

PROCESSO - A. I. N° 269138.0108/19-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - POSTO KALILÂNDIA LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS - Acórdão CJF n° 0113-11/23-VD
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/01/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0521-12/24-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 n° 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 não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 136, § 2º da Lei n° 3.956/81 (COTEB) e no artigo 113, § 5º, I do RPAF/99, através do Parecer PROFIS-NCA-LSR N° 13/2024, subscrito pela Procuradora do Estado Leila Von Söhsten Ramalho, às fls. 511 a 514, com anuência da Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA Paula Gonçalves Morris Matos, propõe ao CONSEF que sejam anulados os julgamentos realizados pela 1ª JF, através do Acórdão JF n° 0202-01/22-VD (fls. 330/349) e pela 1ª CJF, por meio do Acórdão CJF n° 0113-11/23-VD (fls. 394/397), 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 n° 057.745.381, exige o débito original de R\$ 679.734,09, 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. 300/316, tempestivamente, apresentou manifestação após abertura do prazo de defesa, no 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 n° 445/98, suscitou também questões preliminares relativas à:

- (i) 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;
- (ii) 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 RICMS/BA; e
- (iii) impossibilidade de autuação baseada exclusivamente em EFD.

Relata que após a informação fiscal (fls. 323/324) o CONSEF 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 n° 445/98, sua legalidade e constitucionalidade*” – tendo obtido sentença favorável de primeiro grau que declarou a

improcedência da autuação, considerou prejudicada a defesa (fls. 330 a 349) e, posteriormente, também considerado prejudicado o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte (fls. 394 a 397), com fundamento no art. 117 do RPAF.

Destaca que o contribuinte vem aos autos (fls. 409 a 408), 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 foi 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.

Observa que em seus julgamentos de fls. 330/349 e 394/397 que na defesa e recurso o autuado, como já ressaltado, além de questões de mérito relativas à procedência da imputação fiscal, suscitou também questões preliminares, acima relatadas (nulidade, retificações espontâneas da EFD e impossibilidade de autuação com base na EFD), *“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”*.

Ressalta que as questões aduzidas que não se encontram sob apreciação do Poder Judiciário, que não serão judicialmente decididas devem ser apreciadas, sendo incabível a invocação do art. 117 do RPAF/BA, na esfera administrativa, por implicar em ofensa ao princípio do devido processo legal, de que são corolários a ampla defesa e o contraditório,.

Conclui que com fulcro no art. 113, § 5º, I do RPAF, Representa ao CONSEF, a fim de que sejam anulados os julgamentos de fls. 330/349 e 394/397, com a consequente reabertura do contencioso administrativo para julgamento das questões que não se encontram *sub judice*, conforme Parecer PROFIS-NCA-LSR Nº 13/2024, às fls. 511/514, com anuência da Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA (fl. 515).

À fl. 516, consta regularização no SIGAT da situação atual “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.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir valor histórico de R\$ 679.734,09 do sujeito passivo “POSTO KALILÂNDIA LTDA”, sob inscrição estadual na SEFAZ/BA nº 057.745.381, 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”*.

Em decorrência do Pedido de Controle da Legalidade interposto pelo sujeito passivo, a PGE/PROFIS por meio do Parecer PROFIS-NCA-LSR Nº 13/2024 (fls. 511/514) com anuência do Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA (fl. 515), com fulcro no art. 113, § 5º, I do RPAF/BA, representa ao CONSEF, a fim de que sejam anulados os julgamentos realizados pela 1ª JF, através do Acórdão JF nº 0202-01/22-VD, e pela 1ª CJF, por meio do Acórdão CJF nº 0113-11/23-VD, respectivamente às fls. 330 a 349 e 395 a 399, 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. 14 a 50), 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) 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;
- (ii) 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); e
- (iii) impossibilidade de autuação baseada exclusivamente em EFD.

Constato que conforme ressaltado pela PGE/PROFIS, tais alegações aduzidas em primeira e segunda instância não se encontram sob apreciação do Poder Judiciário. Como não foram avaliadas pela JJF e CJF, é incabível a aplicação do disposto no art. 117 do RPAF, invocado nos citados Acórdãos, para concluir como subsistente o Auto de Infração, visto que a declaração de prejudicada a defesa e Recurso Voluntário, 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. 300 a 316, suscitado questões acerca: nulidade do lançamento em decorrência de insegurança na determinação da infração e apuração das quantidades consideradas como omitidas (fl. 15) e retificações da EFD (fl. 48/50), as quais não foram apreciadas pela 2ª JJF, conforme Acórdão JJF nº 0202-01/22-VD (fls. 330/349), que, diante da notícia da existência de medida judicial interposta pelo contribuinte, consignou que as questões preliminares aventadas deixaram de ser apreciadas (fl. 349).

Por sua vez, quando da interposição do Recurso Voluntário (fls. 359/379), o sujeito passivo voltou aos citados temas (vício do Termo de Início de Fiscalização), fl. 361, e (retificações da EFD), fl. 366, e, da mesma forma, não foram apreciadas pela 1ª CJF, conforme Acórdão nº 0113-11/23-VD (fls. 395/397), 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.

Conclui-se que de acordo com o relato contida na Representação da PGE/PROFIS e análise das peças processuais, nos termos do art. 113, § 5º, I do RPAF, comprovada 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 1ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0202-01/22-VD e pela 1ª CJF, por meio do Acórdão CJF nº 0113-11/23-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 JJF nº 0202-01/22-VD e CJF nº 0113-11/23-VD, devendo ser cientificado ao recorrido e, posteriormente, o PAF retornar à Primeira Instância para novo julgamento e posterior retomada do rito processual.

VOTO DISCORDANTE

Peço vênia ao ilustre Relator para, respeitosamente, inaugurar divergência quanto ao mérito do qualificado voto apresentado para deslinde da Representação proposta.

Isso porque, apesar com todas as vênias ao quanto proposto pela representação da Procuradoria Geral do Estado, tenho que a perspectiva de reabertura do exame da questão submetida ao crivo do Poder Judiciário não merece prosperar, já que são discussões que partem dos mesmos

pressupostos apresentados. Guardo entendimento no sentido de que a norma de regência não oferta ao contribuinte tal direito, conforme se verifica nos seguintes dispositivos:

COTEB (LEI Nº 3.956 DE 11 DE DEZEMBRO DE 1981)

Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.

RPAF (DECRETO Nº 7.629 DE 09 DE JULHO DE 1999)

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.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.

§ 2º A ação judicial proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário, salvo quando:

I - acompanhada do depósito do seu montante integral;

II - concedida medida liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão.

§ 3º A suspensão da exigibilidade do crédito nos casos de depósito do valor ou de concessão de medida liminar em mandado de segurança não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

(...)

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

I - com a extinção do crédito tributário exigido;

II - em face de decisão judicial transitada em julgado contrária à exigência fiscal;

III - pela transação;

IV - 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;

V - com a decisão administrativa irrecorrível;

VI - por outros meios previstos em lei.

Efetivamente, a Autuada ingressou com medida judicial acerca da matéria tratada no presente PAF, sendo claro o ataque frontal ao Auto de Infração objeto desta lide, notadamente em contraposição à capitulação legal adotada pelo Autuado e à temática central da discussão narrada na descrição do auto de infração.

Não vejo, ainda que sob outro prisma, que das normas citadas resta margem interpretativa para conceder ao julgador administrativo a opção de selecionar quais das matérias passíveis de discussão podem remanescer após a opção do contribuinte pela via judicial, ainda mais que a pretensão veiculada na citada Ação possui ampla cognição em derredor da arguição de nulidade do auto de infração.

Registro ainda que não verifico plausibilidade na perspectiva processual apresentada ainda que sob a chancela dos princípios da legalidade e ampla defesa, na medida em que no âmbito do processo judicial, na perspectiva das garantias, tem-se muito mais amplitude, relevo e proteção.

Logo, tendo optado pela discussão judicial e na impossibilidade de concomitância de discussões administrativas e judiciais versando sobre o mesmo objeto, ou seja, a higidez do auto de infração em comento, devem ser aplicados ao caso os arts. 117 e 122 do RPAF, com consequente renúncia ao processo administrativo fiscal, não havendo o que se modificar na decisão de piso.

Do exposto, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da representação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **ACOLHER** a Representação proposta para declarar **NULAS** as Decisões relativas ao Auto de Infração nº **269138.0108/19-7**, lavrado contra **POSTO KALILÂNDIA LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para realização de novo julgamento.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Fernando Antonio Brito de Araújo, Igor Lucas Gouveia Baptista, João Vicente Costa Neto, Antonio Dijalma Lemos Barreto e Eduardo Ramos de Santana.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiro: João Felipe Fonseca Oliveira de Menezes.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES - VOTO DISCORDANTE

LEILA VON SOHSTEN RAMALHO - REPR. DA PGE/PROFIS