

**A. I. N°** - 2073500025/04-1  
**AUTUADO** - L C S REINA SOBRINHO  
**AUTUANTE** - MARIO CESAR DE FRANÇA PINHEIRO  
**ORIGEM** - INFAZ BONOCÔ  
**INTERNET** - 26/04/2005

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0121-03/05**

**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 inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 30/12/04, para exigir o ICMS no valor de R\$80.558,60, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência de:

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 a 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 autuado apresentou defesa (fls. 356 a 369), suscitando, 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 insubsistente, “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 descaracterizar 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 transcreve;
6. não foi anexado “demonstrativo que comprove claramente a apuração do crédito tributário, demandando da ora impugnante deduções que agredem a segurança jurídica”;
7. inexistente uma descrição perfeita dos fatos que ocasionaram o suposto ilícito tributário, bem como uma planilha capaz de demonstrar as apurações, caracterizando cerceamento de seu direito de defesa.

No mérito, em relação à infração 1, argumenta 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. Transcreve o pensamento doutrinário e afirma 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, alega que são descabidas, haja vista que o ICMS é não 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”.

Transcreve o entendimento do jurista Heron Arzu e conclui 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, porquanto o que a Lei Maior não proíbe autorizado está, não competindo ao legislador infraconstitucional restringir, onde o constituinte não quis”.

Requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos e a realização de “revisão fiscal para que seja depurado do suposto débito os valores indevidamente exigidos, com realização de perícia no local do estabelecimento da Autuada”.

Por fim, pede a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 374 e 375), rebate as alegações defensivas, aduzindo, quanto à infração 1, que “a empresa autuada não apresentou demonstrativo a fim de contestar as diferenças apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques”.

Em relação às infrações 2 e 3, aduz 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, ratifica os termos da autuação.

## **VOTO**

Rejeito o pedido de diligência e perícia, a fiscal estranho ao feito, formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea “a” e inciso II, alínea “b”, do RPAF/99. Ademais, acorde o artigo 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 foi feito pelo contribuinte em sua peça de defesa.

Deixo de acatar a preliminar suscitada pelo autuado, já que, acorde o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Deixo de acatar as demais preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado porque 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). Ademais, 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.

Observe-se, ainda, que não houve arbitramento da base de cálculo do imposto, como alegado pelo sujeito passivo; 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.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência da falta de recolhimento do imposto constatado por meio de levantamento quantitativo de estoques (infração 1) e da utilização indevida de crédito fiscal relativo à aquisição de energia elétrica e serviço de comunicação na comercialização de mercadorias (infrações 2 e 3).

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.

As acusações fiscais, por outro lado, estão demonstradas nos documentos trazidos pelo autuante aos autos. 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). Pelo exposto, entendo que está caracterizada a infração e é devido o imposto.

As infrações 2 e 3 foram demonstradas nos documentos de fls. 30 e 107 a 352. Ressalto, por oportuno, 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.

Pela análise dos documentos apensados aos autos, relativamente às infrações 2 e 3, verifico 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, razão pela qual considero correto o débito exigido.

Pelo exposto, devem ser aplicadas as regras previstas nos artigos 142 e 143, do RPAF/99: “A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária” e “A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2073500025/04-1**, lavrado contra **L C S REINA SOBRINHO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor 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, III e VII “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR