposta pela nobre PGE/PROFIS tem como objetivo tornar NULA a decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal que julgou, por unanimidade, improcedente o Auto de Infração nº 299314.0001/07-5, lavrado contra a empresa Vicunha Indústria Têxtil S/A.

O julgamento e decisão da Egrégia 1ª CJF, através do Acórdão CJF nº 0260-11/10, foi provocada por Representação da própria PGE/PROFIS, da lavra da Douta Procuradora, Dra. Sylvia Amoêdo Cavalcante, por entender, com base no controle da legalidade, que o Auto de Infração supracitado totalmente improcedente.

A 1ª CJF analisou e decidiu sobre as questões legais trazidos pela Representação acerca do teor da autuação, não se atendo ao procedimento administrativo fiscal adotado pela PGE/PROFIS à luz da sua Lei Orgânica, que, aliás, não tem o condão de atingir uma decisão do CONSEF.

É de meridiana clareza que um Processo Administrativo Fiscal, transitado e julgado em 2ª Instância administrativa não pode ser submetido a uma Representação extemporânea com base em falhas procedimentais internas da própria PGE/PROFIS, que foi que instigou o CONSEF.

A Representação que provocou a decisão da 1ª CJF, ora contestada pela própria PGE/PROFIS, se deu visando o controle da legalidade, ao entender que havia vício insanável ou ilegalidade flagrante no lançamento de ofício. Se houve falha procedimental daquele nobre órgão, foi ele próprio quem deu causa.

Vale ressaltar que a faculdade legal da PGE/PROFIS de se valer do instrumento da Representação, com base no que preceitua o art. 119, §1º, foi criada na legislação, tão somente, com o fim específico de atuar toda vez que, na busca do controle da legalidade, o referido órgão verificar a ocorrência de vício insanável ou ilegalidade flagrante do lançamento de ofício.

Não cabe, sob qualquer hipótese, a PGE/PROFIS propugnar, via Representação, a nulidade de um ato decisório, perfeito e acabado, relativo ao instituto do Auto de Infração que diverge do Procedimento Administrativo Fiscal, pelo simples fato do referido procedimento estar em desacordo com sua Lei Orgânica. A decisão da 1ª CJF, volto a reprimir, estava restrita ao Auto de Infração. O instrumento da Representação só encontra guarita quando o vício ou falha decorre do lançamento de ofício. Ao contrário do que se constata na presente Representação ora apreciada, que pretende anular intempestivamente decisão relativa a lançamento de ofício, alegando a existência de vício procedimental que ela mesmo deu causa. Tal pretensão legal não encontra amparo no dispositivo legal que trata das nulidades, ou seja, o art. 18, § 2º, do RPAF/99, transcrito, *in verbis*:

“Art. 18

§2º Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingido a sua finalidade”

Se a PGE/PROFIS pretendesse recorrer da decisão de 2ª Instância do CONSEF, o instrumento poderia ser o recurso extraordinário e no prazo de 10 (dez) da data da publicação da decisão, como preceitua o art. 172 do RPAF/99, transcrito, na íntegra, abaixo:

“Art. 172. O prazo para que o representante da Procuradoria Geral do Estado apresente o recurso extraordinário é de 10 (dez) dias, contado da data da publicação da decisão

Vale ainda aduzir que esta Egrégia Câmara de Julgamento F
administrativa estabelecida na LOPGE, toda vez que um processo a

Created with

em tramitação, a exemplo de buscar averiguar se a decisão a ser prolatada, que possa vir a causar sucumbência do Estado, tem no Parecer opinativo da PGE/PROFIS o despacho do Procurador Assistente.

Com a devida vênia, este ato de consideração administrativa do CONSEF é de natureza diversa e não atinente ao que ora pretende a nobre PGE/PROFIS na presente Representação Anulatória de um ato decisório perfeito e acabado.

Vale aduzir ainda, para robustecer meu entendimento acerca da inaplicabilidade do instrumento da Representação Administrativa da PGE/PROFIS, o que dispõe a **Súmula nº 473** do Supremo Tribunal Federal (STF). O teor da referida Súmula deixa patente a imperiosa necessidade de se cumprir com rigor o direito adquirido, nos casos de anulação dos próprios atos por parte da Administração Pública, nos termos a seguir transcritos:

“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Por tudo exposto, me permito divergir do entendimento do preclaro Conselheiro Relator, para votar pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação proposta.

VOTO DIVERGENTE (II)

Inicialmente, em breve prelúdio, cumpre-me destacar que o mérito ou matéria de fundo do presente Auto de Infração não é objeto da Representação sob apreço, razão pela qual despicienda - ou quiçá desnecessária - tecer qualquer consideração acerca do mérito da *vexata quaestio*, já debatido e analisado, inclusive, no Acórdão ora objurgado.

Tecidas essas considerações prefaciais, ingresso na seara de análise da peça de Representação confeccionada pela Douta PGE/PROFIS nos fólios processuais.

E aqui, de logo, reside a minha divergência em relação ao voto condutor proferido pelo ilustre Conselheiro Relator.

Isso porque entendo, com a devida vênia do brilhante voto pelo mesmo exarado, que o remédio jurídico utilizado não merece conhecimento, ou seja, não pode ser sequer admitido.

Ab initio, a fim de fundamentar a impossibilidade de utilização de Representação na hipótese sob comento, torna-se imperiosa a transcrição do art. 119, § 1º, do Código Tributário do Estado da Bahia. Eis a dicção do invocado dispositivo legal, *ad litteram verbis*:

§ 1º Na hipótese de existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante em auto de infração, a Procuradoria Fiscal (PROFIS), órgão da Procuradoria Geral do Estado, representará ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), no prazo de 5 (cinco) dias, para apreciação do fato. (grifo nosso)

Ora, incontestável, pois, que a possibilidade de utilização do instrumento de Representação está vinculada ou adstrita à existência de *vício insanável* ou *ilegalidade flagrante* em *auto de infração*.

No bojo da peça processual ora invectivada, sustenta a Douta PGE/PROFIS a invalidade do *decisum* proferido pela Egrégia 1ª Câmara de Julgamento Fiscal que acolheu Representação anteriormente apresentada, tendo em vista o fato de aquela peça não ter sido submetida à homologação do insigne procurador assistente e do Procurador Chefe, o que resultaria em ofensa ao princípio do devido processo legal.

Da análise do quanto acima argumentado, imperioso se faz o questionamento: o alegado vício ou ilegalidade flagrante pontuado na Representação teria ocorrido no Auto de Infração ou no processo administrativo fiscal?

Concessa venia, entendo que o alegado vício teria caráter eminentemente procedimental, isto é, poderia eivar de nulidade o *processo administrativo fiscal*, jamais o Auto de Infração, como *expressamente* consigna a legislação de regência!

O conceito de Auto de Infração, insculpido na lei, alberga, no meu entendimento, o *lançamento de ofício*, originalmente realizado, a fim de constituir o crédito tributário. Não se pode estender tal conceituação ao processo administrativo fiscal, verdadeira “ponte”, instrumentalização ou meio, através do qual aquele crédito tributário poderá, ou não, *in fine* prevalecer.

Trata-se de institutos com definições e/ou conceituações absolutamente distintas.

O CONSEF, através dos seus órgãos julgadores - Juntas, Câmaras de Julgamento ou Câmara Superior – não julga procedente, parcialmente procedente, nulo ou improcedente o processo administrativo fiscal. O referido órgão administrativo julga o lançamento de ofício, o Auto de Infração, socorrendo-se, aí sim, do processo administrativo fiscal para alcançar a sua finalidade.

Daí porque, entendo que o legislador, ao sufragar a possibilidade de manejo de Representação por parte da PGE/PROFIS, no sentido estrito da lei (art. 119, §1º), quis restringi-lo exclusivamente para as hipóteses em que, no controle da legalidade, aquele órgão jurídico tivesse verificado a ocorrência de vício insanável ou ilegalidade flagrante do lançamento de ofício.

Nesse sentido, inclusive, impende observar que a própria legislação tributária do Estado da Bahia, diferencia, em vários dos seus artigos, o Auto de Infração (lançamento de ofício) do processo administrativo fiscal, a exemplo do que sói ocorrer em todo o Título VIII, do COTEB, bem como no art. 122, do RPAF/BA.

Ora, se a conceituação de *Auto de Infração*, como faz crer a Douta PGE/PROFIS, alcança também o *processo administrativo fiscal*, por que o legislador baiano utiliza, na normatização de regência, o emprego dos dois vernáculos de forma distinta? Bastaria simplesmente se referir a *Auto de Infração*, sem o emprego da terminologia *processo administrativo fiscal*, como o fez.

Ademais, esse é o entendimento, *neminem discrepante*, da doutrina pátria, trazendo-se à colação escólio de Hugo de Brito Machado, co conceituar Auto de Infração como sendo “*o documento no qual o agente da autoridade da Administração Tributária narra a infração ou as infrações da legislação tributária atribuídas por ele ao sujeito passivo da obrigação tributária, no período abrangido pela ação fiscal*”.

Destarte, em face do quanto acima expandido, interpretando *Auto de Infração* como sendo o *lançamento de ofício*, e não o *processo administrativo fiscal*, entendo que não pode ser admitida a Representação interposta, à luz do quanto disposto no art. 119, § 1º, do COTEB, acima transcrito.

Mas não é só.

Independentemente do quanto acima aludido, também por outro aspecto a Representação atravessada não mereceria conhecimento.

Explico: foi a própria PGE/PROFIS que causou o vício procedimental ora questionado. A conduta omissiva alegada na peça de Representação foi provocada pelo referido órgão jurídico.

Ora, tendo o alegado vício (i) sido provocado pela própria PGE/PROFIS, (ii) posteriormente convalidado pelo CONSEF, através do julgamento da Representação anterior por parte da Colenda 1ª Câmara de Julgamento Fiscal (Acórdão CJF nº 0260-11/10) e (iii) olvidando-se aquele órgão jurídico de interpor o competente recurso no prazo legal, poderia, agora, ser apresentada nova Representação para desconstituir a decisão anterior? Mais uma vez entendo que não.

Estatui o art. 18, § 2º, do RPAF, com clareza solar, que:

§ 2º Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingido a sua finalidade. (gri)

O referido dispositivo regulamentar espanca qualquer pretensão de decisão anteriormente proferida por este CONSEF.

Foi a própria PGE/PROFIS quem descumpriu os ditames da legislação pela mesma ora invocada, visto que foi a sua representante quem olvidou-se em submeter, naquela oportunidade, o seu opinativo ao seu superior hierárquico!

Não pode o contribuinte, somente agora, quando operados os efeitos da coisa julgada administrativa, ser gravemente penalizado com a declaração de nulidade de decisão que lhe fora favorável, por um vício ou equívoco que não fora por ele praticado ou ocasionado. E o que é mais aviltante: o mesmo sequer integrou, como *parte*, aquela peça de representação. Se algum vício - a ensejar a nulidade de decisão - realmente ocorreu, a arguição de nulidade não poderia ser provocada exatamente por quem, como *parte*, efetivamente lhe deu causa.

É o que rezam, de igual forma, os arts. 243 e 244, do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo fiscal (art. 180, do RPAF), a seguir reproduzidos:

Art. 243 - Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.

Art. 244 - Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade. (grifos nossos)

Além disso, a despeito do vício alegado na Representação, o ato praticado *atingiu a sua finalidade*, tendo em vista que o CONSEF, através da Egrégia 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, julgou o Auto de Infração, declarando improcedente o lançamento de ofício.

Logo, o vício tido como existente foi devidamente *convalidado* pelo CONSEF, que adentrou no *meritum causae* do lançamento de ofício e declarou a *improcedência* do Auto de Infração.

Por que declarar a nulidade de determinado ato se o respectivo órgão julgador adentrou na análise do mérito, entendendo ser improcedente o lançamento de ofício? É o CONSEF, em última análise, quem efetivamente exerce o controle de legalidade, o que ocorreu na hipótese ora vergastada.

Noutro giro, cura salientar que a própria PGE/PROFIS, após o julgamento anterior, prolatado através do Acórdão CJF nº 0260-11/10, quedou-se silente em interpor o competente recurso extraordinário, irresignando-se contra a aludida decisão, como lhe facultou nos arts. 169, II, “c” c/c art. 172, do RPAF, a seguir transcritos:

Art. 169. Caberão os seguintes recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal:

II – para a Câmara Superior:

c) recurso extraordinário, de competência da representação da Procuradoria Geral do Estado no CONSEF, quando a decisão contrariar a legislação, as provas dos autos ou o entendimento manifestado em decisões reiteradas do CONSEF.

Art. 172. O prazo para que o representante da Procuradoria Geral do Estado apresente o recurso extraordinário é de 10 (dez) dias, contado da data da publicação da decisão. (grifos nossos)

Se assim não o fez, através do *remédio jurídico- processual específico* e no *respectivo prazo* prescrito em lei, não poderá mais fazê-lo, somente agora, em sede de Representação, sob pena de ferir de morte os princípios da *segurança jurídica* e da *boa-fé*, sem prejuízo da flagrante ofensa à *coisa julgada administrativa*.

É o que prescreve, inclusive, a legislação tributária do Estado da Bahia e o próprio Código Tributário Nacional, com acuidade ímpar:

Art. 119. (...)

§ 3º Após apreciação, pelo CONSEF, da representação de que cuida o § 1º deste artigo, qualquer que seja a sua decisão, esgota-se a instância administrativa. (COTEB- grifos nossos)

Art. 122. Extingue-se o processo administrativo fiscal:

V – com a decisão administrativa irrecorrível;

Art. 173-A. São definitivas as decisões:

II – de segunda instância, de que não caiba recurso ou, quando cabível, que não tenha sido interposto no prazo regulamentar. (RPAF – grifos nossos)

Art. 156 - Extinguem o crédito tributário:

(...)

IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória; (CTN – grifos nossos)

Não há, portanto, como se reformar a Decisão prolatada pela Colenda 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, em face de sua definitividade e a consequente extinção do processo administrativo correlato.

Por derradeiro, transcrevo profícua decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça (RSTJ 12/366), inteiramente aplicável à espécie:

Não deve ser declarada nulidade quando a parte a quem possa favorecer para ela contribuiu, e se absteve de qualquer impugnação, no curso da demanda, relativamente ao devido processo legal. (grifos nossos)

A fim de rechaçar qualquer dúvida até então existente, invoco o teor da **Súmula nº 473** do Supremo Tribunal Federal, na qual resta expressamente consignada a necessidade de se respeitar o direito adquirido, nos casos de anulação dos próprios atos por parte Administração Pública:

*A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, **respeitados os direitos adquiridos**, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.* (grifos nossos)

Ex positis, firme nas razões supra alinhavadas, divergindo do voto proferido pelo insigne Conselheiro Relator, voto no sentido de NÃO CONHECER a Representação apresentada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **ACOLHER** a Representação proposta, devendo o PAF retornar ao órgão jurídico para adotar as providências cabíveis.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as): Valtércio Serpa Júnior, José Antonio Marques Ribeiro, Mônica Maria Roters e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTOS DIVERGENTES: Conselheiros: Carlos Henrique Jorge Gantois (I) e Nelson Antonio Daiha Filho (II).

Sala de Sessões do CONSEF, 20 de dezembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – VOTO DIVERGENTE (I)

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – VOTO DIVERGENTE (II)

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS