

**PROCESSO** - A. I. Nº 269138.0082/19-8  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - POSTO KALILÂNDIA LTDA.  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - SAT / COPEC  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 17/11/2023

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0345-12/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. JULGAMENTOS RELATIVOS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRETERIÇÃO AO DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. Representação proposta com base no art. 136, § 2º da Lei nº 3.956/81, tendo em vista a comprovação de existência de julgamentos com cerceamento ao direito de defesa. Retorno PAF à Primeira Instância para novo julgamento e posterior retomada do rito processual. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 136, § 2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e no artigo 113, § 5º, I do RPAF/99, exercido por este órgão, que através do Parecer PROFIS-NCA-LSR Nº 36/2023, subscrito pela ilustre Procuradora do Estado, Dra. Leila Von Söhlsten Ramalho, às fls. 348 a 349v dos autos, com anuência do Procurador Assistente da PGE/PROFIS/NCA Dr. José Augusto Martins Junior, propõe ao CONSEF que sejam anulados os julgamentos realizados pela 2ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0102-02/22-VD, e pela 2ª CJF, por meio do Acórdão CJF nº 0293-12/22-VD, respectivamente às fls. 202 a 240 e 276 a 280 dos autos, com a consequente reabertura do contencioso administrativo para julgamento das questões que não se encontram *sub judice*.

Da análise da peça vestibular, verifica-se que o lançamento de ofício, lavrado em 10/12/2019, contra o recorrido “POSTO KALILÂNDIA LTDA”, sob Inscrição Estadual na SEFAZ/BA nº 16.722.264, exige o débito original de R\$ 1.825.093,65, sob a acusação de “*Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP registrada no LMC/Registro 1300 da EFD.*”, nos exercícios de 2015 a 2018.

Consta do Parecer exarado pela douta Procuradora da PGE/PROFIS que o sujeito passivo, às fls. 23 a 60 e 120 a 151 dos autos, tempestivamente, apresentou defesa no bojo da qual, além de questões de mérito, relacionadas à procedência da autuação, especialmente no que tange à legalidade do quanto determinado no art. 10, § único da Portaria nº 445/98, suscitou também questões preliminares relativas à:

- (i) decadência do direito de constituição do crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos até 31/12/2016, haja vista a alegada nulidade da primeira intimação do contribuinte relativa ao Auto de Infração;
- (ii) nulidade do lançamento quanto aos fatos geradores ocorridos entre 2016 e 2018, haja vista ter o Termo de Início de Fiscalização delimitado que a ação fiscalizatória correspondente seria referente ao exercício de 2015; e
- (iii) falta de apreciação das espontâneas retificações promovidas pelo contribuinte em sua EFD, autorizadas pela SEFAZ e realizadas conforme a sistemática do art. 251, § 1º.

Relata a i. Procuradora que, produzida a informação fiscal, o feito foi remetido ao CONSEF que,

diante da informação trazida aos autos de que o contribuinte optara pelo ajuizamento de ação relativa à matéria discutida no Auto de Infração – *“aplicação do parágrafo único do art. 10 da Portaria nº 445/98, sua legalidade e constitucionalidade”* – tendo obtido sentença favorável de primeiro grau que declarou a improcedência de todas as autuações lavradas contra os autores relativamente ao mesmo tema, houve por bem considerar prejudicada a defesa (fls. 239/240) e, posteriormente, também prejudicado o Recurso Voluntário do contribuinte (fl. 282), com fundamento no art. 117 do RPAF.

Destaca o opinativo que agora o contribuinte vem aos autos, por sua promoção de fls. 300 a 318, dirigida à PGE, requerer a apreciação, por esta, da matéria defensiva ali aduzida, ao argumento de que, diversamente do que se dá com o julgamento, pelo CONSEF, das defesas e recursos dos contribuintes, o exercício do controle de legalidade, por parte da PGE, não estaria prejudicado pela escolha da via judicial pelo autuado.

A PGE concluiu que diversamente do que alegado pelo contribuinte, também não está ao alcance do controle da legalidade a cargo da PGE, a ser cancelado pelo CONSEF, a apreciação de questão sob objeto de ação judicial. Entretanto, no presente caso, olvidou o CONSEF de observar, em seus julgamentos de fls. 202/240 e 276/280 dos autos, que a defesa do autuado, como já ressaltado, além de questões de mérito relativas à procedência da imputação fiscal, suscita questões preliminares, especificamente relativas a esta autuação em particular, que não restaram aduzidas na ação genérica em razão da qual se teve por prejudicada a instância administrativa de julgamento, proposta pelo contribuinte quanto a todos os autos de infração lavrados relativamente à mesma matéria.

Assim é que, a respeito da existência ou não de: *“(i) decadência do direito de constituição do crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos até 31/12/2016, haja vista a alegada nulidade da primeira intimação do contribuinte relativa ao Auto de Infração; (ii) nulidade do lançamento quanto aos fatos geradores ocorridos entre 2016 e 2018, haja vista ter o Termo de Início de Fiscalização delimitado que a ação fiscalizatória correspondente seria referente ao exercício de 2015; (iii) falta de apreciação das espontâneas retificações promovidas pelo contribuinte em sua EFD, autorizadas pela SEFAZ e realizadas conforme a sistemática do art. 251, § 1º”* – questões pertinentes à particularidade da presente autuação, que não se encontram sob apreciação do Poder Judiciário e, portanto, não serão judicialmente decididas -, a PGE entende incabível a invocação do art. 117 do RPAF, pelo que a recusa de julgamento administrativo da matéria implica ofensa ao princípio do devido processo legal, de que são corolários a ampla defesa e o contraditório, razão para a PGE promover, com fulcro no art. 113, § 5º, I do RPAF, a Representação ao CONSEF, a fim de que sejam anulados os julgamentos com a consequente reabertura do contencioso administrativo para julgamento das questões que não se encontram *sub judice*, conforme Parecer PROFIS-NCA-LSR Nº 36/2023, às fls. 348/349v dos autos, com anuência do Procurador Assistente da PGE/PROFIS/NCA, à fl. 350 dos autos.

Às fls. 353/358 dos autos, consta regularização no SIGAT da situação atual “Ajuizado / AJUIZADO / Em Aberto” para “2ª Inst/DISTRIBUIÇÃO/Em Aberto” do Auto de Infração, com o fito de possibilitar a distribuição e julgamento da Representação PGE/PROFIS, procedido pela GECOB/ Dívida Ativa.

Presente na sessão de videoconferência, o advogado Dr. Fernando Marques Villa Flor – OAB/BA nº 11.026, que o mesmo exerceu o direito de fala.

É o relatório.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração para exigir valor histórico de R\$ 1.825.093,65, do sujeito passivo “POSTO KALILÂNDIA LTDA”, sob inscrição estadual na SEFAZ/BA nº 16.722.264, sob acusação de *“Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas das mercadorias sujeitas ao regime de substituição*

*tributária, apurado mediante verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP registrada no LMC/Registro 1300 da EFD.”*

Decorrente do Pedido de Controle da Legalidade interposto pelo sujeito passivo, a PGE/PROFIS por meio do Parecer PROFIS-NCA-LSR Nº 36/2023, às fls. 348/349v dos autos, com anuência do Procurador Assistente da PGE/PROFIS/NCA, à fl. 350 dos autos, com fulcro no art. 113, § 5º, I do RPAF, representa ao CONSEF, a fim de que sejam anulados os julgamentos realizados pela 2ª JF, através do Acórdão JF nº 00102-02/22-VD, e pela 2ª CJF, por meio do Acórdão CJF nº 0293-12/22-VD, respectivamente às fls. 202 a 240 e 276 a 280 dos autos, com a consequente reabertura do contencioso administrativo para julgamento das questões que não se encontram *sub judice*, tendo em vista que o sujeito passivo, quando da impugnação ao Auto de Infração (fls. 120 a 151), além de questões de mérito, relacionadas à procedência da autuação, especialmente no que tange à legalidade do quanto determinado no art. 10, § único da Portaria nº 445/98, suscitou também questões preliminares relativas à:

- (i) decadência do direito de constituição do crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos até 31/12/2016, haja vista a alegada nulidade da primeira intimação do contribuinte relativa ao Auto de Infração;
- (ii) nulidade do lançamento quanto aos fatos geradores ocorridos entre 2016 e 2018, haja vista ter o Termo de Início de Fiscalização delimitado que a ação fiscalizatória correspondente seria referente ao exercício de 2015 e
- (iii) falta de apreciação das espontâneas retificações promovidas pelo contribuinte em sua EFD, autorizadas pela SEFAZ e realizadas conforme a sistemática do art. 251, § 1º do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/12).

Destaca a PGE que tais alegações, pertinentes à particularidade da presente autuação, que não se encontram sob apreciação do Poder Judiciário e, portanto, não serão judicialmente decididas -, não foram avaliadas pela JF e CJF, sendo, portanto, incabível a aplicação do art. 117 do RPAF, invocado nos citados Acórdãos, para concluir como subsistente o Auto de Infração, haja vista a declaração de prejudicada a defesa apresentada pela JF (fls. 240) ou prejudicada a análise do Recurso Voluntário pela CJF (fl. 282), cuja recusa de julgamento administrativo da matéria implica ofensa ao princípio do devido processo legal, de que são corolários a ampla defesa e o contraditório, razão para representar ao CONSEF, a fim de que sejam anulados os julgamentos com a consequente reabertura do contencioso administrativo para julgamento das questões que não se encontram *sub judice*.

Da análise das peças processuais, efetivamente, verifica-se que o sujeito passivo havia, quando da sua manifestação, às fls. 120 a 151 dos autos, suscitado questões acerca: da decadência (fl. 120); nulidade do lançamento em decorrência de vício do Termo de Início de Fiscalização (fl. 125) e retificações da EFD (fl. 130), as quais não foram apreciadas pela 2ª JF, conforme Acórdão JF nº 0102-02/22-VD (fls. 202/240), que, diante da notícia da existência de medida judicial interposta pelo contribuinte, consignou que as questões preliminares aventadas deixaram de ser apreciadas (fl. 239). Por sua vez, quando da interposição do Recurso Voluntário (fls. 250/266), o sujeito passivo voltou aos citados temas (vício do Termo de Início de Fiscalização, fl. 251, e retificações da EFD, fl. 257), e, da mesma forma, não foram apreciadas pela 2ª CJF, conforme Acórdão nº 0293-22/22-VD (fls. 276/282), limitando-se a invocar o art. 126 do COTEB c/c o art. 117 do RPAF e a declarar Prejudicada a análise do Recurso Voluntário.

Diante de tais constatações, pode-se inferir o acerto da Representação, sob apreciação, pois, da análise das peças processuais, nos termos do art. 113, § 5º, I do RPAF, se comprovou a existência de ilegalidade no lançamento de *crédito tributário*, ao ocorrer com cerceamento ao direito de defesa, impondo-se a anulação dos julgamentos, realizados pela 2ª JF, através do Acórdão JF nº 0102-02/22-VD, e pela 2ª CJF, por meio do Acórdão CJF nº 0293-12/22-VD, e a consequente reabertura do contencioso administrativo para julgamento das questões que não se encontram *sub judice*, de forma a assegurar ao sujeito passivo o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Pelo exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta para reconhecer a nulidade dos Acórdãos JJF nº 00102-02/22-VD e CJF nº 0293-12/22-VD, devendo ser cientificado ao recorrido e, posteriormente, o PAF retornar à Primeira Instância para novo julgamento e posterior retomada do rito processual.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta para declarar **NULAS** as Decisões relativas ao Auto de Infração nº **269138.0082/19-8**, lavrado contra **POSTO KALILÂNDIA LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para realização de novo julgamento.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de outubro de 2023.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN- REPR. DA PGE/PROFIS