

A. I. Nº - 146547.0003/05-2
AUTUADO - IPAL INDÚSTRIA DE PROCESSAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - OLGA MARIA COSTA RABELLO
ORIGEM - INFAS ILHÉUS
INTERNET - 08.11.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0403-02/05

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DE PRODUTORES RURAIS NÃO INSCRITOS NO CADASTRO FAZENDÁRIO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO POR RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A lei atribui ao sujeito passivo por substituição a responsabilidade solidária pela antecipação do tributo relativo nas aquisições de mercadorias de produtores rurais não inscritos. Infração caracterizada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIO FECHADO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. A diferença nas quantidades de saídas de mercadorias constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Mantida na íntegra a exigência fiscal com a concessão do crédito fiscal tendo em vista que no período autuado o contribuinte estava inscrito no SIMBAHIA, e o débito foi apurado pelo regime normal, visando preservar o princípio da não-cumulatividade, tudo conforme estabelecido no § 1º do art. 408-S, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 alterado pelo Decreto nº 8.413/02. 3. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. a) EMPRESA DE PEQUENO PORTE - EPP. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. b) MICROEMPRESA. Exigência fiscal correspondente ao valor mínimo previsto no inciso II do Parágrafo Único do artigo 387-A combinado com o inciso VII do artigo 386-A do RICMS/97. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. Multa por falta de atendimento a intimação para apresentação de notas fiscais de entradas e de saídas. Reduzido o valor da multa por erro na sua aplicação. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 31/03/2005 e reclama o valor de R\$ 78.316,34, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 49.091,96, na condição de responsável solidário, relativo a entradas declaradas de mercadorias oriundas de produtores rurais não inscritos no cadastro fazendário, sem pagamento do imposto devido na operação, relativamente a aquisição de frutas para fabricação de sucos, conforme demonstrativos e documentos às fls. 12 a 86.

2. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 21.864,07, relativo a omissão 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 estoques por espécie de mercadorias, relativo aos exercícios de 2001 e 2002, conforme demonstrativos e documentos às fls. 87 a 120.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 6.440,31, nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), alusivo ao período de janeiro a dezembro de 2004, conforme demonstrativo à fl. 121.
4. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$460,00, no prazo regulamentar, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), alusivo ao mês de dezembro de 2002, conforme documento à fl. 122.
5. Deixou de atender intimação para apresentação de notas fiscais de entradas e de saídas, relativas ao exercício de 2003, sujeitando à multa no valor de R\$ 460,00, conforme documentos às fls. 10 e 11.

O sujeito passivo, através de advogado legalmente constituído, em sua impugnação às fls. 127 a 163, transcreveu o artigo 18, incisos I, II e IV, do RPAF/99, e citou lições de professores de direito tributário sobre legalidade do lançamento tributário, para argüir a nulidade das infrações 01 e 02, com base nas seguintes preliminares:

1. Illegitimidade passiva - sob o fundamento de que não foi observada a sua real condição cadastral de sujeito passivo e o regime de tributação que lhe foi atribuído.
2. Cerceamento ao direito de ampla defesa – por utilização nos demonstrativos e planilhas anexas ao Auto, de metodologia alheia àquelas disciplinadas nos artigos 39; 936 a 938, do RICMS/97.
3. Falta de elementos suficientes para a determinação, com segurança, da infração e o infrator - no caso da infração 02, aduz que não é possível a identificação do real critério de apuração aplicada, em razão da falta da origem dos preços unitários adotados. Quanto a infração 01, aduz que o procedimento fiscal vai de encontro com a norma expressa no artigo 343, VI, “c”, do RICMS/97, que define como momento de pagamento do tributo devido, o da saída dos produtos resultantes de sua industrialização.

Considerou que o procedimento fiscal se caracteriza como um ato praticado por servidor incompetente, por entender que foram adotados critérios de apuração alheios ao real enquadramento do estabelecimento, e aplicáveis aos contribuintes inscritos como normais, mudando, desta forma, a sua real condição, à revelia, violando e ultrapassando os limites legais de sua competência, porque não foi decorrente de determinação de ofício, pelo Inspetor Fazendário.

No mérito, esclareceu que a atividade do estabelecimento é de processamento de frutas in natura, adquiridas de produtores rurais, e destinadas à produção de polpas, comercializadas para confecção futura de sucos, sorvetes e outros derivados, e que por opção, na condição de empresa microempresa, e mais tarde, de empresa de pequeno porte, sujeitou-se ao regime do SIMBAHIA.

Em seguida, impugnou as infrações na forma que segue.

Infração 01 – Argüi que as mercadorias objeto da autuação são frutas in natura oriundas de diversos produtores rurais, desobrigados do pagamento do imposto incidentes nas operações de remessa para a industrialização, nos termos do artigo 14, I, “b”, do RICMS/97.

Salienta que de acordo com o artigo 343, VI, “c”, do RICMS/97, no caso de frutas, o momento do pagamento do imposto é o da saída dos produtos resultantes de sua industrialização.

Diz que não está habilitado a operar no Regime de Diferimento porque a repartição fiscal lhe negou tal atributo por força do disposto no artigo 408-I.

Por outro lado, destaca que está definido no artigo 348, § 1º, inciso I; § 3º, incisos II e VIII, as condições e forma de pagamento do imposto, entendendo que estando enquadrado no SIMBAHIA, aplicar-se-ia uma das interpretações decorrentes dos citados dispositivos.

Reconhece que há nas normas estampadas, uma definição clara do momento em que deve ser exigido o imposto, qual seja, no ato do ingresso das mercadorias no estabelecimento, porém, considerou que a imposição tributária representa um ônus excessivo, considerando-se a impossibilidade de recuperação dos créditos decorrentes, dada a sua condição de contribuinte inscrito no SIMBAHIA.

Infração 02 – Destaca que foi considerado na auditoria de estoques como entradas de mercadorias as frutas adquiridas no período fiscalizado, e como saídas de mercadorias os sucos, em lugar de polpas de frutas oriundas do processo de industrialização. Diz que foi resumida a movimentação simultânea de frutas e polpas, computando os estoques iniciais e finais, e supostos percentuais de perdas na produção, com a conversão de frutas in natura em sucos.

Considerou que os dados utilizados pela autuante estão incorretos, e não espelham a realidade de perdas totais, ocorridas na fase de todo o processo produtivo, tais como, coleta e transporte; armazenagem; limpeza; descarçoamento e eliminação de resíduos (folhas, cascas, talos, etc); processamento inicial, para produção de polpas; eliminação e tratamento de resíduos no segundo estágio; purificação; pasteurização (resfriamento), embalagem, armazenagem (das polpas); carregamento e distribuição.

Diz que os percentuais de perdas adotados pela autuante carecem de legitimidade por faltar credenciamento da fonte utilizada para obtenção dos dados, sendo irreais por não revelar a totalidade de perdas ocorridas no processo produtivo das frutas, e por isso, considerou que o trabalho fiscal se caracteriza em um arbitramento, cuja adoção salienta ser inaplicável ao caso, pois dispôs de toda a documentação para o devidos exames.

Além disso, diz que foram convertidas em sucos e não em polpas, todas as aquisições de frutas, se configurando uma presunção a conclusão fiscal, não havendo comprovação de que todo o estoque de frutas (soma do estoque inicial mais as compras no período) tenha sido transformado em polpas.

Alegou que não foi explicitada nem demonstrada, a origem e o critério para determinação dos preços unitários utilizados para a determinação da base de cálculo da diferença apurada.

Diz ainda que não foram observadas as regras aplicáveis aos estabelecimentos industriais previstas no artigo 938, IV, do RICMS/97, e as disposições contidas na Instrução Normativa nº 01, de 05/2002, para contribuinte inscritos no SIMBAHIA.

Infração 03 – Apontou as seguintes inconsistências no Demonstrativo do Débito da Empresa de Pequeno Porte elaborado pela autuante.

“a) Não foram computados nos meses de referência de Janeiro a Abril, os valores a deduzir, relativos ao incentivo fiscal proporcional ao número de empregados; portanto, o valor de R\$ 460,00, apontado pela autuante está incorreto:

b) A Autuante, considerou para efeito de cálculo da Receita Bruta Ajustada, apenas os valores de aquisição de frutas, desprezando os valores relativos a outras aquisições que, deveriam ser obrigatoriamente computadas;

c) Assim, o cálculo da Receita Bruta Ajustada em cada mês de referência, apresenta indiscutível inconsistência.”

Infração 04 – Alega que não foi anexado ao Auto o demonstrativo de cálculo do imposto devido, relativo ao mês de dezembro de 2002, ficando prejudicado o contraditório.

Infração 05 – Aduz que não foi explicitado, nem demonstrado o número de documentos considerados como não entregues. Ressalta que a penalidade aplicável no caso de microempresa é limitada ao valor de R\$ 460,00, quando o total das multas aplicadas por documento não apresentado ultrapassar este valor.

Requeru revisão por fiscal estranho ao feito, indicando como assistente técnico, o Contador Herbert Carvalho Bebert, domiciliado à Rua Adolfo Maron, 21 – Edf. Tarik, salas 401/402, Centro, Itabuna/Ba, com base nos seguintes quesitos:

a) “A Conta de Mercadorias global, da Autuada, apresentou prejuízo, nos exercícios fiscalizados?

b) Qual o tratamento tributário dispensado às mercadorias (frutas in natura, adquiridas de produtores rurais), processadas e comercializadas pela autuada? O RICMS/97, operações de aquisição de frutas, no Regime de Diferimento?

c) A Autuada utilizou algum crédito irregularmente, por ocasião das aquisições de mercadorias tributadas ou não?

d) No caso de aquisições de frutas in natura, incluídas no Regime de Diferimento do imposto, a autuada estaria obrigada a recolher os impostos eventualmente devidos, imediatamente, quando do ingresso de tais mercadorias em seu estabelecimento? Qual a fundamentação legal?

e) O imposto devido nestas circunstâncias, é ou não, aquele devido pelo responsável solidário, em suas operações (saídas dos produtos industrializados)?

f) Quais critérios a Autuada adotou, para determinação da base de cálculo e do imposto supostamente devido, no caso das “omissões de saídas e entradas” apuradas?

g) Os critérios e cálculos laborados pela Autuante, estão efetivamente de acordo com as normas regulamentares pertinentes?

h) Quais são afinal, estes dispositivos normativos?

i) A Autuada [autuante] obedeceu fielmente, às disposições contidas na Orientação Normativa nº 01, de 05/2002?

j) A Autuante elaborou corretamente, o Demonstrativo de débitos relativos ao Exercício de 2.002?

k) Em relação ao exercício de 2.004, computou corretamente as entradas (aquisições) em cada mês de referência? Aplicou corretamente o redutor, relativo ao número de empregados cadastrados?

l) Identifica no Auto, a natureza e quantidade de documentos relativos ao Exercício de 2.003, que porventura não tenham sido apresentados?"

Por fim, requer a nulidade da autuação, ou caso contrário, a sua improcedência.

A autuante ao prestar a sua informação fiscal às fls. 167 a 169, rebateu os argumentos defensivos da seguinte maneira.

Infração 01 – Explicou que o débito foi apurado através do levantamento das notas fiscais de entrada emitidas pelo estabelecimento, relativas a compra de frutas para comercialização, oriundas de produtores rurais não inscritos no cadastro fazendário, e sem o pagamento do imposto devido na operação, conforme demonstrativo e xerox das notas fiscais às fls. 12 a 86.

Infração 02 – Esclareceu que a origem do valor lançado foi através de auditoria de estoques, com base no levantamento das entradas de frutas e saídas de suco (polpas) à vista das notas fiscais e do Registro de Inventário, apresentados pelo autuado, e ainda com base na informação fornecida pelo mesmo do percentual de perda (fl. 87). Diz que foi constatada saída sem documentação fiscal, sendo considerado na apuração do débito os critérios estabelecidos na Orientação Normativa nº 01/2000, com a dedução do percentual de 8% a título de crédito, por se tratar de EPP, conforme documentos às fls. 93 a 106.

Infração 03 – Diz que os valores de R\$ 460,00 exigidos do autuado na condição de EPP nos meses de janeiro a abril, estão em conformidade com os estabelecidos no RICMS, cujo valor era o mínimo a ser pago pelo estabelecimento na condição que estava enquadrado no período. Quanto ao cálculo do ICMS SIMBAHIA – EPP relativo ao período de maio a dezembro, diz que o mesmo está demonstrado na planilha à fl. 121 do processo, e foi elaborado com base nas entradas e saídas apresentadas pelo autuado.

Infração 04 – Justificou que o imposto exigido corresponde ao ICMS SIMBAHIA – Microempresa 8, cujo valor fixo era de R\$ 460,00.

Infração 05 – Esclarece que a multa foi aplicada em virtude do autuado não ter apresentado qualquer nota fiscal de entrada e de saída referente ao exercício de 2003. Informa que o último talão utilizado e apresentado referente ao ano de 2002, foi o de numeração 601 a 650, e que o primeiro talão utilizado em 2004 foi o de número 1001 a 1050, conforme consta no levantamento de entradas e saídas às fls. 107 a 120, e folha 59 do processo. Desta forma, diz que o autuado deixou de apresentar 06 talões referentes às notas fiscais 651 a 1000, correspondendo a 300 jogos de notas fiscais.

Considerando que na apuração do débito da infração 02, a autuante deixou de anexar aos autos a demonstração dos preços unitários de cada mercadoria, bem assim, que na informação fiscal às fls. 167 a 169, implicou em novos elementos, caracterizados pelos esclarecimentos feitos pela autuante, no tocante as razões defensivas de que na infração 02, falta elementos suficientes para a determinação, com segurança, da infração e do infrator, aduzindo que não é possível a identificação do real critério de apuração aplicado, em razão dos percentuais de perdas adotados pela autuante carecerem de legitimidade por faltar credenciamento da fonte utilizada para obtenção dos dados; que não foi explicitada nem demonstrada, a origem e o critério para determinação dos preços unitários utilizados para a determinação da base de cálculo da diferença apurada; e que não foram observadas as regras aplicáveis aos estabelecimentos industriais previstas no artigo 938, IV, do RICMS/97, e as disposições contidas na Instrução Normativa nº 01,

de 05/2002, para contribuinte inscritos no SIMBAHIA; na infração 04, não foi anexado ao Auto o demonstrativo de cálculo do imposto devido, relativo ao mês de dezembro de 2002, ficando prejudicado o contraditório; na infração 05, não foi explicitado, nem demonstrado o número de documentos considerados como não entregues, o processo foi baixado em diligência, sendo informado pela autuante que:

Atendendo a diligência solicitada foi efetuado o demonstrativo do cálculo do preço unitário médio, tomando por base os preços do último mês em que foi comercializada cada mercadoria (fls. 178, 179 e 203). Além disso, foi informado que foi procedida a alteração dos valores omitidos e da diferença de ICMS a recolher nos demonstrativos (docs. fls. 215 e 216). Foram também acostadas aos cópias de diversas notas fiscais de saídas emitidas pelo autuado referentes no período de setembro a novembro de 2001 (docs. fls. 180 a 202, e 204 a 214).

Tomando conhecimento da informação fiscal e dos novos elementos acostados aos autos, o patrono do autuado aduz que a autuante não elucidou as dúvidas apontadas em sua defesa concernentes a:

- “1. não respondeu aos quesitos formulados pela Autuada, ao reivindicar perícia por fiscal estranho ao feito;
2. não esclareceu o embasamento normativo, adotado para levantamento dos supostos débitos apontados na peça fiscal;
3. não esclareceu a partir de quais elementos e método, determinou o que denominou “preços médios unitários;
4. não visitou o estabelecimento, buscando obter informações concretas sobre o processo produtivo, adotado pela Autuada;
5. não identificou no Processo as etapas e perdas correspondentes, ocorridas no processo produtivo da Autuada;
6. não esclareceu de modo detalhado, o critério utilizado para determinação das perdas gerais verificadas em todos os estágios da produção;
7. não esclareceu efetivamente, porque desconsiderou os percentuais de redução aplicáveis ao imposto devido, na condição de Simbahia – EPP, relativamente ao período de Janeiro a Abril/2004 (Infração 03);
8. não utilizou efetivamente, os critérios de apuração do imposto supostamente devido, em conformidade com os ditames da Orientação Normativa nº 01/2002;
9. não contestou os argumentos da Defesa, em relação a todas as infrações.

Dito isto, o defendantе entendendo que esta Junta reconheceu e confirmou a insubsistência da autuação ao solicitar diligência esclarecedora, aduz que o recurso de salvabilidade do Auto revela a imprestabilidade da peça fiscal, tendo em vista que ao cumprir a diligência o preposto fiscal limitou-se a elaborar novos demonstrativos produzindo uma nova versão, que, a seu juízo é absurda e inconsistente por falta de embasamento legal e quanto aos números apurados. Reitera seu pedido de nulidade por cerceamento de defesa.

Apreciando o mérito com base no resultado apresentado na diligência, o defendantе reiterou suas razões defensivas anteriores, acrescentando em relação à infração 02, que os percentuais de perdas adotados pela autuante foram irreais, porque não revelam a totalidade de perdas ocorridas

em todo o processo, o que tornam os demonstrativos elaborados carentes de legitimidade e credenciamento da fonte utilizada para obtenção de dados percentuais parciais.

Por conta disso, indicou os percentuais de perdas em cada etapa produtiva de produção de polpas, levando em consideração o transporte e armazenagem; manipulação e seleção; processamento; embalagem e conservação, fornecidos pelo seu responsável técnico Sr. Walter Silva Serra, Eng. Agrônomo, CREA 1981-D, a saber:

PRODUTOS	TRANSP. E ARMAZEN.	MANIPUL. E SELEÇÃO	PROCES-SAMENTO	EMBAL. E CONSERV.	TOTAIS
ACEROLA	20%	10%	5%	5%	40%
CAJÁ	10%	30%	5%	5%	50%
CAJU	20%	15%	2%	5%	42%
GOIABA	20%	15%	3%	5%	43%
MANGA	10%	10%	20%	5%	45%
MARACUJÁ	15%	10%	45%	5%	75%
UMBU	15%	15%	8%	5%	43%
GRAVIOLA	20%	20%	5%	5%	50%

Com base nos percentuais de perdas constante no quadro acima, diz que os totais de produção de polpa de frutas alcançariam as quantidades seguintes:

PRODUTOS	UNID.	EXERCÍCIO 2001	EXERCÍCIO 2002
ACEROLA	KGS.	12.997,80	60.108,00
CAJÁ	KGS.	39.639,50	88.255,00
CAJU	KGS.	349,16	20.069,16
GOIABA	KGS.	10.134,60	61.147,89
MANGA	KGS.	10.193,70	10.193,70
MARACUJÁ	KGS.	6.753,00	14.850,00
UMBU	KGS.	7.440,78	2.992,50
GRAVIOLA	KGS.	nihil	24.272,00

Além disso, alega que a fiscalização converteu automaticamente as aquisições de frutas in natura em “sucos” ao invés de “polpas de frutas” que é o que ocorre quando dos produtos operados na indústria. Repetiu que não foi explicitado o método para a apuração do preço unitário médio e sua origem, ressaltando que os demonstrativos que foram apresentados às fls. 215 e 216 do PAF descaracteriza os dados apresentados às fls. 93 e 106.

Falou ainda que não foram observadas as disposições da Portaria nº 445/98, pois foram tributadas cumulativamente omissões de saídas e de entradas num mesmo exercício, e também a Orientação Normativa nº 01/2002, com a concessão do crédito presumido de 8%, dada a sua condição de contribuinte inscrito no Simbahia.

Salienta que na eventual ocorrência de diferenças de entradas, os preços médios a serem considerados devem se reportar aos custos das últimas entradas no período considerado, e não os preços das saídas.

Insistiu na necessidade de revisão por fiscal estranho ao feito, por entender que os esclarecimentos prestados pela autuante na informação fiscal não foram suficientes para elucidar

as dúvidas e questionamentos levantados em sua defesa, tendo indicado como assistente técnico a pessoa identificada em sua defesa inicial.

Requer que sejam acolhidas as preliminares de nulidades, e se ultrapassadas, o reconhecimento da improcedência da autuação.

O processo foi submetido a pauta suplementar visando a realização de diligência, sendo decidido pelos membros da 2ª JJF que não havia necessidade em virtude dos autos conterem todos elementos necessários para a sua instrução.

VOTO

Considerando que as preliminares de nulidades das infrações 01 e 02 se confundem com o mérito das questões argüidas na defesa pelo sujeito passivo, passo a analisá-las conjuntamente.

Infração 01

Trata da falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, relativo a entradas declaradas de mercadorias oriundas de produtores rurais não inscritos no cadastro fazendário, sem pagamento do imposto devido na operação, relativamente a aquisição de frutas para fabricação de sucos.

O demonstrativo das entradas relativas a compras de frutas a produtores rurais e respectivas notas fiscais de entrada encontram-se às fls. 12 a 86.

Analizando a legislação citada na defesa, notadamente os artigos 343, VI, “c”, 348, § 1º, inciso I; § 3º, incisos II e VII, do RICMS/97, observo que a mesma não se aplica ao presente caso, pois tratam de operações enquadradas no regime de diferimento, e conforme foi informado pelo patrono do autuado, o estabelecimento não estava habilitado a operar no Regime de Diferimento porque a repartição fiscal lhe negou tal atributo por força do disposto no artigo 408-I.

O estabelecimento na data da ocorrência dos fatos geradores (2001 a 2004) se encontrava na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte enquadrado no SIMBAHIA. O artigo 408-I, inciso V, do RICMS/97 prevê que o contribuinte perderá à adoção do tratamento tributário previsto no SIMBAHIA, quando incorrer em infração de natureza grave (omissão de operações de saídas de mercadorias).

Desta forma, ante a constatação da ocorrência de que cuida a infração 02, o imposto neste caso, deve ser calculado pelos critérios e alíquota prevista para as operações normais. Disso decorrente, não há como prosperar a alegação de ilegitimidade passiva argüida pelo sujeito passivo, sendo devido atribuir a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto nas aquisições de mercadorias a produtores rurais não inscritos no cadastro fazendário, nos termos do artigo 39, inciso VII, do RICMS/97.

Infração 02

Consta nos autos que a atividade do estabelecimento é o de processamento de frutas in natura, adquiridas de produtores rurais, e destinadas à produção de polpas de frutas, cujo débito deste item foi apurado através de auditoria de estoques dos exercícios de 2001 e 2002, conforme demonstrativos e documentos às fls. 87 a 120, tendo sido constatada diferença tanto de entradas como de saídas, e exigido o imposto tomando-se por base o valor das saídas não declaradas por terem sido superiores às entradas, cuja referida diferença nas quantidades de saídas de

mercadorias constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível.

O autuado concentrou sua defesa na alegação de que não foi explicitada nem demonstrada, a origem e o critério para determinação dos preços unitários utilizados para a determinação da base de cálculo da diferença apurada; que foi considerado na auditoria de estoques como entradas de mercadorias as frutas adquiridas no período fiscalizado, e como saídas de mercadorias os sucos, em lugar de polpas; que os percentuais de perdas adotados pela autuante carecem de legitimidade por falta credenciamento da fonte utilizada para obtenção dos dados, sendo irreais por não revelar a totalidade de perdas ocorridas no processo produtivo das frutas, e por isso, considerou que o trabalho fiscal se caracteriza em um arbitramento; e que não foram observadas as regras aplicáveis aos estabelecimento industriais previstas no artigo 938, IV, do RICMS/97, e as disposições contidas na Instrução Normativa nº 01, de 05/2002, para contribuinte inscritos no SIMBAHIA.

Por se tratar de estabelecimento que comercializa com polpas de frutas, denominada na auditoria de estoques como suco, porém esclarecida na informação fiscal como polpa, a autuante partindo das quantidades em kg de frutas (acerola, cajá, caju, goiaba, manga, maracujá, umbu e graviola) adquiridas, foram excluídas das entradas as perdas decorrentes do processo de industrialização, chegando às quantidades produzidas de cada produto. As saídas foram levantadas com base nas notas fiscais emitidas pelo estabelecimento no período fiscalizado, e as quantidades dos estoques inicial e final foram obtidas do Registro de Inventário.

Desta forma, se o estabelecimento não produz sucos, entendo que ao esclarecer que se trata de polpas, e considerando que no Registro de Inventário não está especificado qual a natureza do produto fabricado, em nada altera o resultado apurado na auditoria de estoques.

Quanto ao preço unitário, realmente não existia nos autos a sua demonstração, porém, esta falta foi suprida pela autuante através de diligência determinada por esta Junta, sendo entregue uma cópia ao sujeito passivo, cujos argumentos defensivos não modificaram os valores apurados.

Não assiste razão ao patrono do autuado de que faltou credenciamento da fonte dos percentuais de perdas utilizados para a determinação do produto fabricado, uma vez que, conforme documento à fl. 87, os percentuais foram fornecidos pelo próprio autuado (doc. fl. 87).

Sendo o trabalho fiscal apurado por meio de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, com base em quantidades extraídas da escrita fiscal do estabelecimento, descabe a alegação de que o mesmo se trata de arbitramento e que deveriam ser observadas as regras aplicáveis aos estabelecimentos industriais previstas no artigo 938, IV, do RICMS/97.

Portanto, tendo em vista que, o autuado incorreu, na condição de microempresa/EPP inscrita no SIMBAHIA na situação prevista no inciso III do art. 42, da Lei nº 7.014/96 (inciso V do art. 408-L do RICMS/97), está correta a exigência de imposto, neste caso, com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais.

Finalmente, quanto a última alegação defensiva, observo que foram observadas as disposições contidas no artigo 19 da Lei nº 7.357/98 (artigo 408-S, § 1º, do RICMS/97, alterado pelo Decreto nº 8.413/02 e na Instrução Normativa nº 01, de 05/2002), para contribuintes inscritos no SIMBAHIA, qual seja, foi deduzido do imposto apurado na auditoria de estoques o percentual de 8% sobre a receita omitida, a título de crédito fiscal, conforme demonstrativos às fls. 93 e 106.

Rejeito a preliminar de nulidade argüida, e concluo pela procedência deste item da autuação, tendo em vista que as alegações defensivas não elidem o trabalho fiscal.

Infração 03

Este item faz referência a falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), alusivo ao período de janeiro a dezembro de 2004.

Na defesa fiscal, o autuado alegou inconsistência no Demonstrativo do Débito da Empresa de Pequeno Porte elaborado pela autuante concernente ao incentivo ao emprego, contudo, examinando o demonstrativo à fl. 121, observo que nele, em quase todos os meses foi considerado o percentual máximo de 25%, previsto no artigo 386-A, do RICMS/97. Quanto a alegação de que os valores considerados na receita bruta ajustada contemplam apenas as aquisições de frutas, caberia ao autuado trazer aos autos a comprovação dos relativos a outras aquisições.

Desta forma, subsiste integralmente este item da autuação.

Infração 04

Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$460,00, no prazo regulamentar, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), alusivo ao mês de dezembro de 2002.

No Demonstrativo de Débitos à fl. 122, extraído do INC – Informações do Contribuinte, consta que o estabelecimento recolheu o imposto até o mês de novembro de 2002, porém não consta o recolhimento alusivo ao mês de dezembro de 2002.

Desse modo, o débito foi lançado corretamente com base no inciso II do Parágrafo Único do artigo 387-A, que prevê que o valor mínimo a ser recolhido pela empresa de pequeno porte não poderá ser inferior ao valor fixado para as microempresas, cuja receita bruta ajustada esteja entre os limites indicados no inciso VII do artigo 386-A, independentemente da receita bruta apurada em cada mês, qual seja, o valor mínimo de R\$ 460,00.

A legislação tributária prevê que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar será admitido como verídico, bem como, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (arts. 140 e 143 do RPAF/99).

O autuado teve a oportunidade de comprovar o recolhimento da exigência fiscal por ocasião da diligência fiscal. Diante da falta de prova que o imposto lançado tenha sido recolhido no prazo regulamentar, também considero este item procedente.

Infração 05

A multa de R\$ 460,00 foi aplicada pela falta de atendimento a intimação para apresentação de notas fiscais de entradas e de saídas, relativas ao exercício de 2003.

Tinha razão o contribuinte quando alegou em sua impugnação que não foi explicitado, nem demonstrado o número de documentos considerados como não entregues. Porém, considerando os esclarecimentos prestados pela autuante no sentido de que os documentos não apresentados se referem a notas fiscais de saídas contidas entre a numeração de 651 a 1000, e as notas fiscais de entradas, e tendo em vista que o autuado foi intimado a tomar conhecimento de tais esclarecimentos, e não justificou a não entrega de tais documentos, subsiste a infração, devendo,

no entanto, o valor da multa ser modificado para o valor de R\$ 90,00, conforme artigo 42, XX, ‘a’da Lei nº 7.014/96.

Quanto as demais alegações defensivas, notadamente a infração 02, de acordo com o § 5º do artigo 123, do RPAF/99, a prova documental será apresentada na impugnação a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação por motivo de força maior, o que não ocorreu no caso presente. Nestes termos observo que o contribuinte no trintídio legal teve tempo suficiente para comprovar suas alegações defensivas, haja vista que foi cientificado acerca da lavratura do Auto de Infração, e apresentou o recurso defensivo constante às fls. 127 a 163. Além disso, na fase de instrução o processo foi baixado em diligência e o contribuinte teve mais uma oportunidade de trazer aos autos novos elementos de provas, conforme sua manifestação em 22/06/04.

Quanto a diligência requerida pelo sujeito passivo, julgo desnecessária por constatar que estão presentes nos autos os elementos necessários para a instrução do processo, e o autuado não trouxe nenhum documentos ou demonstrativo em sentido contrário, merecendo ressalvar que todos os quesitos formulados pelo autuado podem muito bem serem respondidos sem a necessidade da interferência de outro preposto fiscal ou de diligência fiscal, senão vejamos.

a) “A Conta de Mercadorias global, da Autuada, apresentou prejuízo, nos exercícios fiscalizados?”

Se apresentou prejuízo ou não, de nada adiantaria para as questões tratadas neste processo, tendo em vista que, em especial, o que se apurou no item 02 é omissão de saídas de mercadorias.

b) “Qual o tratamento tributário dispensado às mercadorias (frutas in natura, adquiridas de produtores rurais), processadas e comercializadas pela autuada? O RICMS/97, operações de aquisição de frutas, no Regime de Diferimento?”

O tratamento tributário dispensado a frutas in natura está previsto no artigo 343, VI, “c”. No presente caso, não se aplica esta disposição regulamentar, pois o estabelecimento não possuía habilitação regime de diferimento, sendo de sua responsabilidade solidária o pagamento do tributo nas aquisições das mercadorias a produtores rurais não inscritos, conforme art. 39, VIII, do RICMS/97.

c) “A Autuada utilizou algum crédito irregularmente, por ocasião das aquisições de mercadorias tributadas ou não?”

Esta questão não está incluída em nenhum dos itens de que cuida a lide.

d) “No caso de aquisições de frutas in natura, incluídas no Regime de Diferimento do imposto, a autuada estaria obrigada a recolher os impostos eventualmente devidos, imediatamente, quando do ingresso de tais mercadorias em seu estabelecimento? Qual a fundamentação legal?”

Ante a não habilitação do estabelecimento no regime de diferimento, o pagamento do imposto que seria devido deve ser feito no momento da entrada no estabelecimento.

e) “O imposto devido nestas circunstâncias, é ou não, aquele devido pelo responsável solidário, em suas operações (saídas dos produtos industrializados)?”

O imposto a que se refere a defesa em futura operação não tem nada a ver com o instituto da solidariedade.

- f) “Quais critérios a Autuante adotou, para determinação da base de cálculo e do imposto supostamente devido, no caso das “omissões de saídas e entradas” apuradas?”

Por se tratar de estabelecimento que comercializa com polpas de frutas, a autuante partindo das quantidades em kg de frutas (acerola, cajá, caju, goiaba, manga, maracujá, umbu e graviola) adquiridas, excluiu das entradas as perdas decorrentes do processo de industrialização, chegando às quantidades produzidas de cada produto. As saídas foram levantadas com base nas notas fiscais emitidas pelo estabelecimento no período fiscalizado, e as quantidades dos estoques inicial e final foram obtidas do Registro de Inventário escrutinado pelo contribuinte.

- g) “Os critérios e cálculos laborados pela Autuante, estão efetivamente de acordo com as normas regulamentares pertinentes?”

Sim. Estão em conformidade com roteiro de fiscalização previsto para auditoria de estoques, e os cálculos obedeceram aos critérios previsto na Portaria nº 445/98.

- h) “Quais são afinal, estes dispositivos normativos?”

Portaria nº 445/98; artigo 60, II, “a”, e § 1º, com penalidade prevista no artigo 42, II, da Lei nº 7.014/96.

- i) “A Autuada [autuante] obedeceu fielmente, às disposições contidas na Orientação Normativa nº 01, de 05/2.002?”

Esta ON previa a concessão de créditos fiscais aos contribuintes inscritos no SIMBAHIA com base em índice calculado sobre a conta “Mercadorias”. Com o advento da Lei nº 7.357/98, cuja norma também está prevista no artigo 408-S, § 1º, do RICMS/97, alterado pelo Decreto nº 8.413/02, no caso de apuração de saídas omitidas, visando preservar o princípio da não-cumulatividade, deve ser deduzido, a título de crédito presumido, o percentual de 8% sobre a receita omitida. Neste processo, foi deduzido do imposto apurado na auditoria de estoques o percentual de 8% sobre a receita omitida, a título de crédito fiscal, conforme demonstrativos às fls. 93 e 106.

- j) “A Autuante elaborou corretamente, o Demonstrativo de Débitos relativos ao Exercício de 2.002?”

O débito encontra-se devidamente demonstrado com todos números discriminados. Se existiram erros, caberia ao autuado apontá-los objetivamente.

- k) “Em relação ao exercício de 2004, computou corretamente as entradas (aquisições) em cada mês de referência? Aplicou corretamente o redutor, relativo ao número de empregados cadastrados?”

As entradas estão especificadas mês a mês possibilitando ao autuado a sua conferência. Quanto ao redutor, a legislação tributária prevê como incentivo ao emprego a dedução de percentuais progressivos conforme a quantidade de empregados, limitado ao percentual de 25%. Na apuração do débito, em quase todos os meses o autuante considerou o percentual de 25%. Em apenas um mês foi considerado 23%, sem qualquer influência no cálculo do débito.

- l) “Identifica no Auto, a natureza e quantidade de documentos relativos ao Exercício de 2.003, que porventura não tenham sido apresentados?”

Esta falha da fiscalização foi sanada a pedido desta Junta de Julgamento Fiscal, sendo esclarecido na informação fiscal, e o sujeito passivo teve conhecimento, inclusive o valor da multa foi reduzido por erro na sua aplicação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 146547.0003/05-2, lavrado contra **IPAL INDÚSTRIA DE PROCESSAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 77.856,34**, acrescido da multa de 50% sobre R\$ 6.900,31; 60% sobre R\$ 49.091,96; e 70% sobre R\$ 21.864,07, previstas no artigo 42, I, “b”, II, “a”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 90,00**, prevista no inciso XX, “a” da citada lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR