

PROCESSO - A. I. Nº 2073500025/04-1  
RECORRENTE - L.C.S. REINA SOBRINHO  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0121-03/05  
ORIGEM - INFAC BONOCÔ  
INTERNET - 31/10/2005

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0373-12/05**

**EMENTA:** ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo de estoques, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO E ENERGIA ELÉTRICA. CONSUMIDOS POR TERCEIROS (SÓCIOS E OUTRAS EMPRESAS), SEM ESTAR DIRETAMENTE LIGADOS À ATIVIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO DO CONTRIBUINTE. Infrações comprovadas. Não acatado o pedido de diligência fiscal. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Não compete a este órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual. Mantida a Decisão de primeira instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a referida Decisão prolatada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0121/03-05, que julgou pela Procedência do Auto em epígrafe.

O presente Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$80.558,60, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência do cometimento das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto constatado pela apuração de diferenças, tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o tributo sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício (2000 e 2001) – R\$74.592,50;
2. Utilização indevida de crédito fiscal extemporâneo, relativo à aquisição de energia elétrica e serviço de comunicação na comercialização de mercadorias (agosto/01) – R\$819,04;

3. Utilização indevida de crédito fiscal, referente a serviço de comunicação usado na comercialização de mercadorias (agosto/01) – R\$5.147,06.

O recorrente, em sua defesa, contestou a autuação, argüindo, preliminarmente, a nulidade do lançamento, com fundamento no artigo 18, do RPAF/99, pelas razões seguintes:

1. o autuante, em nenhum momento, “*perquiriu a busca da verdade material, colhendo dados corretos da escrita da impugnante*” e “*a única conclusão que se pode chegar é que o representante do Tesouro Estadual já estava imbuído do espírito de ‘AUTUAR SONEGADORES CONTUMAZES...’*”;
2. o lançamento contém “*uma série de falhas técnicas e metodológicas*” e é “*decorrente de violação às normas jurídicas cogentes e direitos adquiridos do contribuinte, consagrados pela Constituição Federal*”;
3. a metodologia do levantamento fiscal “*resta afastada dos poderes de fiscalização em face de assentamento jurisprudencial negando arbitramento oblíquos*”;
4. o preposto fiscal restringiu-se a lavrar um Auto de Infração insubstancial, “*desconsiderando injustificadamente os valores reais escriturados pelo Impugnante, bem como as provas documentais que confirmam que em momento algum foi sonegado tributo estadual*” e, “*para descharacterizar uma contabilidade é necessário primordialmente, respeitar, sob pena de nulidade, TODOS os princípios de contabilidade por TODOS nós conhecidos*”;
5. este CONSEF tem dado mostras de ser um órgão preocupado com a legalidade, consoante as ementas das Resoluções nºs 979/91 e 2247/91 e do Acórdão nº 198/00 que transcreveu;
6. não foi anexado “*demonstrativo que comprove claramente a apuração do crédito tributário, demandando da ora impugnante deduções que agridem a segurança jurídica*”;
7. inexiste uma descrição perfeita dos fatos que ocasionaram o suposto ilícito tributário, bem como uma planilha capaz de demonstrar as apurações, caracterizando cerceamento do seu direito de defesa.

No âmbito meritório, em relação à infração 1, argumentou que nunca realizou saídas de mercadorias sem nota fiscal; a imputação é elidida pelo fato de que as mercadorias “*permanecem até os dias de hoje no estabelecimento fiscalizado*”; o autuante não poderia ter desprezado o controle contábil. Transcreveu o pensamento doutrinário e afirmou que, se forem desconsiderados os argumentos defensivos, “*o interesse público será danificado, uma vez que o Estado certamente sofrerá prejuízos numa empreitada judicial*”. Quanto às infrações 2 e 3, alegou que são descabidas, haja vista que o ICMS não é cumulativo, conforme princípio estabelecido no inciso I, do § 2º, do artigo 155, da Constituição Federal, e a autuação “*é uma ofensa clara ao princípio constitucional da hierarquia das leis e, pior ainda, o princípio da não-cumulatividade, permitindo que o Estado se locuplete as custas do contribuinte, tornando cumulativo um imposto notadamente não-cumulativo*”. Transcreveu o entendimento do jurista Heron Arzua e concluiu que “*as entradas de todos os insumos necessários à atividade-meio, sem os quais a Impugnante não chegaria a sua atividade-fim, geram crédito do imposto, por quanto o que a Lei Maior não proíbe autorizado está, não competindo ao legislador infraconstitucional restringir, onde o constituinte não quis*”. Requeru a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, bem como a realização de “*revisão fiscal para que seja depurado do suposto débito os valores indevidamente exigidos, com realização de perícia no local do estabelecimento do autuado*”. Por fim, pediu a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, o autuante rebateu as alegações defensivas, aduzindo, quanto à infração 1, que “*a empresa autuado não apresentou demonstrativo a fim de contestar as diferenças apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques*”. No que tange às infrações 2 e 3, aduziu que “*não há como justificar a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo à*

*aquisição de energia elétrica e de serviço de comunicação não pertencentes à empresa".* Finalmente, ratificou os termos da autuação.

Através do Acórdão JJF Nº 0121/03-05, a 3<sup>a</sup> JJF julgou Procedente o Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) o pedido de diligência e perícia há que se ser rejeitado, uma vez que se encontravam no processo todos os elementos necessários à convicção da julgadora e, além disso, tal providência era desnecessária, à luz das outras provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea "a" e inciso II, alínea "b", do RPAF/99. Ademais, em conformidade com o art. 145, do RPAF/99, "*o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade*", o que não ocorreu, por parte do contribuinte, em sua peça de defesa;
- b) rejeita-se, de igual forma, a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, posto que não se inclui na competência do CONSEF a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual (art. 167, I, do RPAF/99);
- c) não merecem guarida as demais argüições de nulidade do autuado, visto que "*o lançamento encontra-se embasado nos demonstrativos elaborados pelo autuante, dos quais o sujeito passivo recebeu cópia, bem como nas fotocópias de livros e documentos fiscais acostados ao PAF (fls. 5 a 351)*", sem prejuízo do fato de que "*as infrações foram descritas de forma satisfatória, com a indicação dos dispositivos infringidos e o contribuinte apresentou sua impugnação a todos os fatos narrados, não havendo nenhum cerceamento de seu direito de defesa ou prejuízo ao princípio do contraditório*";
- d) inexistiu arbitramento da base de cálculo do imposto, uma vez que "*os roteiros de auditoria, seguidos pelo preposto fiscal, estão previstos legalmente; todos os dados e informações foram colhidos dos livros e documentos fiscais da escrituração do próprio contribuinte*";
- e) quanto ao *meritum causae* da infração 1, decidiu a R. 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal que "*o contribuinte, em nenhum momento, contestou os números apurados pelo preposto fiscal, limitando-se a tecer comentários genéricos sobre as funções dos agentes fiscais, sobre a verdade material e a negar o cometimento das irregularidades apontadas*", ao passo que restaram comprovadas, através dos documentos trazidos pelo autuante, as acusações fiscais, tendo sido, o levantamento quantitativo de estoques, realizado de acordo com o programa específico, inclusive com a colação das planilhas, bem como da fotocópia do livro Registro de Inventário, razão pela qual julgou procedente a citada infração;
- f) no que concerne ao mérito das infrações 2 e 3, ressaltou a eminente Julgadora que a utilização, como crédito fiscal, do imposto destacado em contas de energia elétrica e telefone, por estabelecimentos comerciais, "*está condicionada ao atendimento de certas condições previstas no artigo 93, inciso II, alínea "b" e inciso II-A, alínea "b" e seu § 16, do RICMS/97*"; entendeu, por tal razão, que da análise dos documentos apensados aos autos, restou demonstrado "*que o autuado se utilizou, como crédito fiscal, do ICMS destacado em contas de energia elétrica e de comunicação, consumidos por outros estabelecimentos ou pessoas físicas, sem atender às condições estabelecidas na legislação, conforme acima mencionado*", sendo, portanto, correto o débito exigido, aplicando-se as regras insculpidas nos arts. 142 e 143, do RPAF/99;

Inconformado com a Decisão prolatada pela 3<sup>a</sup> JJF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, reiterando, quase que literalmente, os termos constantes de sua impugnatória acima referida, pugnando, preliminarmente, pela anulação do presente Auto de Infração, determinando-se o seu consequente arquivamento, uma vez que comprovou a "*violação aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa e da segurança jurídica dos atos administrativos*". Requereu, ainda, caso sejam ultrapassadas as preliminares suscitadas, a improcedência da autuação fiscal,

*“tendo em vista ter o autuado efetuado o pagamento o ICMS indevidamente lançado no presente Auto de Infração”*, protestando, ao final, pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada posterior de documentos.

Em seu Parecer, o ilustre representante da PGE/PROFIS entende, inicialmente, que não há como prosperar o pedido de revisão fiscal formulado pelo recorrente, uma vez que à luz do art. 147, II, “b”, do RPAF, o conjunto probatório produzido nos autos é suficiente para o convencimento do julgador, tornando desnecessária a realização de qualquer perícia fiscal. Aduz que o recorrente se limita a taxar, de forma genérica, a atuação do fisco como ilegal, sem colacionar aos autos qualquer documento *“que possa dar suporte ao quanto alega em seu favor”*. Quanto ao mérito da infração 1, ressalta que a autuação derivou da auditoria de estoque realizada pelo agente autuador, existindo nos autos, ainda, a cópia do Livro de Inventário. No que se refere às infrações 2 e 3, prossegue, verifica-se que o recorrente pretendeu valer-se de suposto crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica e de serviço de telecomunicação, quando, em verdade, tais dispêndios pertenceriam a terceiros e não ao próprio contribuinte/autuado. Ao final, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

## VOTO

Inicialmente, em breve prelóquio, rejeito o pedido de diligência e perícia reiterado pelo recorrente, posto que, no meu entender, encontram-se no processo os elementos necessários ao julgamento, sendo, como decidiu a primeira instância, desnecessária tal providência em face das demais provas produzidas, à luz do art. 147, inciso I, alínea “a”, e inciso II, alínea “b”, do RPAF/99.

Outrossim, ainda nesse envolver, é de corriqueira sabença que o recorrente, *“ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade”*, conforme preceitua o art. 145, do RPAF/99, o que efetivamente não ocorreu no caso vertente.

*Pari passu*, não há como prosperar a preliminar de constitucionalidade suscitada pelo recorrente, tendo em vista que, com espeque no art. 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Quanto às demais preliminares também reiteradas pelo recorrente em suas razões recursais, rejeito-as em função do lançamento encontrar-se embasado nos demonstrativos elaborados pelo autuante - em relação aos quais o recorrente recebeu cópia - bem como nas fotocópias dos livros e documentos fiscais acostados ao presente processo. Inexistiu, portanto, qualquer cerceamento do direito de defesa do recorrente, vez que o mesmo apresentou sua impugnação e Recurso quanto a todos os fatos narrados, sem prejuízo do fato de que as infrações foram descritas de forma satisfatória, com a indicação dos dispositivos infringidos.

Razão alguma assiste ao recorrente no que tange à alegação de *“arbitramento da base de cálculo do imposto”*. Senão, vejamos. Da análise dos autos, vislumbra-se, com clareza solar, que os roteiros de auditoria adotados pelo autuante estão expressamente autorizados por lei, sendo que todos os dados e informações foram colhidos dos livros e documentos fiscais da escrituração do próprio contribuinte.

Ingressando no âmbito de análise do *meritum causae*, restou demonstrado que o recorrente não se insurgiu quanto aos números indicados pelo autuante, limitando-se a fazer genéricas considerações acerca das funções dos agentes fiscais, da verdade material, negando o cometimento das irregularidades apontadas.

Por outro lado, a acusação objeto da infração 1 ficou claramente comprovada através dos documentos trazidos pelo autuante aos autos, convindo reiterar o *decisum* de primeira instância

quanto á assertiva de que “*O levantamento quantitativo de estoques (infração 1) foi realizado de acordo com o programa específico e as planilhas estão acostadas às fls. 5 a 29, bem como a fotocópia do livro Registro de Inventário (fls. 37 a 106)*”.

De igual forma, com relação às infrações 2 e 3, evidenciou-se que o recorrente não atendeu aos requisitos prescritos no art. 93, inciso II, alínea “b”, e inciso II-A, alínea “b” e seu § 16, do RICMS/97, a fim de que pudesse utilizar o crédito fiscal do imposto destacado em contas de energia elétrica e telefone. Em verdade, utilizou o recorrente o crédito fiscal do ICMS destacado nas contas de energia elétrica e de comunicação consumido por outros estabelecimentos ou pessoas físicas, sem que tivesse preenchido as condições albergadas na lei.

Assim, há que se aplicar *in casu* as regras insculpidas nos arts. 142 e 143, do RPAF/99, já transcritos na Decisão de primeira instância.

Destarte, por tudo quanto acima exposto, com fulcro no Parecer emitido pelo ilustre representante da PGE/PROFIS, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, mantendo-se *in totum* a Decisão de Primeira Instância, como se aqui estivesse literalmente transcrita.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 2073500025/04-1, lavrado contra L.C.S. REINA SOBRINHO, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$80.558,60, acrescido das multas de 60% sobre R\$5.966,10 e 70% sobre R\$74.592,50, previstas no art. 42, VII “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS