

A. I. N ° - 018184.0602/06-8
AUTUADO - POLIFRUTA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - NILZA DAS DORES CORDEIRO PIRES
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 27.04.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0098-04/10

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Está demonstrada a existência de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, nos exercícios de 2002, 2003 e 2004. Foram refeitos os cálculos, para correção dos equívocos da autuação. No cálculo do imposto foi tomada por base a diferença de maior expressão monetária, como prevê o § 1º do art. 60 do RICMS. A autuação por omissão de saídas (exercícios de 2002 e 2003) tem por fundamento a falta de pagamento de ICMS, uma vez que a saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte constitui o aspecto temporal da norma jurídica que define a incidência do tributo. No caso da omissão de entradas (exercício de 2004), esse fato serviu de indício para a aplicação da presunção legal de ocorrência de saídas de mercadorias efetuadas anteriormente e não declaradas ao fisco, de modo que o imposto lançado em função da referida omissão de entradas não é exigido em virtude desse fato em si, mas sim tendo em vista a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias, haja vista que a existência de entradas de mercadorias não contabilizadas denuncia a falta de contabilização de receitas, ficando evidente que a empresa efetuou pagamentos com recursos não declarados ao fisco, e esses recursos, até prova em contrário, presumem-se decorrentes de operações (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS EM ESTOQUE DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Provado nos autos que a fiscalização aplicou o roteiro de levantamento quantitativo de estoque nos exercícios fechados de 2002, 2003 e 2004, contrariando procedimento previsto no Art. 15 da Portaria 445/89, a qual possibilita essa cobrança apenas no caso de levantamento quantitativo realizado em exercício aberto. Infração nula. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. É devida a antecipação correspondente a diferença

interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. Refeitos os cálculos com base nos documentos fiscais apresentados pela defesa, reduzindo o valor do ICMS devido. Reenquadramento da penalidade proposta pelo autuante, para o art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96, pois os fatos geradores são antes da edição da Lei nº 10.846/07. Infração parcialmente caracterizada. 3. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Contribuinte reconheceu que não localizou o DAE relativo ao pagamento de parte das notas fiscais autuada. Restou comprovado que a fiscalização já havia abatido no levantamento original o imposto recolhido. Infração caracterizada. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2006, para constituir o crédito tributário, no valor de R\$33.879,26, em decorrência de quatro infrações:

Infração 01 – Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$22.191,03, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas, sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Infração 02 - recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, no valor de R\$201,97, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização.

Infração 03 – Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$ 1.199,50, na qualidade de contribuinte solidário.

Infração 04 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 10.286,76, na qualidade de contribuinte solidário apurado através de auditoria de estoque.

O autuado apresentou defesa, fls. 115 a 130, impugnando o lançamento tributário. Preliminarmente, em relação à infração 01, alega que a autuante confundiu apuração por arbitramento e apuração mediante levantamento de estoque, tornando impraticável a identificação do real critério aplicado, porque adotou procedimentos de conversão aleatória de quantidades de frutas in-natura, em polpas, utilizando-se de percentuais de “rendimento”, cuja origem não está claramente especificada no processo, haja vista que se trata de uma relação de “rendimentos” apenas rubricada por pessoa não pertencente ao quadro funcional da empresa (fl. 83 do PAF). Diz que o autuante utilizou o mesmo critério de conversão em relação aos estoques iniciais e finais de fruta in-natura, portanto a autuada não reconhece como legítimo o procedimento do autuante, vez que não foi referendado por sócio ou preposto responsável pela área de produção ou técnicos em alimentos.

Alega ainda em preliminar, em relação à infração 01, que no exercício de 2003 a autuante não computou, por exemplo, as aquisições de polpas de caju e goiaba semi-industrializadas, oriundas de fornecedor industrial, aplicando os mesmos percentuais de perdas, adotados para as frutas in-natura, o que contraria a lógica, solicitando que observe o demonstrativo das entradas de mercadorias in-natura anexado pelo autuante, folhas 03 a 05.

Quanto ao exercício de 2004, na mesma infração 01, diz que a autuante mudou o critério computando as aquisições de polpas semi-industrializadas sem as perdas (demonstrativo de entradas de mercadorias, fls. 06 e 07). Ac

segurança jurídica que deve nortear os processos fiscais, pois a mudança de critérios num mesmo processo é algo singular e que o inquina de nulidade.

Diz que a autuante considerou como não lançadas na escrita fiscal supostas operações, quando a autuada não está obrigada a escriturar os livros fiscais RSM e RAICMS. Não encontra embasamento nas normas pertinentes, o que representa obstáculo intransponível ao exercício da ampla defesa. Deste modo, alega que está prejudicada a peça fiscal em exame, seus anexos e demonstrativos, porque não contêm elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Quanto à infração 03, diz que a confusão normativa suscitada pelos procedimentos do autuante torna-se patente ao fazer a descrição incompleta e não claramente explicitada dos fatos.

Salienta que o autuado esteve cadastrado no Simbahia, ao longo de todo período fiscalizado, adotando procedimentos pertinentes, orientados inclusive, a partir de consultas aos prepostos fiscais na repartição de sua jurisdição, INFAZ de Ilhéus. Ao longo de todo esse período, não ensejou reparações, não sofreu penalizações, nem foi instada a mudar sua condição cadastral, o que poderia ser cabível, mas nunca o foi, ser decretada de ofício, pela autoridade competente.

Quanto à infração 04, diz que a autuante adotou o critério de bi-tributação, incorrendo em excesso de exação, desobedecendo aos ditames da Portaria nº 445/98, especialmente em relação aos artigos: 12, 13, incisos I e II. Observa que se trata de levantamento quantitativo em exercício fechado, conforme descrição da própria autuante, e não, em exercício aberto, como prescreve os arts. 2º e 9º da citada portaria. Alega que se vislumbra ato praticado por servidor incompetente, haja vista que o autuante, ao adotar critérios de apuração alheios a real condição do contribuinte autuado, à sua revelia, violando e ultrapassando os limites legais de sua competência, por que o ato não foi decorrente de determinação de ofício, pelo Inspetor Fazendário.

No mérito, em relação à infração 01, diz que a autuante utilizou como embasamento para aferir as imposições correspondentes, dados resultantes de demonstrativos anexados ao Auto, pertinentes a “Levantamento Quantitativo de Estoque por Espécie de Mercadorias em Exercício Fechado”, tendo, de um lado, apresentado listagem das entradas de mercadorias, no caso frutas adquiridas ao longo de exercícios de 2002, 2003 e 2004, de outro lado, saídas de mercadorias, no caso, polpas de frutas, oriundas dos processos de industrialização executados ao longo dos mesmos exercícios. Em seguida, resumiu a movimentação simultânea, de frutas e polpas, em três “Demonstrativos de Estoque” relativos aos exercícios fiscalizados, neles incluindo e computando, além dos estoques iniciais e finais de cada exercício, diferenças de quantidade supostamente ocorridas nas entradas e saídas em cada exercício. Sendo dados incorretos e que não espelham a realidade de perdas totais, efetivamente constatáveis, nas diversas fases de todo processo produtivo: coleta e transporte, armazenagem, limpeza, descaroçamento e eliminação de resíduos, processamento inicial para a produção de polpas, eliminação e tratamento de resíduos no segundo estágio; purificação, pasteurização, embalagem, armazenamento das polpas; carregamento e distribuição. Entende que as quantidades e percentuais foram arbitrados, o que confunde a apreciação dos resultados: ou considera-se um levantamento quantitativo irreal, imaginário, ou há de se reconhecer, adoção de arbitramento, inaplicável ao caso, porque dispôs de toda a documentação da empresa, para um efetivo exame.

Diz que os demonstrativos elaborados pela autuante carecem de legitimidade, consistência e credenciamento da fonte utilizada para obtenção de dados percentuais de perdas, que afetam significativamente, os resultados apresentados. A defesa, não pode ser instada a “deduzir” ou “presumir”, qual o critério adotado. Por conseguinte, teve o autuado, cerceado o seu direito de defesa.

Quando ao exercício de 2002, a autuante apurou exigências de imposto no valor de R\$ 5.735,62, alegando supostas diferenças de “saídas sem Notas Fiscais”, de pol goiaba, graviola, manga, melão e umbu. Nos documentos nº 08 e 05

relação de notas fiscais não computadas pelo autuante, relativos ao exercício de 2002. Durante os exercícios de 2002 a 2004, quando ainda não dispunha de estabelecimento filial situado em São Paulo, o contribuinte vendeu em consignação, mercadorias destinadas à Serbom Armz. Gerais Frigoríficos Ltda, cujas notas, por falta de melhor conhecimento da parte dos funcionários do autuado, foram inadequadamente emitidas como “remessas para armazenagem”. As referidas mercadorias não retornaram à origem, nem foram objeto de emissão de outras destinações, fls. 10 a 17. Em decorrência, foram computadas como vendas definitivas, conforme se pode constatar dos registros constantes no livro RSM, mantido pelo contribuinte, apesar de desobrigado a escriturá-lo, fls. 18 a 60, e a planilha de apuração de ICMS Simbahia, relativa ao exercício de 2002, fl. 61. Portanto, a empresa emitiu as Notas de Saídas, computou como faturamento do período e recolheu o imposto devido. Diz que a empresa vendeu no exercício, polpas de frutas diversas, no atacado, constantes de relação no documento nº 09, conforme Demonstrativo de Movimentação de estoque, fls. 70 e 71.

Reconhece que, computando-se as diferenças nas saídas não consideradas pela autuante, resta um saldo devedor de R\$685,09, conforme Demonstrativo de Movimentação de Estoque, doc. 70 e 71.

Em relação ao exercício de 2003, diz que a autuante apurou exigência de imposto no valor de R\$6.886,84, alegando supostas diferenças de “saídas sem Notas Fiscais”, de polpas de abacaxi, açaí, caju, graviola, melão e umbu. Nos anexos nºs 72 e 74, constam planilhas indicando relação de Notas Fiscais não computadas pelo autuante, relativas ao exercício de 2003. Durante os exercícios de 2002 a 2004, quando ainda não dispunha de estabelecimento Filial sito em São Paulo, o contribuinte vendeu em consignação, mercadorias destinadas à Serbom Armz. Gerais Frigoríficos Ltda, cujas notas, por falta de melhor conhecimento da parte dos funcionários do autuado, foram inadequadamente emitidas como “remessas para armazenagem”. As referidas mercadorias não retornaram à origem, nem foram objeto de outras destinações, doc. 75 a 89. Em decorrência, foram computadas como vendas definitivas, conforme se pode constatar dos registros constantes no livro RSM, mantido pelo contribuinte, apesar de desobrigado a escriturá-lo, doc 18 a 60, e a planilha de apuração de ICMS Simbahia, relativa ao exercício de 2003, doc.140. Portanto, a empresa emitiu as notas de saída, computou como faturamento do período e recolheu o imposto devido. Diz que a empresa vendeu no exercício, polpas de frutas diversas, no atacado, constantes de relação nos documentos nºs 73 e 74, fotocópias de Notas Fiscais, docs. nºs 90 a 129, cujos valores foram regularmente computados na Receita Total da empresa, em cada mês de apuração de acordo com cópias de RSM e Planilha de apuração anexas.

Constatou ainda, divergências nas quantidades de entradas, conforme Demonstrativo no doc. Nº 74, que podem ser comprovadas através de fotocópias anexas dos docs.130 a 139, referindo-se a notas não computadas, ou cujas quantidades foram computadas com erros de cálculo na conversão para polpas. Observou que o autuante aplicou às aquisições de polpas semi-industrializadas, os mesmos percentuais de perdas atribuídos às frutas in-natura, o que não é cabível.

Reconhece que, computando-se as diferenças nas saídas não consideradas pela autuante, resta um saldo devedor de R\$1.552,76, conforme Demonstrativo de Movimentação de estoque, doc. 141 e 142.

Em relação ao exercício de 2004, diz que a autuante apurou exigências de imposto no valor de R\$9.568,57, alegando supostas diferenças de saídas sem notas fiscais, de polpa de caju e manga. Nos documentos nºs 143 e 144, constam planilhas indicando relação de Notas Fiscais não computadas pela autuante, relativas ao exercício de 2004. A autuante não computou a Nota Fiscal 601, de venda de polpa de manga, doc. 145, e as Notas Fiscais nºs 776 e 777, de transferência para a filial da empresa em São Paulo, doc. 146 e 147, filial constituída em 01/04/2004, conforme Instrumento de Alteração Contratual, registrado na JUCEB, doc. 181 a 191. Esclarece que durante o exercício de 2004 quando ainda não dispunha de estabelecimen

autuado vendeu em consignação, mercadorias destinadas à Serbc

Ltda, cujas notas, por falta de melhor conhecimento da parte dos funcionários do autuado, foram inadequadamente emitidas como “remessas para armazenagem”. As referidas mercadorias não retornaram à origem, nem foram objeto de emissão de outras destinações, docs. 148 a 175. Em decorrência, foram computadas como vendas definitivas, conforme se pode constatar dos registros constantes no livro RSM, mantido pelo autuado, apesar de desobrigado a escriturá-lo, fls. 18 a 60, e a planilha de apuração de ICMS Simbahia, relativa ao exercício de 2004, doc. 176. Portanto, a empresa emitiu as notas de saída, computou como faturamento do período e recolheu o imposto devido, não cabendo a suposição infundada de “saídas sem notas fiscais”.

Constatou ainda, divergências nas quantidades de entradas, conforme demonstrativo no doc. nº 144, que podem ser comprovadas através de fotocópias, fls. 177 a 178, na Nota Fiscal nº 1645 o autuante computou como “polpa de caju” 1.043 kg e de polpa de cacau não computou as devoluções efetuadas pela SERBOM, através da Nota Fiscal nº 263896.

Salienta que, computando-se as diferenças nas saídas não consideradas pela autuante, resta um saldo devedor de R\$597,44, conforme Demonstrativo de Movimentação de estoque, doc. 179. Deste modo, é improcedente a exigência de imposto no valor total de R\$ 9.568,57, constante no Auto.

Ressalta que as supostas diferenças indicadas nas entradas relativas aos exercícios de 2002 a 2004 não foram objeto de discussão da defesa pelos seguintes motivos: não foram objeto de imposição de imposto ou multa na infração ora contestada; conforme disposições da Portaria nº 445/98, em especial, seus artigos 12 e 13, I, caso que retrata o auto in lide, e os artigos 6º e 7º, incisos I e II; não se trata de levantamento quantitativo em exercício aberto.

Em relação à infração 02, diz que a autuante cometeu equívoco ao aplicar a alíquota de 7% para apuração do imposto devido pela antecipação parcial, quando se trata de aquisições oriundas do Estado da Paraíba, cuja alíquota interestadual é de 12%. No documento anexo nº 180 “Demonstrativo de Antecipação Parcial”, apresenta os valores efetivamente devidos: R\$27,17, relativamente ao mês de referência : 04/2004 e R\$57,00, relativamente ao mês de referência 06/2004, totalizando, portanto, o débito corretamente calculado em R\$84,17.

Em relação à infração 03, diz que não conseguiu localizar o comprovante de recolhimento correspondente às aquisições relativas às Notas Fiscais nºs 78 e 79. Conforme Extrato dos pagamentos realizados - Histórico dos DAEs e /ou GNRE's, obtido via internet, documento anexo nº 192 e 193, consta um recolhimento no valor de R\$1.528,63. Portanto, o saldo devedor remanescente seria de R\$1.182,87.

Em relação à infração 04, diz que a autuante pretende impor ao autuado a exigência de imposto no valor de R\$ 10.288,76, assim discriminados: R\$156,55, relativo ao exercício de 2002; R\$2.160,49, relativo ao exercício de 2003 e R\$7.969,72, relativo ao exercício de 2004 - sob alegação de que “deixou de recolher ICMS na qualidade de contribuinte solidário, apurado através de auditoria de estoque. Demonstrativo de débito anexado ao presente processo”. Todavia, a autuante não demonstrou, nem fundamentou o critério ou falta dele, adotado para determinação dos valores elencados no Auto e anexos. A “base de cálculo”, portanto, converteu-se em ficção, impossível de contraditar, até porque, ausentes nos demonstrativos, quaisquer comprovações de: origem, valores reais, documentos fiscais e prova efetiva da responsabilidade solidária.

Aduz que o art. 39, em seu inciso VIII, refere-se às aquisições devidamente comprovadas, oriundas de pessoas físicas ou jurídicas, desobrigadas de emissão de nota fiscal.

A autuante anexou ao Auto três planilhas intituladas: “Demonstrativo de omissão de entrada apurado através de Auditoria de Estoque”, relativos aos exercícios de 2002 a 2004, não especificando a origem das quantidades apontadas.

Presume que, em tese, a autuante tenha obtido as quantidades enumeradas em ditos demonstrativos, a partir dos demonstrativos de estoque, relativo à infração 01, 04, 05, 01, que tratou da apuração de supostos débitos relativos a “saídas sem r anteriormente.

Frisa, por precaução, que as supostas diferenças indicadas nas entradas relativas aos exercícios de 2002 a 2004 não foram objeto de discussão na presente defesa pelos seguintes motivos: não foram objeto de imposição de imposto ou multa na infração 01- 04.05.01- já contestada; conforme disposições da Portaria nº 445/98, em especial, seus artigos 12 e 13, I, caso que retrata o auto em lide, e os artigos 6º e 7º, incisos I e II, não é cabível exigência simultânea e cumulativa de imposto e multa, quando do levantamento quantitativo de estoques, resulta apuração de “omissões de saídas superiores à omissões de entradas”- caso apontado pelo autuante, em seus demonstrativos; não se trata de levantamento quantitativo em exercício aberto, o que, em tese, poderia ensejar exigência de imposto por substituição, caso ocorressem omissões de entradas de mercadorias, ainda existentes em estoque levantado no início da ação fiscal.

Diz que a autuante inovou ao desconsiderar os ditames da Portaria 445/98 ao tributar cumulativamente, valores de supostas “omissões de saídas e de entradas”, num mesmo exercício, e deste modo contrariando a lógica contábil elementar, da compensação natural, havida entre uma e outra, o que implica, na exclusão necessária do valor menor, como determinado na portaria, em seus artigos 12 e 13, inciso I, e ressaltado nos artigos 6º e 7º, incisos I e II, que disciplinam procedimentos aplicáveis nos levantamentos quantitativos, por espécie de mercadorias.

Acrescenta que, por outro lado, outras “inovações” alheias às normas vigentes em cada período de apuração demonstram mero exercício de criatividade na determinação dos valores do tributo supostamente devido. O art. 938, inc. IV, define as regras aplicáveis aos estabelecimentos industriais. Afirma que nos demonstrativos anexados ao auto, pode-se comprovar o mais absoluto desprezo à norma regulamentar. Depreende que, das incongruências apontadas, o autuante revela confusão, incorrendo em lamentável equívoco, tendente a impor ao autuado inegável bi-tributação, por excesso de exação, o que, além de representar obstáculo à ampla defesa, caracteriza a ilegitimidade passiva já argüida preliminarmente.

Contraria o procedimento da autuante, outras disposições regulamentares: tratando-se da aquisição de frutas in natura, oriundas de diversos fornecedores, produtores rurais, em tese, desobrigados do pagamento do imposto incidente nas operações de remessa para a industrialização, cita o art. 14, inciso I, “b” e o art. 343, inciso VI, “c”, ambos do RICMS/97, que estabelece para os casos de frutas, o momento do pagamento do imposto eventualmente incidente é o da “saída dos produtos resultantes de sua industrialização”.

Diz que o art. 348, define as condições e forma de pagamento do imposto, destacando o inciso I do § 1º ; o inciso II e o inciso VII, do § 3º, que, no entendimento do autuado, é no sentido de que, o contribuinte, estando enquadrado em situação em que, lhe foi atribuído o Regime Especial do Simbahia, aplicar-se-ia nesse caso, uma das interpretações decorrentes dos dispositivos anteriormente elencados.

Diante das constatações elencadas, requer a total improcedência da exigência de imposto, no valor de R\$ 10.288,76, bem como da multa e demais acréscimos legais.

Requer a realização de revisão por fiscal estranho ao feito, formulando os quesitos para o novo perito, cujo esclarecimento julga de fundamental importância.

Ao finalizar requer, preliminarmente o reconhecimento de nulidade do auto em lide e, se ultrapassadas as preliminares argüidas, o reconhecimento de sua improcedência.

Na informação fiscal, fls. 323/327, a autuante diz que a fiscalização foi fundamentada nas normas do RICMS/BA, sendo a atividade do autuado de fabricação de outros produtos alimentícios e sua condição é EPP. Quanto à discriminação da infração é texto padrão do SEAI (sistema automatizado). O documento de folha 09, resumo de auditoria de estoque, comprova que respeitou a sua condição, visto ter dado crédito presumido. Diz que o autuado alega que a origem dos percentuais de “rendimento”, fl. 83, não está claramente especificado no PAF e que está rubricado por pessoa não pertencente ao quadro funcional da empr

entregue pelo autuado quando da entrega dos livros e documentos fiscais, tendo, inclusive, o próprio autuado utilizado quando da defesa, conforme documentos de folha 202.

Quanto à infração 01, em relação ao exercício 2002, diz que as Notas Fiscais de nºs 63, 66, 77, 85, 91, 43, 131 e 206, fls. 140 a 146, planilha fls. 138 e 139, não foram entregues pelo autuado quando da fiscalização. Nas Notas Fiscais de nºs 129, 113, 117, 126, 61, 62, 92 e 107, fls. 129 a 198, não contêm a discriminação do sabor. Diz que a autuante discriminou como Polpa de frutas, razão porque não as considerou no levantamento. Ressalta que a empresa opera com sabores não constantes dos demonstrativos de estoque, como por exemplo, polpa de acerola, limão e mamão, fl. 140, após a inclusão das Notas Fiscais citadas, o resultado ficou assim discriminado: Omissão de saída no valor de R\$1.029,81. Observa que o demonstrativo apresentado pelo autuado está incorreto, nem todos os sabores estão incluídos, fls. 138 a 139. Demonstrativos anexos a esta informação.

No exercício 2003, diz que as Notas Fiscais de nºs 93, 37, 122, 189, 307 (lançada), 341, 453, 480, 569, 570, 585, 652, 681, 740, e 739, fls. 240 a 218, não foram entregues pelo autuado quando da fiscalização.

Nas Notas fiscais de nºs 262, 268, 273, 275, 276, 343, 349, 406, 409, 280, 285, 290, 292 293, 295, 300, 577, 670, 680, 689, 722, 649, 110, 113, 203, 204, 205, 207, 208, 211, 218, 220, 222, 223, 224, 225, fls. 219 a 257, não conta o sabor. Os dados do produto são discriminados como Polpa de frutas sabores diversos, razão pela qual não considerou no levantamento.

Alega o autuado que as notas fiscais de entrada não foram computadas ou computadas a maior ou a menor, planilha fl. 203 e docs. fls. 258 a 266. Após análise dos documentos apresentados na defesa, constatou que em relação às notas fiscais 650, 58, 9320, 9301, 9223, 9060, 612 e 351, houve erro quando do lançamento. Em relação às Notas Fiscais 210186 e 202463, estas o autuado não discriminou na planilha, doc. fls. 259 e 260, não foram entregues quando da fiscalização. Após a inclusão dessas notas fiscais, doc. fls. 204 a 218 e 259, e a correção dos lançamentos referentes aos documentos de folhas a 258, 260 a 266, o resultado ficou assim discriminado: Omissão de saída no valor de R\$2.473,70. Observa que o demonstrativo apresentado pelo autuado está incorreto, nem todos os sabores estão incluídos, docs. fls. 201 a 203. Demonstrativos anexos a esta informação.

No exercício 2004, diz que as Notas Fiscais de nºs 172, 173, 186, 187, 278, 279, 310, 309, 349, 521, 547, 548, 562, 563, 599, 611, 612, 618, 625, 626, 630, 632, 647, 754, 755, 767, 768, 601, 776 e 777, (Notas Fiscais de Saída, docs. fls. 272 a 302, não foram entregues pelo autuado quando da fiscalização. Em relação a Nota Fiscal 1645 (entrada, fl. 304) houve erro na quantidade, o correto é 1950 e não 1043. A Nota Fiscal nº 263896, (entrada, fl. 305) não foi entregue quando da fiscalização. Após a inclusão e correção das notas fiscais citadas, houve alteração da infração ficando o resultado assim discriminado: Infração 04.05.05- falta de recolhimento de ICMS constatado pela apuração tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - o das operações de entrada - 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 contabilizada, no mesmo exercício. Valor do ICMS: R\$ 4.862,30. Arts. infringidos : 124, inciso I, 201, 218, 322 e 331, combinados com os arts. 1º, inciso I, art. 2º e parágrafo 3º, 50, 60, inc. II, “b”, 936 e parágrafo 3º do RICMS/BA aprovado pelo Decreto 6.284/97. Art. 13, inciso II da Portaria 445/98. Multa: art. 42, Inciso III, da Lei nº 7.014/96.

Quanto à infração 02, diz que o autuado alega que houve erro na aplicação da alíquota em relação ao fornecedor. Verificou e constatou que a alegação é correta. Após correção, o débito fica assim discriminado: Recolheu a menos ICMS antecipação parcial referente aos meses de abril/2004 o valor de R\$ 27,17, e mês de junho/2004 no valor de R\$ 57,00.

Quanto à infração 03, diz que o autuado alega que não localizou o comprovante de recolhimento, tendo juntado à defesa extratos dos pagamentos, fls. 192 e 193, alegando que o recolhimento é no valor de R\$1.528,63. Mas, o autuado se enganou em relação ao va folhas 107, relação de DAE's – Sistema Inc, o valor correto é de R

principal. Diz que apesar do autuado ter utilizado código de receita errado, quando do pagamento (1145 ICMS antec. tributária produtos anexos), à época da fiscalização comprovou tratar-se de ICMS solidário.

Quanto à infração 04, diz que o autuado alega que o autuante incorreu em equívoco impondo bi-tributação, tendo em vista que cobrara omissão de entrada decorrente de auditoria de estoque. Aduz que o engano é do autuado, pois a infração 04 – 02.01.88, não se trata de Omissão de Entrada e sim de ICMS solidário. Ao executar o roteiro de auditoria de estoque, foi constatado omissão de entrada e, como bem afirma o autuado, a sua atividade é industrial e a matéria-prima são frutas in-natura. A isenção, de acordo como RICMS/BA ocorre nas operações para comercialização. Quando destinada à indústria é necessário, para que não haja pagamento, que as mercadorias estejam acompanhadas de nota fiscal e que o adquirente tenha habilitação para diferimento. Como o autuado é inscrito na condição de EPP, no RICMS/BA não há habilitação de diferimento. Tendo em vista que o autuado apresentou na defesa, tanto notas fiscais de saída como de entrada, após realizar as alterações necessárias, os valores referentes a esta infração, ficaram assim discriminados: exercício 2002 - R\$ 306,44; exercício 2003 - R\$ 2.690,71; exercício 2004 - R\$25.471,23. Demonstrativos anexados à informação fiscal.

À folha 416, consta que o autuado recebeu cópia da informação fiscal, sendo informado do prazo para se manifestar, todavia não se manifestou.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 04 (quatro) infrações.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide. Ademais, quando da informação fiscal o próprio autuante revisou os levantamentos fiscais, tendo o contribuinte recebido cópia e, apesar de intimado, não mais questionou os mesmos.

Na infração 01, analisando os papéis de trabalho elaborados pela auditoria, quando da aplicação do Roteiro de Auditoria de Estoques nos exercícios de 2002, 2003 e 2004, folhas 9 a 96 e 99 a 104, em especial às folhas 10, 23 e 55 relativas às planilhas “Demonstrativo de Estoque”, está demonstrada a existência de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias tributadas nos três exercícios. No cálculo do imposto foi tomada por base a diferença de maior expressão monetária, como prevê o § 1º do art. 60 do RICMS e artigo 13 da Portaria 445/89, *in verbis*:

Art. 13. No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, duas situações, pelo menos, podem ocorrer:

I - o valor da omissão de saídas é maior do que o da omissão de entradas: nesse caso deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas (RICMS/97, art. 60, II, “a”, e § 1º), com a multa correspondente (70%), que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas;

II - o valor da omissão de entradas é maior do que o da omissão de saídas, caso em que:

a) deve ser exigido o ICMS correspondente às operações de saídas anteriormente realizadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem lançamento do imposto na escrita, com base no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência daquelas operações sem pagamento do imposto (RICMS/97, art. 2º, § 3º);

b) a base de cálculo é o valor da omissão de entradas, por ser maior do que o valor da omissão de saídas, considerando-se este incluído no valor a ser tributado (RICMS/97, art. 60, § 1º);

c) para efeitos de determinação da base de cálculo de que cuida a alínea anterior, deve-se apurar o valor da receita não contabilizada, que corresponde ao custo das entradas omitidas, em função do preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicionado (RI

- d) a multa aplicável é a prevista para a prática de omissão de receita apurada mediante levantamento quantitativo (70%), ficando absorvida por esta a multa pelo descumprimento da obrigação acessória;
- e) apesar de ter havido omissão de saídas, mas tendo em vista ser o valor da omissão de entradas superior ao das saídas, e considerando que a exigência do tributo é feita neste caso em função do valor da presunção de receitas relativas a operações não contabilizadas, tendo como base de cálculo o valor da omissão de entradas, a verificação da omissão de saídas deve ser também consignada, expressamente, tanto no Auto de Infração como no Termo de Encerramento de Fiscalização, fazendo-se juntada dos papéis de trabalho a ela correspondentes, demonstrando as quantidades, os preços e a apuração do valor da omissão de saídas, para que sirvam como elementos de prova.

Em sua defesa o autuado argüiu nulidade da infração e no mérito apontou alguns equívocos do levantamento fiscal e reconheceu parcialmente a infração.

Inicialmente afastou a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que a fiscalização utilizou os percentuais de rendimentos declarados pelo próprio contribuinte, conforme documento acostado aos autos à folha 83, denominado de “TABELA DE RENDIMENTOS POLPA DE FRUTAS NATIVA”. Na citada declaração consta o carimbo do CNPJ do contribuinte autuado, não podendo ser acolhido o argumento defensivo de que não identificou qual seria o funcionário que assinou a declaração, uma vez que, como ressaltou a autoridade fiscal, o documento lhe foi entregue juntamente com os demais livros e documentos fiscais utilizados na auditoria.

De igual modo, não pode ser acolhida a preliminar de nulidade argüida pela defesa de que existiram equívocos nas quantidades levantadas e que não foram consideradas algumas notas fiscais, uma vez que se trata de questão de mérito da autuação, que será analisada após as questões preliminares. Não observei nenhuma mudança de critério na utilização dos percentuais de perdas. Se houve alguma perda nos produtos semi-elaborados, caberia ao sujeito passivo ter apresentado prova de sua alegação.

Não pode ser acolhida preliminar de nulidade por ser contribuinte enquadrado no SimBahia, pois a fiscalização observou a condição do contribuinte, em especial o art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, que manda abater do imposto apurado o crédito presumido de 8% sobre as saídas consideradas.

Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação. Ademais, o próprio contribuinte ao tratar do mérito da autuação reconheceu parcialmente o valor reclamado.

No mérito, quando da informação fiscal o autuante refez os cálculos para correção dos equívocos da autuação que foram apontados pela defesa. No cálculo do imposto foi tomada por base a diferença de maior expressão monetária, como prevê o § 1º do art. 60 do RICMS/BA. A autuação por omissão de saídas (exercícios de 2002 e 2003) tem por fundamento a falta de pagamento de ICMS, uma vez que a saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte constitui o aspecto temporal da norma jurídica que define a incidência do tributo. No caso da omissão de entradas (exercício de 2004), esse fato serviu de indício para a aplicação da presunção legal de ocorrência de saídas de mercadorias efetuadas anteriormente e não declaradas ao fisco, de modo que o imposto lançado em função da referida omissão de entradas não é exigido em virtude desse fato em si, mas sim tendo em vista a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias, haja vista que a existência de entradas de mercadorias não contabilizadas denuncia a falta de contabilização de receitas, ficando evidente que a empresa efetuou pagamentos com recursos não declarados ao fisco, e esses recursos, até prova em contrário, presumem-se decorrentes de operações (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

O contribuinte recebeu cópia da informação fiscal e dos novos demonstrativos, sendo intimado para se manifestar sobre os mesmos, entretanto, silenciou.

Interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito dos valores apurados para a infração. Ademais os mesmos encontram-se bem próximos dos valores reconhecidos defensivos.

Logo, entendo que a infração restou parcialmente caracterizada no valor de R\$8.365,81, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	OCORRÊNCIA	ICMS DEVIDO
1	31/12/2002	1.029,81
1	31/12/2003	2.473,70
1	31/12/2004	4.862,30
TOTAL		8.365,81

Na infração 04, é imputado ao contribuinte deixar de recolher ICMS na qualidade de contribuinte solidário, apurado através de auditoria de estoque, nos mesmos exercícios fechados da infração 01, ou seja, 2002, 2003 e 2004.

Em sua defesa o contribuinte argüiu nulidade por não ter a fiscalização observado o procedimento previsto na Portaria 445/89.

Entendo que o argumento defensivo deve ser acolhido, pelos seguintes motivos:

1-A citada portaria foi editada pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia objetivando orientar os trabalhos de auditoria fiscal de estoques em estabelecimentos comercial e industrial, dispondo sobre o alcance dos procedimentos na realização dos levantamentos quantitativos.

2-Consta na infração que: “...apurada através de levantamento de auditoria de estoque.” Nos demonstrativos da fiscalização, observa-se que as quantidades das entradas omitidas foram apuradas no roteiro de auditoria de estoque.

3-Os exercícios objetos da fiscalização foram 2002, 2003 e 2004, exercícios fechados, uma vez que a fiscalização foi realizada em 2006.

4- O roteiro de levantamento quantitativo de estoque nos exercícios fechados de 2002, 2003 e 2004, contraria o procedimento previsto no Art. 15 da Portaria 445/89, *in verbis*:

Art. 15. Tratando-se de levantamento quantitativo em exercício aberto detectando-se tanto omissão de entrada como omissão de saída de mercadoria:

I - deve ser cobrada:

a) o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhas de documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V), se as mercadorias correspondentes à omissão de entradas ainda estiverem fisicamente em estoque, observado o seguinte:

1 - a base de cálculo é o valor das mercadorias adquiridas, que corresponde ao preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria, não devendo ser computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicionado (RICMS/97, art. 60, II, “b”);

2 - a multa aplicável é a prevista para a falta de recolhimento tempestivo em razão da falta de registro de documentos nos livros próprios, apurada mediante levantamento quantitativo (70%); e

b) o imposto relativo à omissão de saída, atendido o disposto nos arts. 4º e 5º;

II - se as mercadorias correspondentes à omissão de entradas não mais estiverem no estoque, adotar-se-á o procedimento descrito no art. 13.

Assim, entendo que a infração é nula, pois restou comprovado nos autos a procedência da arguição defensiva de que a fiscalização aplicou o roteiro de levantamento quantitativo de estoque nos exercícios fechados de 2002, 2003 e 2004, contrariando procedimento previsto no Art. 15 da Portaria 445/89, a qual possibilita essa cobrança apenas no caso de levantamento quantitativo realizado em exercício aberto.

Ademais, mesmo que se trate de exercício aberto, também não caberia a cobrança nos exercícios de 2002 e 2003, uma vez que nos citados exercícios foi aplicada a norma prevista no Art. 13, I, da Portaria 445/98, o valor da omissão de saídas foi maior do que o da omissão de entradas, sendo cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas (RICMS/97, art. 60, II, “b” e § 1º), com a multa correspondente (70%), que absorve a penalidade relativa a entradas.

Logo, entendo que a infração 04 é nula, entretanto, em conformidade com o artigo 21 do RPAF/99, recomendo ao inspetor fazendário analisar a possibilidade e necessidade de renovar a ação fiscal, objetivando verificar se existe imposto a ser cobrado sobre as aquisições de frutas de produtores rurais, com base nas notas fiscais de aquisições.

No que concerne à infração 02 é imputado ao autuado recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização.

Em sua defesa o autuado diz que a autuante cometeu equívoco ao aplicar a alíquota de 7% para apuração do imposto devido pela antecipação parcial, quando se trata de aquisições oriundas do Estado da Paraíba, cuja alíquota interestadual é de 12%. Reconhece como devido os valores de R\$27,17 relativamente ao mês abril/2004 e R\$57,00 relativamente ao mês de junho/2004, totalizando R\$84,17.

Acato o argumento defensivo uma vez que foi comprovado mediante documentação fiscal que as operações foram realizadas com alíquota de 12% enquanto o fiscal autuante considerou, de forma equivocada, a alíquota de 7%, fato que reconheceu na informação fiscal.

Quanto à multa aplicada, entendo que não se pode confundir a “antecipação parcial”, que nada mais é que um adiantamento ao Estado, com a “substituição tributária”, na modalidade da “antecipação”, que é um instituto com conceito, forma e objetivos diversos. A multa decorrente da “falta de antecipação”, ou seja, da infração correspondente à “substituição tributária”, para empresa enquadrada no então SimBahia é de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Em relação à penalidade aplicada no Auto de Infração em lide, considerando a alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.847/07, no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, com efeitos a partir de 28/11/07, que acrescentou a expressão “inclusive antecipação parcial” no referido dispositivo legal que capitula a multa pela falta de recolhimento do ICMS, nos casos de antecipação tributária, o Conselho de Fazenda, o qual já firmou entendimento contrário ao conteúdo da mesma, conforme diversos Acórdãos da 1ª e da 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, apenas a título de exemplo, cito os acórdãos nºs CJF Nºs. 0203-12/09, 0209-12/09, 0214-12/09, 0252-12/09 e 0301-12/09.

Acompanho a tese defendida nas decisões majoritária acima citadas, as quais foram embasadas em pareceres dos ilustres representantes da PGE/PROFIS. De fato, no sentido estrito, os institutos da antecipação parcial e a antecipação são institutos diversos. Na primeira, ocorre apenas a antecipação de parte do ICMS, não havendo encerramento da fase de tributação e não se aplica as mercadorias enquadradas na Substituição Tributária. Enquanto que na segunda, uma vez realizada antecipação do ICMS, o que somente ocorre sobre as operações com mercadorias enquadradas na Substituição Tributária, a fase de tributação é encerrada.

Nos diversos acórdãos acima apontados, tem sido citado o posicionamento da PGE/PROFIS pela a impossibilidade de aplicação da multa prevista no art. 42, inc. II, “d”, para as infrações relativas antecipação parcial, considerando que antes da alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.847/07, o dispositivo normativo não abarcava a figura da antecipação parcial, referindo o mesmo ao instituto da substituição tributária. Entretanto, como já se encontrava previsto no ordenamento jurídico tributário estadual, à época da ocorrência dos fatos, a previsão punitiva tributária, consignada no art. 42, inc. II, alínea “f”, esse fato possibilita aplicar multa de 60% para as hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial, para todas as categorias de contribuintes, uma vez que o referido dispositivo prevê a aplicação de sanção quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa da prevista no inc. II, do art. 42, que importe em descumprimento de obrigação principal.

É importante ressaltar que, conforme previsão expressa do art. 19 do RPAF/99, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos fique evidente o enquadramento legal. No mesmo sentido, o Código Tributário N: 149, ao tratar do lançamento tributário, estabelece que compete

penalidade cabível, podendo, entretanto, essa proposição ser revista de ofício, pela instância julgadora, visando o devido enquadramento legal do fato tributável.

Seguindo essa linha de raciocínio, a multa aplicada pelo autuante, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, foi equivocada, haja vista que a referida penalidade era aplicável apenas nas hipóteses da falta de pagamento do ICMS devido por antecipação tributária propriamente dita. Para a falta de pagamento de ICMS devido por antecipação “parcial”, a pena correta, à época, era a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da citada Lei, porém esse fato não implicou em modificação no núcleo da exigência fiscal, que remanesce inalterada e circunscrita à cobrança do ICMS da antecipação parcial.

Por tudo acima exposto, retifico a multa indicada no percentual de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, para a prevista na alínea “f” do inciso II do mesmo artigo e lei, no percentual de 60%, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a irregularidade à época dos fatos geradores.

Ante ao exposto, a infração em tela restou parcialmente caracterizada no valor de R\$ 84,17, sendo R\$27,17 relativamente ao mês abril/2004 e R\$57,00 relativamente ao mês de junho/2004.

No que concerne à infração 03 é imputado ao autuado recolher a menos ICMS na qualidade de contribuinte solidário, no valor de R\$ 1.199,50.

Em sua defesa o contribuinte aduz que não conseguiu localizar o comprovante de recolhimento correspondente às aquisições relativas às Notas Fiscais nºs 78 e 79. Entretanto, conforme Extrato dos pagamentos realizados - Histórico dos DAEs e/ou GNRE's, obtido via internet, documento fls. 192 e 193, consta um recolhimento no valor de R\$1.528,63. Reconhecendo com devido o valor de R\$1.182,87.

O argumento defensivo não pode ser acolhido, pois como bem ressaltou o fiscal autuante, conforme documentos de folhas 107, relação de DAE's – Sistema Inc, o valor correto é de R\$1.512,00, pois este é o valor ICMS recolhido, valor do principal, o qual foi considerado pela fiscalização quando do levantamento que embasou a autuação.

Logo, entendo que a infração 03 restou caracterizada.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$9.649,48, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO
1	PROC. PARTE	8.365,81
2	PROC. PARTE	84,17
3	PROCEDENTE	1.199,50
4	NULA	0
TOTAL		9.649,48

VOTO DIVERGENTE (INFRAÇÃO 4)

Com relação à infração 04, a questão que se apresenta é que o autuado alegou que a autuante efetuou levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado e tendo apurado omissão de entrada e omissão de saída, exigiu imposto relativo às omissões de entrada e omissão de saída na infração 1 e infração 4. Manifestou que só poderia ter sido exigido o imposto relativo à maior omissão apurada.

Por sua vez a autuante, argumentou que o imposto exigido na infração 4 decorre de omissão de entrada e o imposto foi exigido na condição de responsável solidário (art. 39, VIII do RICMS/BA) por ter adquirido frutas para industrialização sem documentação fiscal de origem.

Pela análise dos demonstrativos refeitos pela autuante na informação fiscal após ter acatado documentos juntados com a defesa, nos exercícios de 2002 e 2003 foi polpa de frutas maior que a omissão de entrada e no exercício de

entrada dos mesmos produtos maior que a omissão de saída, tudo conforme demonstrativos sintéticos acostados às fls. 329, 342 e 380.

Portanto, está correta a exigência do ICMS relativo à maior omissão do levantamento quantitativo de estoque (infração 1), relativo à omissão de saída nos exercícios de 2002 e 2003 (art. 13, I da Port. 455/98) e a omissão de entrada no exercício de 2004, com base em presunção legal (RICMS/97, art. 2º, § 3º), de acordo com o art. 13, II da Port. 455/98.

A exigência do ICMS relativo à omissão de entrada apurada no levantamento quantitativo de estoques na condição de responsável solidário só pode ser feita quando se tratar de levantamento quantitativo referente à:

1. Exercício aberto, se as mercadorias ainda se encontrarem fisicamente nos estoques (art. 9º, I, “a” e 15, I, “a” da Port. 455/98 - art. 39, V do RICMS/BA);
2. Quando apurado omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação (art. 10, I, “a” da Port. 455/98 - art. 39, V do RICMS/BA).

Relativamente à infração 4, constato que tomando como base o demonstrativo que apurou omissão de saída (polpa de cajá, cupuaçu, graviola e melão) maior que a omissão de entrada no exercício de 2002 (infração 1) no demonstrativo sintético à fl. 329, a autuante transportou as quantidades apuradas da omissão de entradas (polpa de açaí, caju, abacaxi, goiaba, umbu e manga) e converteu em quantidade equivalente do produto in natura (fl. 413). Tomando como exemplo a polpa de Açaí que apurou omissão de entrada de 418 Kg de polpa (fl. 329), considerou perda de 50% e converteu em 836 Kg de Açaí in natura, multiplicou pelo preço unitário de R\$0,50 e encontrou base de cálculo de R\$418,00 que somado aos demais produtos, aplicou a alíquota de 17% para apurar o imposto devido na condição de responsável solidário.

Adotou o mesmo procedimento em relação aos exercícios de 2003 e 2004 (fls. 342, 380 e 414/415) para apurar a base de cálculo dos demais produtos levantados nas infrações 1 e 4.

Pelo exposto, concluo que o procedimento adotado pela fiscalização para apurar o ICMS na condição de responsável solidário da infração 4, contraria as disposições regulamentares e deve ser considerada improcedente esta infração.

Ressalto que nada impede que a fiscalização proceda a levantamento próprio relativo à aquisição de frutas de produtores rurais não inscritos para exigir ICMS na condição de responsável solidário, caso fique comprovado o não pagamento do imposto, se o estabelecimento autuado não estiver habilitado ao regime de diferimento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **018184.0602/06-8**, lavrado contra **POLIFRUTA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.649,48**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 9.565,31 e 60% sobre R\$84,17, previstas no art. 42, incisos III e II, alínea “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/VOTO DIVERGENTE

ANTONIO CESAR DA

JOSÉ FRANK