

**A. I. N °** - 207182.0014/08-7  
**AUTUADO** - MARQUES FAIR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE POLPAS DE FRUTAS LTDA  
**AUTUANTE** - JOSÉ RAIMUNDO LIMA  
**ORIGEM** - INFAZ IPIAÚ  
**INTERNET** - 04.12.09

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACORDÃO JJF N° 0406-04/09

**EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. b) DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PRINCIPAL [SIMPLES NACIONAL]. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Documentos juntados com a defesa comprovam que parte do imposto já tinha sido recolhida; não foram considerados os créditos fiscais e os valores exigidos na infração 2 estavam contidos na infração 1. Refeitos os cálculos, resultou em redução do débito da infração 1 e mantido o valor integral da infração 2. Imputação elidida em parte. 2. ARBITRAMENTO. PRÁTICA DE SONEGAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS COM DECLARAÇÃO NOS DOCUMENTOS FISCAIS DE VALORES INFERIORES AOS PREÇOS CORRENTES. Restou comprovado que o arbitramento não obedeceu ao devido processo legal; não foi indicado o enquadramento que determina a metodologia aplicada; empregou metodologia de apuração de imposto não prevista para estabelecimento industrial o que conduz a incerteza na determinação com segurança da infração e do infrator. Infração nula. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. 4. DIFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO RESPONSÁVEL. Infrações reconhecidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.**

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 06/03/08, exige ICMS no valor de R\$1.462.353,16, acrescido das multas de 50%, 60% e 100% referentes às seguintes infrações:

01. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios - R\$225.288,17.
02. Descumpriu obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei, na qual não houve dolo - R\$20.644,03.
03. Deixou de recolher ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude de declaração, nos documentos fiscais, de valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias – R\$1.122.351,42.
04. 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 - R\$19.023,28.
05. Deixou de recolher o ICMS referente à aquisição de mercadorias de produtor rural não inscrito

no cadastro estadual do imposto, na qualidade de responsável solidário - R\$75.046,26.

O autuado apresenta defesa às fls. 196 a 203, inicialmente discorre sobre a autuação e diz que com relação à infração 1, reconhece como devido o valor de R\$148.829,49 conforme demonstrativo à fl. 197, argumentando não ter recolhido no prazo devido a dificuldades financeiras.

Alega que na apuração do débito (Anexo III), o autuante não compensou os créditos destacados nas notas fiscais referentes às aquisições de embalagens e outros produtos utilizados no processo de beneficiamento de polpas, tudo conforme anexos III e IV juntados com a defesa.

Quanto à infração 2, reconhece como devido o valor de R\$20.644,03 que não recolheu no prazo de vencimento devido a dificuldades financeiras.

No tocante à infração 3, afirma que contesta formulando as seguintes questões:

- a) Qual omissão foi apurada pelo autuante;
- b) Quais elementos da escrita fiscal e contábil deram suporte ao arbitramento? Se os registros fiscais foram utilizados nas infrações 1 e 2 e são confiáveis, por que o arbitramento?

Esclarece que na apuração do imposto nas infrações 1 e 2, o autuante elaborou os anexos I, II e III nos quais relacionou notas fiscais de saídas, calculando o ICMS devido a partir das mesmas.

Em seguida apurou preços médios por quilos de R\$0,71 e R\$0,83 respectivamente em 2006 e 2007, dando suporte ao recolhimento a menos do ICMS, conforme Anexo III e considerados corretos. Entretanto elaborou os anexos IV e V para apurar novamente preços médios para apuração do imposto por arbitramento.

Questiona a base de cálculo apurada de R\$6.602.067,17 e valor exigido de R\$1.122.351,42 mediante arbitramento se não está contida no demonstrativo de imposto recolhido a menos.

Argumenta que a postura do autuante é condenável, porque na “apuração do ICMS recolhido a menor no anexo III do Auto de Infração, o senhor auditor excluiu as notas de menores valores, para assim, forçar um suposto subfaturamento”.

Afirma que o arbitramento surgiu do nada, é inexplicável, visto que mantém escrita fiscal e contábil regular, com documentos idôneos, confiáveis possibilitando a fiscalização, inexistindo hipótese prevista de arbitramento da base de cálculo sob argumento de subfaturamento.

Apresenta quadro demonstrativo à fl. 200 no qual indica preços médios de compras apurados pela fiscalização de R\$0,71 (2006) e R\$0,83 (2007) contrapondo aos preços médios de entradas de R\$0,23 e R\$0,24 que correspondem a margens de lucros de 208% e 245% respectivamente, que considera “altíssima” para o segmento de gêneros alimentícios, em especial o de polpa de frutas. Ressalta que os preços médios de compras são os de aquisição de polpa junto a produtores e empresas.

Alega que os preços médios apontados pelo autuante são ilusórios, fictícios, destituído de lógica, além de não ter obedecido às disposições regulamentares previstas no art. 238 do RICMS/BA.

Quanto à infração 4, reconhece como devido o valor exigido de R\$19.023,28, ressaltando que não omitiu entradas e sim deixou de recolher as diferenças de alíquotas por motivo de condições financeiras, mas devidamente escrituradas as operações.

No que se refere à infração 5, discorda totalmente do valor exigido, por entender que as aquisições de polpas de frutas na sua maioria ter sido feitas de “pequenos produtores rurais da região que, de forma artesanal, despulpam os excedentes das frutas de sua propriedade e vendem-no objetivando complementar sua renda familiar”.

Afirma que os produtores rurais não são formalizados como empresas, além de ser inviável o pagamento de imediato de imposto relativo a coletas feitas distante dos centros urbanos. Informa que no fim de cada mês, emite nota fiscal correspondente a entrada total de cada produtor de frutas e polpas coletadas, procedimento este que não resulta em lesão aos cofres públicos.

Alega que os sócios desconhecem os procedimentos fiscais, sendo orientados pela repartição fazendária “de que o ICMS de responsabilidade de seus fornecedores (pequenos agricultores) estaria compensado nos recolhimentos” efetuados no momento da saída do produto final, sendo dispensado o pagamento do imposto por antecipação. Entende não ser devido o imposto ora exigido nesta infração, por ter sido pago no momento da saída das mercadorias.

Finaliza requerendo a procedência parcial do Auto de Infração, conforme razões expostas.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 553/555), inicialmente discorre sobre as infrações e reconhece como procedente as reivindicações relativas à infração 1, visto que os créditos fiscais apontados na defesa são de direito do estabelecimento. Propõe que a infração seja reduzida ao valor de R\$148.829,49 conforme demonstrado na defesa.

Com relação à infração 2, tendo sido reconhecida pelo autuado, não comentou nada.

No tocante à infração 3, diz que as palavras contundentes apresentadas na defesa refletem o desespero do autuado diante da configuração do subfaturamento dos preços.

Afirma que o preço de mercado da polpa de fruta gira em torno de R\$3,50 a R\$6,00 por Kg a depender do tipo da polpa, sendo que os valores faturados pelo autuado se encontram próximo de valores entre R\$0,30 e R\$4,70 não se justificando diferenças de preços de 15,66 vezes mais.

Argumenta que os preços médios de R\$0,71 e R\$0,83 (2006/2007) não são confiáveis, visto que a polpa bruta de cacau que é a mais barata foi adquirida por R\$1,00 conforme notas fiscais de entradas juntadas ao processo.

Diz que a prática de subfaturamento pode ser verificada a partir das notas fiscais de frutas adquiridas com preços de até três vezes superiores aos das saídas de produtos já beneficiados, bem como pelo confronto dos preços praticados pelos concorrentes.

Transcreve os artigos 937 e 938 do RICMS/BA para tentar demonstrar que não “restou ao preposto fiscal, para o arbitramento da base de cálculo, apurar o preço médio das saídas, excluindo de seu cômputo as notas fiscais que apresentaram preços notoriamente inferiores aos correspondentes preços de entradas, preços de seus concorrentes e até mesmo preços praticados pela própria autuada” que resultou em valores médios de R\$2,87 e R\$2,90 nos exercícios de 2006/2007.

Esclarece que no anexo VI foram devidamente compensadas as saídas consideradas no anexo I, não havendo duplicidade de exigência do imposto. Afirma que o demonstrativo apresentado na defesa atingindo lucro de 245% “reforça a tese de que, com tanto lucro” e deixando de recolher tributos, houve prática de subfaturamento. Mantém a infração na sua totalidade.

No que se refere à infração 4, sendo a mesma reconhecida pelo defendente, nada tem a comentar.

Quanto à infração 5, afirma que o autuado reconhece o fato de ter recebido as mercadorias de produtores rurais sem o devido recolhimento do ICMS e sendo o mesmo “substituto tributário” é o responsável legal pelo pagamento do imposto ora exigido e remete os questionamentos formulados aos julgadores do CONSEF. Requer a procedência parcial do Auto de Infração.

Documentos juntados às fls. 557/561 conduziram à lavratura de Termo de Revelia em face de apresentação de defesa intempestiva, fato que foi comunicado ao impugnante por meio dos Correios (AR) conforme documento juntado à fl. 562.

O autuado manifestou-se às fls. 564/565 dizendo que recebeu orientação da repartição fazendária que o prazo de defesa se expirava no dia 27/04/08 e por cair num domingo, poderia ser apresentada no dia 28/04/08 o que foi feito.

Diz que tal afirmação pode ser confirmada pelos autuante e Inspetor Fazendário que requisitou reconsideração da data ao CONSEF (fl. 558), bem como o autuante não contestou intempestividade da defesa. Requer reconsideração quanto à intempestividade, face ter seguido orientação equivocada e agido de boa-fé.

No Parecer exarado pelo auditor fiscal Waltércio Serpa Junior foi proposto acolhimento do recurso nos termos do art. 10º, §2º do RPAF/BA, o qual foi deferido pela Presidente do CONSEF (fls. 570/572) e dado conhecimento ao impugnante (fl. 576).

A 1ª JJF decidiu converter o processo em diligência (fls. 582/583) para que o autuante:

- a) Esclarecesse quanto ao valor acatado em relação à infração 1;
- b) Refizesse o demonstrativo em relação à infração 3, aplicando o disposto no art. 938, b, 1 ou 2 relativo ao arbitramento procedido.

Em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF (fls. 585/586), o autuante esclareceu que em relação à infração 1, no Anexo I foi incluído o valor de R\$20.644,03 que também foi objeto da infração 2. Ressalta que elaborou demonstrativos relativos a créditos de notas fiscais de aquisição de materiais para uso próprio totalizando R\$604,15 no exercício de 2006 e R\$251,59 no exercício de 2007 de acordo com demonstrativos às fls. 587/588. Feito os devidos ajustes no Anexo I, o valor da infração 1 passa a ser de R\$129.041,20.

Relativamente à infração 3, afirma que pesquisou preços de vendas registrado em talonários fiscais de três empresas da região nos exercícios de 2006/2007, a saber Zoraide Fonseca dos Reis; Benjolino Indústria e Comércio e Indústria de Sucos Apuarema o que resultou em média de preços de R\$0,98 e R\$0,97 nos exercícios de 2006/2007 conforme demonstrativo à fl. 586 o que resultou em valores devidos de R\$59.534,34 e R\$51.905,59 respectivamente, totalizando R\$111.439,93.

Ressalta que tem alertado quanto ao subfaturamento organizado pelo setor de produtores de polpa e necessidade de se estabelecer pauta fiscal para tal segmento, o que demonstra a disparidade apurada no estabelecimento autuado, mesmo diante da sazonalidade dos produtos.

Cientificado do resultado da diligência fiscal (fl. 604), o autuado manifestou-se (fl. 1136) dizendo que rejeita os valores médios aplicados na reconstituição da base de cálculo.

Ressalta que os preços médios praticados nas empresas diligenciadas são consistentes, mas não se trata de concorrentes, visto que os preços se diferenciam em função da tecnologia empregada. Atenta que uma empresa apresenta preço médio inferior, por seu produto se destinar à classe D ou E da própria região, outra, próximo aos seus, destinados a um público alvo seletivo e das regiões com maior escassez de frutas e outra com preço superior, empregando nível tecnológico-sanitário de destaque nacional, com rígido controle de qualidade e destinado a público diferenciado.

Argumenta que sua produção é destinada a público de baixa renda por ser um “produtor popular”, destinada ao mercado regional e cujas frutas adquiridas são praticamente da região o que conduz a preços médios praticados de R\$0,72 e R\$0,79 por Kg (2006/2007), sendo no seu entendimento descabida a imposição do autuante que contraria as leis de mercado. Requer a improcedência da infração 3.

A 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 1140) para que o autuante refizesse o demonstrativo de débito apresentado por exercício relativo da infração 1 (585/588), de modo que refletisse os valores devidos mês a mês, como no demonstrativo original.

Em atendimento a diligência o autuante prestou nova informação fiscal juntando às fls. 1142/1143 os demonstrativos refeitos.

## VOTO

Antes de adentrar o mérito, cabe ressaltar que conforme documentos juntados ao processo, o contribuinte ingressou com sua defesa fora do prazo regulamentar, posteriormente entrou com recurso contra o arquivamento da defesa o que foi acatado pelo CONSEF nos termos do art. 10º, §2º RPAF/BA, validando, portanto, a defesa apresentada pelo impugnante.

No mérito, o Auto de Infração trata da exigência de ICMS relativo à falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar, descumprimento de obrigação tributária principal, omissão de

saída apurada por meio de arbitramento da base de cálculo, da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais e na qualidade de responsável solidário.

Na defesa apresentada o autuado reconheceu parte da infração 1, totalizando R\$148.829,49 sob alegação de que na apuração do débito não foi compensado créditos relativos a aquisições de embalagens e insumos utilizados no beneficiamento de polpas, o que foi acatado pelo autuante na informação fiscal.

Entretanto, em atendimento a diligência determinada pela 1ª JJF o autuante refez o demonstrativo original contemplando valor de R\$12.633,24 já recolhido, valores destacados em notas fiscais totalizando R\$96.246,97 (R\$61.269,01 em 2006 e R\$35.833,70 em 2007) conforme demonstrativos juntados com a defesa (fls. 207/210), glosou créditos relativos a notas fiscais de consumo totalizando R\$604,15 em 2006 e R\$251,59 em 2007 (fls. 587/588), inclusive excluído o valor de R\$20.644,03 relativo à exigência da infração 2, que por equívoco foi incluído no Anexo I.

Pelo exposto, não existindo qualquer controvérsia em relação aos ajustes procedidos pelo autuante, acato os demonstrativos juntados às fls. 1142/1143 e considero devido o valor de R\$129.041,20 conforme demonstrativo abaixo.

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq.	Multa %	Valor do Débito	Fl.
31/01/06	09/02/06	11.361,47	17,00	50,00	1.931,45	1143
28/02/06	09/03/06	17.091,47	17,00	50,00	2.905,55	1143
31/03/06	09/04/06	61.970,53	17,00	50,00	10.534,99	1143
30/04/06	09/05/06	10.829,35	17,00	50,00	1.840,99	1143
31/05/06	09/06/06	19.561,47	17,00	50,00	3.325,45	1143
30/06/06	09/07/06	16.797,82	17,00	50,00	2.855,63	1143
31/07/06	09/08/06	25.206,41	17,00	50,00	4.285,09	1143
31/08/06	09/09/06	52.274,76	17,00	50,00	8.886,71	1143
30/09/06	09/10/06	18.514,76	17,00	50,00	3.147,51	1143
31/10/06	09/11/06	31.951,12	17,00	50,00	5.431,69	1143
30/11/06	09/12/06	41.967,24	17,00	50,00	7.134,43	1143
31/12/06	09/01/07	49.026,18	17,00	50,00	8.334,55	1143
31/01/07	09/02/07	85.558,53	17,00	50,00	14.544,95	1142
28/02/07	09/03/07	47.898,41	17,00	50,00	8.142,73	1142
31/03/07	09/04/07	100.415,47	17,00	50,00	17.070,63	1142
30/04/07	09/05/07	61.913,82	17,00	50,00	10.525,35	1142
31/05/07	09/06/07	37.678,47	17,00	50,00	6.405,34	1142
30/06/07	09/07/07	69.048,00	17,00	50,00	11.738,16	1142
Total					129.041,20	

Com relação à infração 2, a mesma foi reconhecida pelo impugnante na sua defesa, portanto não havendo qualquer discordância esta infração deve ser mantida na sua totalidade. Infração procedente.

No tocante à infração 3, foi exigido ICMS por meio de arbitramento da base de cálculo “em virtude de declaração, nos documentos fiscais, de valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias”.

Para melhor análise dos fatos faço um breve resumo da sucessão de acontecimentos.

Na defesa apresentada o autuado alegou que:

- O autuante na apuração dos preços médios “excluiu as notas de menores valores, para assim, forçar um suposto arbitramento”, apresentando demonstrativo próprio com preços médios de R\$0,71 e R\$0,83, respectivamente, em 2006 e 2007 e que os preços médios apontados pelo autuante são ilusórios, fictícios, destituído de lógica;
- Não obedeceu ao disposto no art. 938 do RICMS/BA e não levou em consideração os elementos da escrita fiscal e contábil;

- c) Nas infrações 1 e 2, foram relacionadas notas fiscais de saídas, calculando o ICMS devido com preços médios apurados por quilos no Anexo III de R\$0,71 (2006) e R\$0,83 (2007) e elaborou os anexos IV e V para apurar novamente preços médios para o arbitramento;
- d) Questionou se a base de cálculo de R\$6.602.067,17 e o valor exigido de R\$1.122.351,42 mediante arbitramento não estão contidos no demonstrativo de imposto recolhido a menos.

Na informação fiscal o autuante contestou dizendo que:

- 1) O preço de mercado da polpa gira em torno de R\$3,50 a R\$6,00 e os preços médios praticados de R\$0,71 e R\$0,83 (2006/2007). Afirma estarem corretos os valores médios de R\$2,87 e R\$2,90 (2006/2007);
- 2) No anexo VI foram compensadas as saídas consideradas no anexo I, não havendo duplicidade de exigência do imposto.

Em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF, pesquisa de preço realizada em três empresas instaladas na mesma região e nos mesmos exercícios fiscalizados foram apurados preços médios de R\$0,98 e R\$0,97 (2006/2007). Refeito os demonstrativos originais resultou em valores devidos de \$59.534,34 e R\$51.905,59 totalizando R\$111.439,93 (fl. 586).

O autuado manifestou-se dizendo que na pesquisa de preços realizada foi constatado que uma das empresas apresenta preço médio inferior ao que pratica, outra próxima aos seus e outra com preços superiores, tudo isso, alega que é em função do nível tecnológico-sanitário, controle de qualidade e destino a público diferenciado, sendo que a sua produção é destinada à público de baixa renda por ser um “produtor popular”.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que com relação à segunda alegação de que o ICMS exigido no Anexo III com preços médios de R\$0,71 (2006) e R\$0,83 (2007), apurado nas infrações 1 e 2, não foram deduzidos nos valores exigidos na infração III (Anexos IV e V), não assiste razão ao impugnante, visto que conforme Anexo VI (fls. 115 e 603) o autuante multiplicou a quantidade de quilos do produto comercializado pelo preço médio e do valor total das saídas arbitradas deduziu o valor das saídas registradas, não havendo exigência cumulativa como argumentado pelo recorrente.

Com relação à primeira alegação defensiva constato que em relação ao exercício de 2006 no demonstrativo do Anexo III (fls. 22/45) no qual apurou o imposto não recolhido nas infrações 1 e 2, indicou preços médios de R\$0,75; R\$1,23 e R\$0,71 respectivamente das saídas totais, isentas e tributadas. Já o demonstrativo específico de Preço Médio da infração 3 (fls. 83/94) indica preços médios de R\$2,74; R\$2,21 e R\$2,87, tendo utilizado este último no arbitramento da base de cálculo.

Da mesma forma em relação ao exercício de 2007 no demonstrativo do Anexo III (fls. 46/82) no qual apurou o imposto não recolhido nas infrações 1 e 2, indicou preços médios de R\$0,86; R\$1,56 e R\$0,83 respectivamente das saídas totais, isentas e tributadas. Já o demonstrativo específico de Preço Médio da infração 3 (fls. 95/114) indica preços médios de R\$2,90; R\$3,02 e R\$2,90, tendo utilizado também o último na apuração da base de cálculo arbitrada.

Portanto, assiste razão ao impugnante ao afirmar que foram utilizadas parcialmente notas fiscais com valores mais elevados para apurar o preço médio. Isso ficou comprovado pela apuração de preços médios praticados por outras empresas de R\$0,98 (2006) e R\$0,97 (2007) no demonstrativo elaborado pelo autuante (fl. 586) que corresponde em média a um terço dos valores utilizados de R\$2,87 e R\$2,90 no arbitramento da base de cálculo.

Como o enquadramento da infração indica que o arbitramento da base de cálculo foi feito devido à prática de sonegação do imposto mediante declaração, nos documentos fiscais, de valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias (art. 937, V do RICMS/BA), verifico que foi indicado de modo genérico o artigo 938. Em se tratando de estabelecimento industrial, o método a ser empregado deveria ser o do inciso IV deste dispositivo, levantando o custo das matérias-primas, materiais secundários, produtos intermediários, acondicionamento, mão-de-

obra e outros gastos de fabricação, agregando-se ao montante 20%, a título de margem de valor adicionado (MVA).

A não indicação do inciso que prevê o método aplicado, bem como a ausência Termo de Fiscalização, circunstanciando detalhadamente a ocorrência, que deveria ser transcrito, na íntegra, no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (infração cometida; dispositivo regulamentar em que se apóie o arbitramento; elemento que serviu de base à apuração; valor das saídas apuradas; valor do ICMS; importância recolhida; o valor dos créditos e total a recolher), conduz a nulidade do procedimento fiscal tendo em vista que dificulta o exercício do direito de defesa.

Da mesma forma, tendo apurado preço médio com base em parte dos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte e não de todos os documentos fiscais emitidos, também conduz a nulidade da infração em razão da incerteza na determinação da base de cálculo, o que foi suprida pela diligência determinada pelo CONSEF no sentido de apurar os preços médios com base nos preço de venda a varejo no local da ocorrência.

Além disso, o resultado da diligência apurou preços médios praticados por empresa em valores inferiores e próximos aos praticados no mesmo período pelo estabelecimento autuado [preço médio praticado pela empresa Zoraide Fonseca dos Reis de R\$0,57 (2006) e R\$0,54 (2007)] ou próximo dos praticados pelo estabelecimento autuado [R\$0,71 (2006 - fl. 45) e R\$0,83 (2007 - fl. 82)] em contrapartida dos da empresa Benjoino Indústria e Comércio Ltda [preços praticados de R\$0,91 e R\$1,02 (2006/2007)] tendo apenas os praticados pela Indústria de Sucos Apuarema Ltda de (R\$1,47 e R\$1,36) se revelado superiores.

Por tudo que foi exposto, concluo que os preços médios apontados na apuração da base de cálculo, além de não ter sido feito em conformidade com o processo legal, conduz à incerteza quanto à determinação da base de cálculo, motivo pelo qual declaro nulo o lançamento pela falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA. Infração nula.

Quanto à infração 4, na defesa apresentada o autuado reconheceu integralmente o valor exigido de R\$19.023,28, dizendo que não omitiu entradas e sim deixou de recolher as diferenças de alíquotas por motivo de condições financeiras, mas devidamente escrituradas as operações. Portanto a infração deve ser mantida na sua integralidade. Infração procedente.

No que se refere à infração 5, na defesa apresentada o autuado não contestou os valores apurados nos demonstrativos juntados pelo autuante às fls. 156 e 167/168 conforme cópias de notas fiscais emitidas pelo estabelecimento autuado, cujas cópias foram juntadas pelo autuante às fls. 157/191.

Observo que se trata de notas fiscais de entradas relativas à aquisição de frutas de diversas (abacaxi, acerola, cajá, caju, coco, goiaba, graviola, manga, mangaba ...) e polpa (fl. 160) de produtores rurais não inscritos no cadastro de contribuintes do ICMS, sendo que em algumas delas foi destacado o imposto, a exemplo da NF 5609 (fl. 157).

Verifico que em se tratando de aquisição de frutas destinadas à industrialização, tal operação é diferida para o momento da saída do produto resultante da industrialização (art. 343, IV do RICMS/BA). Para usufruir de tal benefício o contribuinte deveria requerer sua habilitação ao regime de diferimento, e uma vez habilitado, poderia adquirir os produtos usufruindo do benefício.

Como não demonstrou estar habilitado ao diferimento, é responsável pelo pagamento do imposto por solidariedade, relativo às aquisições tanto de frutas destinadas à industrialização, como também das aquisições de polpas de frutas recebidas de pessoas físicas ou jurídicas não obrigadas à emissão de documento fiscal nos termos dos arts. 39, VIII e 128 do RICMS/BA.

Por isso, não acato os argumentos defensivos de que as aquisições de polpas de frutas são feitas de “pequenos produtores rurais da região que, de forma artesanal, despulpam os excedentes das

frutas de sua propriedade” tendo em vista que se tratam de operações mercantis e tributadas pelo ICMS. Assim sendo, a infração 5 deve ser mantida na sua totalidade.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

#### **RELOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207182.0014/08-7**, lavrado contra **MARQUES FAIR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE POLPAS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$243.754,77** acrescido das multas de 50% sobre R\$129.041,20 e 60% sobre R\$114.713,57, previstas no art. 42, I “a” e II “f” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR