

PROCESSO - A. I. N° 269138.0078/19-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - POSTO KALILÂNDIA LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 1ª CJF nº 0203-11/23-VD
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTRANET 20.01.2025

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0331-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. NULIDADE. JULGAMENTOS RELATIVOS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRETERIÇÃO AO DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. Representação proposta com fundamento no artigo 136, § 2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e no artigo 113, § 5º, I do RPAF/99, 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 com objetivo de elidir a ofensa ao princípio do devido processo legal (ampla defesa e o contraditório). 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, para que sejam declaradas Nulas as decisões de Primeira e Segunda Instâncias (A-0144-02/22-VD, A-0203-11/23-VD, fls. 264/274 e A-0354-11/23-VD) com a consequente reabertura do contencioso administrativo para julgamento das questões que não se encontram *sub judice*, tendo com objetivo de elidir a ofensa ao princípio do devido processo legal (ampla defesa e o contraditório). O crédito tributário é no valor de R\$ 214.560,54, acrescido de multa, pela constatação de três infrações, no entanto, o que está sendo objeto do feito é a seguinte:

INFRAÇÃO 01 – 04.07.02 – Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor do PMPF, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documento fiscal decorrente da omissão do registro da entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante verificação de variação volumétrica em índices do admitido pela ANP registrada no LMC/Registro 1300 da EFD. ICMS exigido R\$ 214.296,62, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. III, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, apurado nos períodos de dezembro de 2015, 2016, 2017 e 2018.

Enquadramento legal: art. 4º, § 4º, inc. IV; art. 6º, inc. IV; art. 23-A, inc. II da Lei nº 7.014/96 e art. 10, parágrafo único da Portaria nº 445/98.

O contribuinte impugnou o lançamento, fls. 23 a 62, o autuante apresentou a informação fiscal às fls. 91 a 111-v. Tendo a JJF decidido pela Procedência Parcial do Auto de Infração – fls. 174/204, no qual recorreu de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a” do RPAF/99.

A 1ª CJF na análise da desoneração promovida pela JJF, restabeleceu o lançamento tributário em sua totalidade julgando pela Procedência do Auto de Infração – fls. 264/74, julgando pelo Provimento do Recurso de Ofício.

O patrono do contribuinte apresentou Pedido de Reconsideração, nas fls. 284/90, pedindo reconsideração do julgamento no sentido de restabelecer a decisão de primeira instância, além de discorrer sobre as nulidades assinaladas.

No julgamento do Pedido de Reconsideração (A-0354-11/23-VD), a relatora juntamente com o colegiado desta esfera administrativa, decidiram pelo Conhecimento e Não Provitimento da apelação.

Nas fls. 313/18, o patrono anexa petição assinalando julgamento da 2ª CJF (A-0345-12/23-VD) sobre o fato de anulação das decisões proferidas anteriormente, de igual exame, que existem muitos pontos suscitados que não foram examinados pelo CONSEF e, a teor do art. 122, IV do RPAF, precisam serem enfrentados. Sinalizou que será feita uma representação ao CONSEF, propondo a nulidade da decisão da 2ª JJF.

Em seus deveres de representante do contribuinte, nas fls. 326/34, apresentou petição de controle da legalidade, discorrendo sobre:

- Discorreu sobre opção do contribuinte de a Ação Declaratória nº 8024453-36.2022.8.05.0001, já julgada em Segunda Instância Judicial (em favor da empresa). Ainda que a opção pela via judicial tenha interferência direta no processo administrativo fiscal, em casos análogos a Douta PGE/PROFIS, recentemente, se manifestou no sentido de que somente a matéria agitada na demanda judicial não deve ser apreciada pelo CONSEF, a teor do art. 122, inciso IV do RPAF, a extinção do PAF. Explica que existe pontos de discussão que não forem levados ao poder judiciário, cumpre ao CONSEF deliberar, e não à própria PGE, como levado a efeito no mencionado Parecer. Junta julgado CONSEF (A-0345-12/23-VD) exclusivamente à Infração 01, sob a alegação, notadamente relativos a *“aplicação da Instrução Normativa nº 56/07, dos demonstrativos documentos apresentados pela empresa/verdade material, e “declaração da empresa ENFOCK sobre inconsistência na EFD”*, condensados na manifestação - SIPRO nº 029212/2022-2, protocolada em 06/05/22, que não foram apreciados pela JJF. Volta a sustentar que apesar das decisões proferidas, existem arguições que não ainda não foram examinados pelo CONSEF, tendo o presente pedido compatível com o precedente citado, pelo que deve ser anulada a decisão da JJF, devendo o PAF retornar ao CONSEF, para instrução e novo julgamento, em Primeira Instância administrativa;
- Roa pelo princípio da verdade material, onde sustenta que a JJF do CONSEF foi omissa, leva ao entendimento de que, mesmo que as retificações realizadas na EFD/LMC não sejam consideradas, é possível se constatar, através das próprias EFDs, que a Autuada não adquiriu mercadorias sem documentação fiscal, restando comprovada através das documentações acostadas, tendo motivação para a retificação feita pela Autuada em seu LMC/EFD, autorizada, feita com base nos documentos emitidos e recebidos. Junta memória de cálculo para demonstrar o alegado, detalhando as operações;
- Ressaltou que não existiu manifestação acerca da inserção dos lançamentos aqui reportado, em valores, na contabilidade e nas DMAs transmitidas ao Fisco, o que conduz a assertiva de que se aplica ao caso concreto o quanto previsto na Instrução Normativa nº 56/07, implicando na improcedência da autuação, posto que vende apenas mercadorias sujeitas ao regime de ST – item 56, da defesa. Ainda que essa tese não tenha validade, como não compõe a discussão judicial, deve ser enfrentada.

Nas fls. 372/73 (frente e verso), a procuradora Dra. Leila Ramalho exarou Parecer da PGE/PROFIS, onde remeteu ao CONSEF, sob o exame de ação relativa à matéria discutida na infração 1 do Auto de Infração que obtivera sentença favorável de primeiro grau declarando pela improcedência de todas as autuações lavradas contra os autores relativamente ao mesmo tema. Reportou que o contribuinte exerceu o seu direito, na fase de controle da legalidade, peticionando o consentimento como forma de Representação ao CONSEF, a fim de que sejam apreciadas matérias defensivas que, conquanto julgadas prejudicadas, não constituem objeto da ação judicial em curso, quais sejam: *“retificação válida/autorização da EFD”, “verdade material” e “ilegalidade da multa aplicada”*.

Apontou que assiste razão ao recorrente, pois matérias não levadas ao escrutínio do Judiciário, desde que administrativamente aduzidas, não só podem, como devem, em atenção aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, ser julgadas/analizadas pelo CONSEF. Ressalta ser incabível a recusa de julgamento a seu respeito, sob a justificativa do art. 117 do RPAF, por se tratar de tema que, sendo pertinente à particularidade da presente autuação, não se encontra sob apreciação do Poder Judiciário, não será judicialmente decidido, portanto, pede que análise todas as matérias suscitadas.

Na fl. 374, consta acolhimento, por parte da procuradora assistente, do parecer proferido.

Pautado para a sessão de julgamento do dia 13/12/2024. Presente o representante legal da recorrente, Dr. Fernando Marques Villa Flor, OAB/BA 11.026.

VOTO

Como relatado, em razão de Pedido de Controle da Legalidade interposto pelo sujeito passivo, a PGE/PROFIS por meio do Parecer PROFIS-NCA-LSR Nº 47/2024, às fls. 372/373v dos autos, com anuência do Procurador Assistente da PGE/PROFIS/NCA, à fl. 374 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 A-0144-02/22-VD, e pela 1ª CJF, por meio do Acórdão 1ª CJF nº 0203-11/23-VD, 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.113), suscitou matérias defensivas que, conquanto julgadas prejudicadas, não eram objeto da ação judicial, em especial 3 delas (fls. 372/373-v dos autos):

(i) *retificação válida/autorizada da EFD*;

(ii) *verdade material*;

(iii) *ilegalidade da multa aplicada*.

Concluiu a PGE que tais alegações são parcialmente verdadeiras.

Dois argumentos aventados (verdade material e ilegalidade da multa), 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, no acórdão da JF (fls. 176/204) ou prejudicada a análise do Recurso Voluntário, declarada pela CJF (fls. 264/274). A recusa de julgamento administrativo das matérias pode ser interpretada como 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*.

Destacou, ainda, o referido Parecer, que o argumento da *retificação válida/autorizada da EFD*, foi analisada sim pelas instâncias julgadoras, não havendo que se falar em ofensa ao devido processo legal neste caso.

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 A-0144-02/22-VD, e pela 1ª CJF, por meio do Acórdão CJF nº 0203-11/23-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 JF nº A-0144-02/22-VD e CJF nº 0203-11/23-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 1ª 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 269138.0078/19-0, lavrado contra o **POSTO KALILÂNDIA LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para retomada do rito processual.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

BRUNO NOU SAMPAIO – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS