

PROCESSO - A. I. N° 115305.0010/09-6
RECORRENTE - GS COMÉRCIO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS LTDA. (POSTO NEVES)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF n° 0314-03/10
ORIGEM - INFRAZ ITAPETINGA
INTERNET - 28/12/2011

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0393-11/11

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. Deve-se exigir o pagamento do imposto do destinatário das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, devido por antecipação tributária e apurado em função do valor acrescido. Infrações caracterizadas. Débito objeto de pedido de parcelamento. Recurso não enfrenta o único fundamento. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 3^a JJF, através do Acórdão JJF n° 0314-03/10, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado em 27/09/2009, para imputar ao sujeito passivo as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1. Falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício aberto de 2009. ICMS no valor de R\$44.824,37, acrescido da multa de 70%.

INFRAÇÃO 2. Falta de recolhimento de ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque no exercício aberto de 2009. ICMS no valor de R\$13.788,56, acrescido da multa de 60%.

O sujeito passivo apresentou, tempestivamente, a impugnação (fl. 147), pedindo pela improcedência da autuação, tendo o autuante, à fl. 151, prestado a informação de praxe, mantendo a procedência do lançamento fiscal.

Em Primeira Instância, a Junta de Julgamento Fiscal, de plano, consignou estarem presentes os pressupostos de validade processual, estando definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não se encontrando o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99, destacando ter o contribuinte recebido os demonstrativos atinentes às imputações, bem como reaberto o seu prazo para impugnação ao lançamento de ofício, por determinação da JJF, ensejo em que se manteve silente.

No mérito, a JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, consoante análise e fundamentos a seguir transcritos:

“No mérito, o Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS no valor total de R\$58.623,93, em razão de duas imputações relativas a irregularidades apurado por meio de levantamento quantitativo de estoque de combustíveis, auditoria realizada no exercício aberto de 2009, com base nos livros e dados do contribuinte, conforme demonstrativos do levantamento fiscal às fls. 06 a 12, cópias de Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica – DANFEs às fls. 13 a 82, e cópias do Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC às fls. 83 a 138.

O contribuinte, tal como exposto pelo autuante em sua informação fiscal, não adentra no mérito da auditoria realizada, nas duas oportunidades para apresentação de impugnação, sendo a segunda por determinação desta 3^a Junta.

Por outro lado, o contribuinte pediu parcelamento do débito lançado no Auto de Infração, embora nos extratos do sistema informatizado SIGAT/SEFAZ, às fls. 153 a 155, esteja discriminado o parcelamento do valor principal de R\$54.281,42, correspondente apenas a parte do débito originalmente reclamado de R\$58.623,93.

Assim, inicialmente o contribuinte impugna o lançamento de ofício, e posteriormente ingressa com pedido de parcelamento do débito lançado no Auto de Infração, parcelamento este que veio a ser indeferido, conforme documentos de fls. 164 e seguintes.

Assinalo que no documento intitulado “Requerimento de Parcelamento de Débito”, que o sujeito passivo assina, à fl. 161, está descrito, de forma expressa, que o signatário está “ciente que nos termos do disposto no art. 1º, parágrafo 1º, inciso I, do Dec. 8.047/2001, este requerimento de parcelamento implica na confissão da dívida objeto do pedido;”.

Prevê tal dispositivo:

Decreto nº 8.047/2001:

Art. 1º Os sujeitos passivos poderão pleitear a liquidação em parcelas de débitos tributários em atraso, exigidos com base em Auto de Infração, Denúncia Espontânea ou Notificação Fiscal.

§ 1º O pedido de parcelamento produzirá os seguintes efeitos:

I - confissão da dívida
(grifos nossos)

O indeferimento do pedido de parcelamento, ato administrativo posterior à confissão da dívida, confissão esta que é condição imprescindível para que o contribuinte possa fazer o pedido de parcelamento de seu débito, tal indeferimento, ato do poder público, não desfaz a situação que lhe é preliminar, de estar o débito já confessado pela pessoa física que é o signatário, e ora sujeito passivo.

Tanto assim, que prevê o §2º do artigo 12 do mesmo Decreto nº 8.047/2001 que, indeferido o pedido de parcelamento, o contribuinte terá o prazo de dez dias para efetuar o recolhimento integral do débito, sob pena de imediata inscrição deste débito na Dívida Ativa.

O §3º do mesmo artigo 12 prevê, também, que o contribuinte poderá ingressar com Recurso contra a Decisão de indeferimento, e o §5º traz a determinação de que, decidido o pedido, ou Recurso, o contribuinte deverá efetuar o pagamento do débito:

Decreto nº 8.047/2001:

Art. 12. São competentes para decidir sobre o pedido de parcelamento, (...):

§ 2º. Indeferido o pedido de parcelamento, o contribuinte terá o prazo de 10 (dez) dias, contados da data da ciência da Decisão, para efetuar o recolhimento integral do restante do débito, com os acréscimos legais, sob pena de sua imediata inscrição na Dívida Ativa, ajuizamento ou prosseguimento da execução.

§ 3º. Da Decisão que indeferir o parcelamento, caberá Recurso voluntário ao superior imediato da autoridade que negar o pedido, no prazo de 10 (dez) dias, contados da data da ciência da Decisão

§ 5º. Decidido o pedido ou o Recurso, o contribuinte deverá efetuar o pagamento do débito, por inteiro ou parceladamente, conforme o resultado da Decisão.

Ou seja, o débito está confessado desde o momento do pedido de parcelamento. E o Decreto nº 8.047/2001 também explicita providências a serem tomadas para que o erário receba o montante confessado.

Pelo exposto, deixou de existir a lide no momento em que o contribuinte confessou o débito lançado no Auto de Infração que, antes, impugnara.

Acresce-se a estes fatos que, uma vez reaberto o seu prazo para apresentação de impugnação, com o recebimento de todos os documentos determinados por esta 3^a JJF, até o momento deste julgamento o contribuinte não mais se pronunciou neste processo.

Observo, por oportuno, que a responsabilidade pela infração independe da intenção do agente ou beneficiário, nos temos do artigo §2º do artigo 40 da Lei nº 7.014/96, pelo que não acato a alegação defensiva neste sentido.

Infrações 01 e 02 procedentes.

Por tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Cientificado da Decisão, o autuado, através de advogados legalmente constituídos, interpôs Recurso Voluntário, pugnando, preliminarmente, pela nulidade total do Auto de Infração e, no mérito, pela improcedência da ação fiscal (fls. 192/211).

Sustentou, inicialmente, que as infrações não poderiam prosperar, por ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas, segurança das relações e isonomia, visto que o procedimento aplicado pelo autuante, na auditoria de estoque, era injusto e cobrava tributo duas vezes sobre um mesmo fato gerador.

Em seguida, suscitou duas preliminares de nulidade, sendo a primeira, por ofensa ao princípio da isonomia na auditoria empregada, defendendo que toda fiscalização deve ser motivada, de acordo com as circunstâncias para a sua adoção, com tratamento isonômico a todos os contribuintes cujas circunstâncias se assemelharem, no caso específico, a consideração do processo das aferições diárias.

A segunda questão prévia, por ofensa ao princípio da legalidade na auditoria empregada, arguindo ter o autuante ignorado a norma estabelecida pela ANP (Agência Nacional de Petróleo), a qual determina as aferições diárias dos bicos de abastecimento de combustíveis, admitindo uma presunção favorável ao contribuinte em razão da retirada de 20 litros diários para exame.

No mérito, pugnou pela improcedência da imputação, alegando inexistirem as supostas omissões de entradas de mercadorias tributáveis, porquanto, embora o lançamento fiscal em tela tenha decorrido de auditoria fiscal de estoque em “exercício fechado e aberto”, tal procedimento se encontrava eivado de equívocos e distante da realidade das quantidades de entrada e saída de mercadorias da empresa autuada.

Aduziu possuir o lançamento fiscal erro de elaboração, eis que as quantidades contabilizadas pelo autuante destoavam do quanto efetivamente comercializado no estabelecimento, conforme pretende provar com a juntada das notas fiscais de saídas de combustível dos distribuidores para o destinatário autuado, algumas já anexadas e outras a serem apensadas posteriormente, disso resultando a total improcedência da ação fiscal.

Prosseguindo, reiterou a falta de observação, pelo fiscal, de critérios técnicos e legais, como as alterações diárias decorrentes da aferição.

Em seguida, às fls. 228/229 consta petição atravessada pelo sujeito passivo, confirmando os argumentos apresentados no Recurso e requerendo a juntada de cópias de notas fiscais de entrada de combustíveis, com a finalidade de elucidar a diferença encontrada pelo levantamento do autuante.

A PGE/PROFIS, em Parecer de fl. 240, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, consignando que o recorrente apresentou razões recursais relativas ao levantamento quantitativo de estoque, sem atentar para o fundamento da Decisão recorrida, qual seja, a confissão da dívida, quando do pedido de parcelamento que, embora indeferido, produziu efeito de reconhecimento, no entendimento da J.J.F. Assegurou, ainda, não ter a matéria recursal contestado a Decisão recorrida, posto que não procurou afastar o entendimento de que o débito fora reconhecido e confessado.

VOTO

Inicialmente, é necessário registrar que o Recurso Voluntário não enfrentou, em nenhuma oportunidade, o único fundamento em que se apoiou a Decisão de piso para julgar procedentes as infrações imputadas ao contribuinte, isto é, a procedência do auto infracional face ao reconhecimento e confissão do débito.

Ao contrário, como se verifica nos Relatório e Parecer da PGE/PROFIS, o Recurso Voluntário se concentra, tanto nas preliminares, quanto no mérito, em razões tendentes à desqualificação do levantamento quantitativo de estoque promovido pelo autuante.

Ora, é cediço que esta espécie recursal tem como fundamento o inconformismo do sujeito passivo com a Decisão de Primeira Instância. Pois bem, *in casu*, sequer o sujeito passivo externou qualquer inconformismo com o decisório, aliás, não menciona, ao menos, a existência

de pedido de parcelamento com confissão de débito do contribuinte, retratados às fls. 161, 162 e 163 dos autos, sendo, por isso a petição recursal manifestamente inepta.

O Recurso Voluntário visa à desconstituição, parcial ou total, da Decisão recorrida, e, para tanto, deve o recorrente apresentar argumentos objetivando que tal alteração seja processada através de julgado da Segunda Instância, apontando as incorreções, os equívocos, os pontos da Decisão que entende devam ser apreciados, ou mesmo trazendo argumentos novos que permitam uma análise melhor das matérias abordadas.

Assim é que o Recurso Voluntário do sujeito passivo não pode ser visto como uma ação independente, dissociado da Decisão anteriormente proferida pela instância de piso, tanto que é originado e motivado a partir do julgamento hostilizado.

Nesse passo, o art. 169, I, “b”, do RPAF/BA, ao tratar desta espécie recursal, é claro e objetivo quando previsiona que o Recurso Voluntário seja interposto contra a Decisão de Primeira Instância, *verbis*:

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

I - para as Câmaras de Julgamento do CONSEF;

*b) Recurso voluntário do sujeito passivo **contra a Decisão da primeira instância** em processo administrativo fiscal;”.* Grifos nossos.

Importante, ainda, destacar que, conforme se comprova no feito, o sujeito passivo ao solicitar o parcelamento do débito decorrente do Auto de Infração em epígrafe, de acordo com a legislação que rege a matéria, está confessando, reconhecendo e renunciando ao direito de discussão na seara administrativa sobre a existência e validade do débito tributário, mesmo que o referido pedido de parcelamento seja indeferido, acarretando, destarte, o imediato encerramento do processo administrativo fiscal, nos termos do art. 27, III, do RPAF/BA, transcreto:

Art. 27. Encerra-se o procedimento administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

(...)

III - o reconhecimento do débito pelo sujeito passivo;

Concludentemente, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do presente Recurso Voluntário, confirmado a Decisão recorrida, no sentido da PROCEDÊNCIA do Auto de Infração epigrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NAO CONHECER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 115305.0010/09-6, lavrado contra GS COMÉRCIO VAREJISTA DE COMBÚSTIVEIS E LUBRIFICANTES LTDA. (POSTO NEVES), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$58.623,93, acrescido das multas de 60% sobre R\$13.799,56 e 70% sobre de R\$44.824,37, previstas no artigo 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, em redação vigente à época dos fatos geradores da obrigação tributária, com os acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SE - REPR. DA PGE/PROFIS