

**A. I. N°** - 206828.0002/08-4  
**AUTUADO** - CONQUISTA FRANGOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
**AUTUANTE** - LUIZ CARVALHO DA SILVA  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 30. 10 .2008

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF N° 0355-01/08**

**EMENTA:** ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. PAGAMENTO A MENOS. Infrações não contestadas. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Trata-se de mercadorias sujeitas à substituição tributária nas operações internas, mas não integrantes de convênio, sendo portanto devida a exigência da antecipação do imposto pelo destinatário. Não ficou provado o registro das notas. **b)** PAGAMENTO A MENOS. As notas fiscais apresentadas não elidem a infração. Infrações subsistentes. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**.

## **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2008, traz a exigência do ICMS, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 182.135,02, conforme infrações seguir imputadas:

Infração 01 – falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$ 6.639,69, acrescido da multa de 70%, relativo aos exercícios de 2003, 2004 e 2005;

Infração 02 – deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 16.411,65, acrescido da multa de 60%, relativo aos meses de janeiro, março e outubro de 2003, junho de 2004, janeiro e outubro e 2005;

Infração 03 – deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outra unidade da federação ou do exterior relacionadas no anexo 88, relativamente a notas fiscais não registradas na escrita fiscal. ICMS no valor de R\$ 131.937,87, acrescido da multa de 60%, relativo aos meses de junho de 2003, janeiro, agosto a dezembro de 2004 e janeiro a dezembro de 2005;

Infração 04 - efetuou o recolhimento a menos de ICMS, por antecipação, de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, referente a mercadorias adquiridas de outra unidade da federação e ou exterior relacionadas nos anexos 88. ICMS no valor de R\$ 18.374,68, acrescido da multa de 60%, relativo aos meses de fevereiro, março, maio, junho, setembro, novembro e dezembro de 2003, janeiro, fevereiro, março e dezembro de 2004, janeiro, março, abril e maio, julho agosto setembro e dezembro de 2005;

Infração 05 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 8.771,13, relativo ao mês de dezembro de 2005;

O autuado, às fls. 466 a 470, apresenta impugnação alegando que em relação às infrações 03 e 04, o autuante calculou incorretamente a base de cálculo, conforme dispõe o art. 8º, inciso II, “b” e “c” da LC 87/96. Assim, argumenta o autuado, ao invés de utilizar a margem de valor agregada prevista no aludido dispositivo, aplicou um pauta fiscal em seu prejuízo. Além disso, se insurge contras as multas e os acréscimos legais, por serem escorchastes e violarem o disposto no art. 150, IV da CF.

Ressalva o disposto no art. 97 do CTN, onde determina que somente a lei pode fixar a base de cálculo e alíquotas. Indica nos autos ementas de decisões do STJ, Resp 33.808/SP e Resp 101582-MG. Razões pelas quais pediu revisão dos valores constantes das infrações 03 e 04.

Em relação à infração 05, apresenta várias cópias de notas fiscais, afirmando que estas estão devidamente registradas na sua escrita fiscal, o que poderá ser demonstrado através de uma diligência.

Solicita a improcedência das infrações 03 e 04 e pede a designação de um fiscal estranho ao feito para fins de constatação do registro contábil das aludidas notas fiscais anexadas aos autos. Por fim, pede a improcedência do Auto de Infração, no que diz respeito às infrações 03, 04 e 05.

O autuante, às fl. 577 a 580 dos autos, apresenta a informação, consignando que o autuado não se insurge em relação às infrações 01 e 02.

Assevera que, em relação às infrações 03 e 04, o autuado ao contestar a utilização da pauta fiscal, fez referência ao art. 8º da LC 87/96, entretanto, que o mesmo esqueceu de mencionar o disposto nos seus §§ 4º e 6º, conforme segue:

*"§ 4º A margem a que se refere a alínea c do inciso II do caput será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei. "*

*"§ 6º Em substituição ao disposto no inciso II do caput, a base de cálculo em relação às operações ou prestações subseqüentes poderá ser o preço a consumidor final usualmente praticado no mercado considerado, relativamente ao serviço, à mercadoria ou sua similar, em condições de livre concorrência, adotando-se para sua apuração as regras estabelecidas no § 4º deste artigo. "*

Firma que os dispositivos acima, indicados claramente na Lei Complementar, oferecem o fundamento para a adoção da Pauta Fiscal, que o defendente não conseguiu observar.

Ademais, continua o autuante, o art. 36 da Lei 7014/96, não permite pairar qualquer sombra de dúvidas acerca do uso da pauta fiscal, como se vê a seguir, textualmente:

*"art. 36 - Quando o preço declarado pelo contribuinte for inferior ao de mercado, ou quando for difícil a apuração do valor real da operação, a base de cálculo do imposto poderá ser determinada mediante pauta fiscal, observada a média de preços praticada na região. "*

Por fim, afirma que o Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 6284/97, em seu art. 61, inciso VIII, alínea "b", item 2, de modo absolutamente cristalino, estabelece a aplicação da Pauta Fiscal na

cobrança do imposto devido por antecipação sobre produtos resultantes do abate de aves, objeto do presente PAF.

Sobre as Ementas de decisões do STJ, assegura que suas datas - outubro de 1996 e outubro de 1997 - antecedem a da introdução na LC 87/96, do § 6º, através da LC 114/2002, com efeitos a partir de 17/12/2002, pelo que se depreende que a jurisprudência invocada pela defesa tomou-se imprestável por obsolescência.

Quanto a Infração 05, lembra que se encontra insculpido no art. 143 do RPAF/BA, que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legalidade da autuação fiscal. Ademais, sendo o autuante, o art. 123, determina que a defesa tem que ser acompanhada de provas. Assim, entende que se o autuado efetivamente registrou as notas fiscais, deveria ter anexado, como prova, os registros das mesmas.

Conclui, por fim, pela manutenção da autuação fiscal.

Cabe registrar o pagamento parcial da presente exigência conforme demonstrativo de parcelamento do SIGAT, constante à fl. 584 dos autos.

### **VOTO**

O presente Auto de Infração traz a exigência tributária, relativa a 05 infrações: omissão de saídas de mercadorias tributáveis pelo ICMS, apurada por meio de levantamento quantitativo de estoque (Infração 01); falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais na entrada, no estabelecimento, de bens destinados ao Ativo Permanente (Infração 02); falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na entrada de mercadorias originária de outras unidades federativas, sujeitas a substituição tributárias (Infração 03); recolhimento a menos por antecipação, na entrada de mercadorias originária de outras unidades federativas, sujeitas a substituição tributárias (Infração 04); multa por falta de registro na escrita fiscal de notas fiscais relativas a mercadorias não sujeitas a tributação (Infração 05).

O autuado não apresentou nenhuma prova ou indício de que as notas fiscais, anexadas aos autos, foram efetivamente escrituradas - cópias dos respectivos registros ou mesmo indicação das páginas e números dos livros- , pois, após a constatação da falta de escrituração das aludidas notas, pelo autuante, cabe ao impugnante o ônus da prova contrária. Assim, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência ou perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas.

O impugnante, em sua defesa, se insurge apenas contra as infrações 03, 04 e 05, de maneira que em relação às infrações 01 e 02, se aplica o art. 140 do RPAF/BA, ao determinar que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Assim, considerando que as infrações 01 e 02, foram imputadas dentro da estrita legalidade, considero as mesmas subsistentes.

Quanto às demais infrações, não cabe outro entendimento a não ser o já consignado pelo autuante, em sua informação fiscal, bem fundamentada.

Para as infrações 03 e 04, foi aplicada a pauta fiscal, conforme determina o art. 61, inciso VIII, alínea "b", item 2, do RICMS/BA, prevista para produtos resultantes do abate de aves, objeto da presente exigência fiscal por antecipação tributária. Efetivamente, a previsão legal para a fixação da pauta, encontra-se, insculpida nos §§ 4º e 6º do art. 8º da LC87/96, que se consubstancia no art. 36 da Lei 7014/96, oferecendo, assim, lastro legal para a sua aplicação.

Realmente, quanto as Ementas de decisões do STJ, trazidas aos autos pela defesa, antecedem a introdução na LC 87/96, do § 6º, através da LC 114/2002, com efeitos a partir de 17/12/2002, restando

entender que as conclusões consubstanciadas nas decisões trazidas não consideraram o aludido dispositivo legal.

Assim, as infrações 03 e 04, estão amplamente caracterizadas.

Quanto a Infração 05, o autuado, como já dito, não apresentou nenhum elemento que materializasse as suas afirmações, de que as notas fiscais, anexadas aos autos, foram efetivamente escrituradas - em violação ao art. 123 do RPAF/BA -, a exemplo de cópias do registro com indicações das páginas e número dos livros fiscais, pois, após a constatação da falta de escrituração das mencionadas notas fiscais, pelo autuante, cabe ao impugnante a prova oposta. Assim, vale alinhar o que dispõe o art. 143 do RPAF/BA, ao consignar que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legalidade da autuação fiscal. Considero, portanto, a infração caracterizada.

Voto pela Procedência do presente Auto de Infração, devendo ser mantido o seu valor original, já que não foi verificado nenhum óbice legal em relação às infrações tacitamente reconhecidas e posteriormente recolhidas pelo autuado e as, por ele impugnadas, foram consideradas procedentes, devendo ser homologado o quanto recolhido.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **206828.0002/08-4**, lavrado contra **CONQUISTA FRANGOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$173.363,89**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 6.639,69 e de 60% sobre R\$166.724,20, previstas nos incisos III, II, alíneas “d” e “f” do art. 42 da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$8.771,13**, prevista no art. 42, inciso XI da mesma lei, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o quanto recolhido.

Sala das Sessões CONSEF, 15 de outubro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR