

PROCESSO - A. I. Nº 269138.0044/21-0
RECORRENTE - POSTO KALILÂNDIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 6ª JJF nº 0180-06/23-VD
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10.10.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0234-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. NULIDADE DA DECISÃO. NOVA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. A existência de medida judicial, por si só, não impõe o prejuízo da defesa ou recurso apresentado pelo contribuinte. Necessidade de verificar caso a caso se o objeto da pretensão levada ao Judiciário coincide com o do processo administrativo fiscal. Retorno do PAF à Primeira Instância para novo julgamento e posterior retomada do rito processual. O Parecer da PGE/PROFIS pela nulidade do julgamento de piso. Retornar-se os autos à instância anterior para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 0180-06/23-VD proferido pela 6ª JJF deste CONSEF, julgando Prejudicada a defesa e Procedente o Auto de Infração lavrado em 16/03/2021 no valor histórico de R\$ 863.190,02, abordando a seguinte infração:

***Infração 01 – 004.007.001** – 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 da substituição tributária, apurado mediante verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP registrada no LMC/Registro 1300 da EFD, nos meses de dezembro de 2016, dezembro de 2017, dezembro de 2018, dezembro de 2019 e dezembro de 2020.*

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, relativa à cobrança de ICMS.

Das peças e elementos constantes nos autos, se constata que a suportar o procedimento de fiscalização foi emitida a Ordem de Serviço 501326/20 (fls. 08 e 09), tendo sido ainda emitidos os Termos de Intimação para Correção de Arquivos da EFD às fls. 10 a 16.

As planilhas analíticas e sintéticas que suportam a acusação se encontram às fls. 17 a 42 dos autos, bem como na mídia de fl. 43. Já a ciência do lançamento ocorreu em 13/07/2020, na forma do documento de fls. 45 e 46, tendo o contribuinte recebido por meio físico todos os elementos que comprovaram e embasaram o lançamento (mídia em CD).

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a base legal para imposição e aplicação das multas sugeridas, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução do percentual de multa por infração, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, a atuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, ainda que argumente em sentido contrário, prova disso é que abordou aspectos das infrações impugnadas que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma da precisa e objetiva peça de impugnação.

O contribuinte autuado se encontra inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, exercendo a atividade principal de “Comércio varejista de combustíveis para veículos automotores”, CNAE 47.31-8-00, estabelecido no município de Feira de Santana. As questões preliminares aventadas, em função das observações a seguir, deixarão de ser apreciadas.

E justifico: Em relação à infração apurada, diante da notícia de existência de medida judicial interposta pelo contribuinte autuado, embora com sentença de primeiro grau, mas sem trânsito em julgado, frente a possibilidade de apelo recursal ao Tribunal de Justiça, conforme informado pela defesa, exatamente sobre a matéria em discussão no presente Auto de Infração, qual seja a aplicação do parágrafo único do artigo 10 da Portaria 445/98, sua legalidade e constitucionalidade.

Isso em função do fato de ter sido pautado para a sessão do dia 12 de maio de 2022, e registrada a presença do Dr. Fernando Marques Villa Flor, OAB/BA 11.026, quando do julgamento do Auto de Infração 269138.0141/19-4, lavrado contra outro estabelecimento da mesma empresa ora autuada (Posto Kalilândia Ltda.), em questão de ordem requerida antes do início do julgamento, inclusive leitura do relatório, comunicado a decisão da empresa em discutir judicialmente a matéria, o que motivou o envio de e-mail dirigido à Secretária da Junta, às 8:56h daquele dia, com o seguinte teor:

“Prezados Senhores,

De acordo com as informações prestadas na sessão de hoje, dessa Douta 2ª JF, a empresa POSTO KALILÂNDIA LTDA optou por ingressar com medida judicial, abrangendo os Autos de Infração lavrados contra seus estabelecimentos e sustentados na Portaria nº 159/19, inclusive os AIs 269138.0141/19-4 e 269138.0072/19-2 (pautados, respectivamente, para esta data e para o dia 19/05/22).

A referida ação foi tombada sob número 8024453-36.2022.8.05.0001 e tramita pela 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, tendo sido proferida a sentença anexa, que concluiu pela ilegalidade/inconstitucionalidade do art. 10, § único, da Portaria nº 159/19.

Saudações,

Fernando Marques Villa Flor”.

Ali se constata que em 04/05/2022 foi prolatada sentença pela MM. Juíza da 4ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador, nos autos do processo 8024453-36.2022.8.05.0001, a qual conclui:

“Feitas tais considerações, JULGO PROCEDENTE a ação, para declarar a improcedência de todas as autuações realizadas pelo Réu, objetos desta ação, contra os Postos de Combustíveis Autores descritos no contrato social juntado aos autos, que tenham como enquadramento legal os arts. 4º, § 4º, inciso IV, 6º, inciso IV, 23-A, inciso II, todos da Lei 7.014/96, e do art. 10, parágrafo único, da Portaria 445/98 e que visam a cobrança de ICMS sobre volume de combustíveis oriundo de variação volumétrica acarretada pelo aumento da temperatura, em razão da ausência de fato gerador de ICMS, do recolhimento total do referido imposto de forma antecipada pelo regime da substituição tributária progressiva e da ilegalidade/inconstitucionalidade do art. 10, parágrafo único, da Portaria 445/98.

Ademais, deixo de apreciar os outros pedidos, por restarem logicamente prejudicados diante do julgamento procedente do primeiro pedido.

Condeno o Estado da Bahia no ressarcimento das custas e no pagamento dos honorários advocatícios, no mínimo legal, a ser apurado nos termos do § 3º, do art. 85, do CPC/2015.

Sentença sujeita à remessa necessária”.

A respeito de tais fatos acima relatados, a legislação estadual, especialmente o artigo 125, inciso II, do COTEB (Lei 3.956/81) assim determina:

“Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

(...)

I - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida”.

No mesmo rumo, o artigo 117 do RPAF/99, determina:

“Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto”.

Em complemento, o artigo 122, inciso IV, do mesmo Regulamento prevê a extinção do PAF, com a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo, relativamente à matéria objeto da lide, antes de proferida ou de tornada irrecorrível a decisão administrativa.

Diante de tal fato, caberá ao Poder Judiciário decidir sobre a questão, ficando, desta maneira, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até que a lide seja definitivamente resolvida, observando que a lavratura do

Auto de Infração tem o condão de evitar os efeitos da decadência, devendo os autos, após as medidas de praxe, inclusive quanto as demais infrações, serem encaminhados para a Procuradoria Geral do Estado, a fim de que se adotem as devidas e necessárias providências.

Neste sentido, posso mencionar a decisão da Câmara Superior do CONSEF, no Acórdão CS 0001-21/06, de 30/03/2006.

O(a) contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Inicialmente, reconhece que ingressou com medida judicial contra o lançamento, o que importaria na desistência da defesa ou recurso, na forma do art. 117 c/com o art. 122 do RPAF/BA, contudo, sustenta que a despeito da renúncia, o CONSEF pode e deve reconhecer vícios e flagrantes ilegalidades da autuação, especialmente em se tratando de razões diversas daquelas encaminhadas ao Judiciário.

Questiona a legalidade do lançamento de ofício baseado exclusivamente na EFD, já que não possuiria cunho legal. Sustenta que o Tribunal de Justiça da Bahia já reconheceu a ilegalidade/inconstitucionalidade das autuações baseadas na Portaria nº 159/19 em diversas oportunidades.

Aponta a nulidade da decisão em relação a pontos não alcançados pela ação judicial, indicando entendimento da PGE externado em manifestação anexa ao recurso interposto e que teria sido homologado pela Procuradora Assistente no sentido de que deve ser apreciado ponto que, em tese, pode modificar o lançamento e que não tenha sido ventilado na medida judicial.

Defende ainda que em relação à verdade material, que não é objeto da ação judicial, é possível constatar, através da EFD, que a recorrente não adquiriu mercadorias sem documentação fiscal, não tendo sido realizado qualquer levantamento ou examinado documento, além do “Campo 10, do Registro 1300”. Exemplifica por amostragem que as quantidades vendidas, registradas nos seus equipamentos, encontram suporte nas compras registradas e estoques.

Conclui pedindo o provimento do recurso.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

A 1ª CJF aprovou diligência à PGE/PROFIS para se manifestar sobre as matérias que entende possíveis de apreciação, a despeito da existência de ações judiciais propostas pelo sujeito passivo para discutir os lançamentos. A recorrente atravessou petição (fls. 127-128) com cópia do Acórdão CJF nº 0345-12/23-VD no qual restou acolhida Representação da PGE para retornar o PAF a primeira instância para novo julgamento.

No parecer PGE/PROFIS de fls. 139-140vº, acolhido pela Procuradora Assistente (fl. 141), o Procurador do Estado Dr. José Augusto Martins Junior aponta que o acórdão recorrido não abordou matérias ventiladas na defesa, e apontadas no item 14 do Recurso Voluntário, concluindo por representar ao CONSEF para reconhecer a nulidade do acórdão de modo a ser proferida nova decisão livre do vício.

Em seguida, o processo retornou para apreciação e foi pautado para a sessão de julgamento do dia 06/09/2024. Compareceu (ram) o (as) autuante (s) e o (as) representante (s) legal (is) da recorrente, Dr. Fernando Marques Villa Flor, OAB/BA 11.026.

VOTO

Conforme relatado, ao responder a diligência aprovada nos autos, a PGE/PROFIS representou pela declaração de nulidade do acórdão recorrido para que os autos retornem à Primeira Instância para analisar as matérias de defesa não alcançadas pela medida judicial que motivou o reconhecimento da prejudicialidade.

Em que pese este relator tenha dúvidas se cabe representação neste momento processual, a rejeição do pedido formulado por este motivo representaria medida antieconômica e atentaria contra o princípio da celeridade processual. Registro que, apesar do RPAF/BA não restringir o

controle da legalidade a um momento ou ato processual específico e que, em face do princípio da autotutela da administração, toda ilegalidade deve ser corrigida de ofício, a qualquer tempo, inclusive, estando o PAF em sede de recurso com efeito devolutivo, basta acolher a pretensão recursal, se questionada a matéria, ou reconhecer a nulidade de ofício, salvo melhor juízo.

Não obstante a isso, diante dos elementos que constam do PAF e, especialmente, da mencionada manifestação da PGE/PROFIS opinando pela nulidade do acórdão recorrido, com a determinação do feito à primeira instância para que seja proferida nova decisão livre de vícios, penso que a prejudicial suscitada deve ser acolhida.

No voto que proferi no Acórdão CJF nº 0099-11/22-VD, acolhido por unanimidade, escrevi:

“[...] Entretanto, a noção de que a escolha da via judicial implicaria em renúncia da administrativa, não está vinculada à concomitância entre os procedimentos, situação que normalmente reclama manifestação sobre o tema, mas à ideia de prevalência da decisão judicial sobre a administrativa, pois o processo administrativo fiscal jamais poderia contrariar a conclusão que a ação judicial atingisse sobre o mesmo tema.

Por este motivo, pouco importa se a ação foi proposta antes ou depois de iniciado o procedimento administrativo, como fixou o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Economia em sua Súmula nº 1, à qual foi atribuído efeito vinculante:

Súmula CARF nº 1

Aprovada pelo Pleno em 2006

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

Todavia, não se pode perder de vista que não é toda e qualquer situação que atrairá este entendimento, haja vista que não há sentido em considerar que a parte renunciou à discussão sobre matéria que não é objeto da medida judicial, ou seja, a renúncia somente se refere “à matéria questionada judicialmente, a ser deslindada pelo dispositivo da sentença, e não a todo e qualquer aspecto relacionado ao ato impugnado”, como ensina Hugo de Brito Machado Segundo (Processo tributário, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2020, p. 123).

*Esta ressalva é necessária porque o caso em discussão reflete uma hipótese peculiar, pois **diante da expressa proibição deste conselho em declarar inconstitucionalidade ou negar aplicação a ato normativo emanado por autoridade superior (incisos I e III do art. 167 do RPAF/BA), não há sentido em considerar ter ocorrido renúncia à sua discussão ou escolha da via judicial.***

As matérias que constituem objeto da ação declaratória (inconstitucionalidade e ilegalidade), já se encontram excluídas da apreciação deste Conselho por disposição expressa do regulamento, ou seja, o “direito de escolha” sequer existe, somente cabendo ao Poder Judiciário sua apreciação. Tampouco foram arguidas como fundamento na impugnação ou no recurso voluntário. Logo, não vejo como considerar que houve renúncia à instância administrativa.

...

Pessoalmente, havendo identidade de objeto, entendo que o mais adequado seria o sobrestamento do processo administrativo logo após a intimação do contribuinte, resguardando-se o prazo para apresentação de defesa em momento posterior à conclusão da decisão judicial, ou, se não fosse possível, após o protocolo da impugnação, dada a possibilidade de persistirem matérias passíveis de discussão administrativa após apreciação judicial da ação proposta.

Ora, o contribuinte pode ajuizar ação para questionar a constitucionalidade da exigência do tributo, e obtendo julgamento desfavorável, ainda persistir interesse em impugnar o lançamento para comprovar a inexistência de débito em função de recolhimento realizado por substituto tributário ou erro na determinação da base de cálculo, por divergência no fator de conversão considerado, dentre outras hipóteses. [...]”

Recentemente, tive a oportunidade de aprofundar um pouco mais o pensamento no Acórdão CJF nº 0158-11/24-VD, também acolhido por unanimidade, no qual escrevi:

“[...] Entretanto, penso que a questão da concomitância não pode ser confundida com a litispendência, notadamente em todos os seus aspectos. Observe-se, por exemplo, que é possível a concomitância entre ação coletiva e individual, caso o interessado não requeira a suspensão ou desistência nos prazos indicados no CDC e na Lei do Mandado de Segurança.

Mas, prosseguindo as ações judiciais concomitantemente, somente aproveitará os efeitos da medida individual, independentemente do seu resultado e daquele obtido no feito coletivo. A ideia é apenas evitar decisões conflitantes, mas que não se sobrepõem em razão da competência funcional. Por outro lado, a concomitância entre ações judiciais e processos administrativos esbarra em outra situação que é a competência jurisdicional exclusiva do Poder Judiciário que impõe a prevalência das suas decisões.

Assim, sempre deverá prevalecer o entendimento final do Poder Judiciário, de modo que, em nome do princípio da eficiência, não é razoável a Administração Tributária desperdiçar recursos humanos e materiais na continuidade de um processo administrativo cuja decisão jamais sobreporá eventual pronunciamento judicial concomitante, independente de quem dele se favoreça.

Diante desta realidade, entendo que o mais adequado é observar se o *objeto* da medida judicial, seja ela individual ou coletiva, coincide com o do processo administrativo de modo a seu resultado repercutir neste de alguma forma, o que invariavelmente acontece em casos como o que está em discussão neste PAF; afinal, caso seja julgado procedente o mandado de segurança coletivo, a recorrente se beneficiará do mesmo, fulminando a pretensão fiscal, ainda que não figure como parte ou litisconsorte para efeitos de litispendência.

E não é diferente no sentido contrário, diante do princípio constitucional da unidade da jurisdição, extraído do inciso XXXV, do art. 5º da CF/88, qual seria a norma capaz de fundamentar uma decisão administrativa posterior à denegação do mandado de segurança coletivo sobre a matéria? Se o Judiciário diz que os substituídos não possuem o direito líquido e certo pleiteado pela associação, não cabe à Administração Tributária decidir o contrário.

A possibilidade de prosseguimento da defesa administrativa, assim, deve ser analisada com cautela, apenas para garantir o pleno exercício do direito de defesa em relação ao que ainda pode ser objeto de apreciação administrativa. Neste sentido, a ementa do Parecer Normativo COSIT nº 7/2014, da Secretaria da Receita Federal do Brasil parece sintetizar adequadamente a autuação administrativa remanescente nestes casos e o que penso sobre a matéria:

Ementa: CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E PROCESSO JUDICIAL COM O MESMO OBJETO. PREVALÊNCIA DO PROCESSO JUDICIAL. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. DESISTÊNCIA DO RECURSO ACASO INTERPOSTO.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública com o mesmo objeto do processo administrativo fiscal implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto.

Quando contenha objeto mais abrangente do que o judicial, o processo administrativo fiscal deve ter seguimento em relação à parte que não esteja sendo discutida judicialmente. A decisão judicial transitada em julgado, ainda que posterior ao término do contencioso administrativo, prevalece sobre a decisão administrativa, mesmo quando aquela tenha sido desfavorável ao contribuinte e esta lhe tenha sido favorável.

A renúncia tácita às instâncias administrativas não impede que a Fazenda Pública dê prosseguimento normal a seus procedimentos, devendo proferir decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida.

É irrelevante que o processo judicial tenha sido extinto sem resolução de mérito, na forma do art. 267 do CPC, pois a renúncia às instâncias administrativas, em decorrência da opção pela via judicial, é insuscetível de retratação.

A definitividade da renúncia às instâncias administrativas independe de o recurso administrativo ter sido interposto antes ou após o ajuizamento da ação.

Dispositivos Legais: Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN), art. 145, c/c art. 149, art. 151, incisos II, IV e V; Decreto-lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967, art. 20, § 3º; Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, arts. 16, 28 e 62; Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC), arts. 219, 267, 268, 269 e 301, § 2º; Decreto-lei nº 1.737, de 20 de dezembro de 1979, art. 1º; Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, art. 38; Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV; Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 53; Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, art. 22; Portaria CARF nº 52, de 21 de dezembro de 2010; Portaria MF nº 341, de 12 de julho de 2011, art. 26; art. 77 da IN RFB nº 1.300, de 20 de novembro de 2012, e-processo nº 10166.721006/2013-16 [...]”

Logo, entendo que deve ser dado PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para acolher a prejudicial

de NULIDADE do acórdão da JJF, determinando o retorno dos autos para apreciação das matérias não submetidas à apreciação do Poder Judiciário e/ou que com elas não conflitam.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para declara NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 269138.0044/21-0, lavrado contra o **POSTO KALILÂNDIA LTDA.**, devendo retornar os autos para apreciação das matérias não submetidas à apreciação do Poder Judiciário e/ou que com elas não conflitam.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS