

A I Nº - 207351.0009/04-9
AUTUADO - DELFI CACAU BRASIL LTDA.
AUTUANTE - JUAREZ ALVES DE NOVAES
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 03/05/05

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO Nº 0133-03/05

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE RETORNO DE MERCADORIA RECEBIDA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO. **b)** OPERAÇÕES DE ENTRADA DE MERCADORIA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Parcialmente caracterizada a primeira infração e, totalmente a segunda. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração elidida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ATIVO IMOBILIZADO. O crédito fiscal deve ser apropriado em cotas mensais de 1/48 proporcional às saídas tributadas. Caracterizada a infração. Rejeitado o pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/09/04 para exigir ICMS no valor de R\$478.818,44 acrescido de multas de 50%, 60% e 70%, além da multa de R\$8.863,26, referente às seguintes infrações:

01. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta no campo da descrição dos fatos que, através do levantamento da matéria-prima (cacau em amêndoas) devolvida para a encomendante Nestlé Brasil Ltda, sob CFOP 6925 – Retorno de mercadoria recebida para industrialização por conta e ordem do adquirente da mercadoria, quando aquela não transitar pelo estabelecimento do adquirente. Aplicados os coeficientes de transformação resultou em quantidade de produtos acabados superiores àquelas apuradas, considerados os citados coeficientes de produção, caracterizando dessa forma saídas a maior, como uma operação de vendas e não como prestação de serviço de industrialização, tudo conforme os anexos 01 a 04, com valor de R\$351.517,65.

02. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta no campo da descrição dos fatos que através do levantamento da entrada da matéria-prima (cacau em amêndoas) para produção própria, sob CFOP 1101 –

Compra para industrialização interna e 2101 – Compra para industrialização interestadual, constatamos que a firma não registrou nos livros e documentos fiscais próprios, as saídas de produtos acabados resultantes do processo de industrialização, tudo conforme os anexos 04 a 07, com valor de R\$118.251,19.

03. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Através do levantamento da matéria-prima (cacau em amêndoas) devolvida para a encomendante Nestlé Brasil Ltda., sob o CFOP 6925 - Retorno de mercadoria recebida para industrialização por conta e ordem do adquirente da mercadoria, quando aquela não transitar pelo estabelecimento do adquirente, constatamos saída dos produtos resultantes a menor, consoante coeficientes de transformação aplicados, caracterizando dessa forma uma operação de entradas de mercadorias não escrituradas nos livros fiscais próprios, tudo conforme os anexos 01 a 04, tendo sido aplicado multa de 10% sobre o valor das compras o que totalizou R\$8.863,26.

04. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. O contribuinte aproveitou integralmente o crédito das diferenças de alíquotas, oriundo das aquisições de ativo de outras unidades da Federação, contrariando a regra do art. 93, § 17 do RICMS/97, conforme anexos 09 e 10, com valor de R\$9.049,60.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 26 a 41, através de seu representante legalmente constituído (fl. 43) inicialmente esclarece que tem como atividade principal o processamento de cacau em amêndoas para produção de liquor, manteiga e torta em pó, por conta própria (aquisição) ou por encomenda e distribui seus produtos para estabelecimentos de terceiros em todo território nacional.

Que o beneficiamento das amêndoas obedece às seguintes etapas: o cacau é limpo, secado, descascado e torrado, moído, peneirado, classificado por finura em massa de cacau que segue diversos destinos para produção de:

- a) Liquor: sofre resfriamento e é embalado em pequenos sacos;
- b) Manteiga, torta: é prensada, de forma a separar a manteiga da parte sólida (torta);
- c) Pó: a torta é moída.

Afirma que o entendimento dos conceitos acima é importante para compreender a improcedência de alguns elementos da autuação no que diz respeito a acusação de que produziu manteiga, torta e pó de cacau para a Nestlé a partir da matéria-prima, que só fora utilizada para o processamento do liquor, inclusive juntando um laudo técnico demonstrativo dos coeficientes de transformação aplicados.

Preliminarmente, pede o cancelamento do Auto de Infração em razão dos graves vícios nele contidos. Alega que o art. 103 do RICMS/BA, prevê que o Auto de Infração deve conter a capitulação legal da infração cometida para que o autuado possa se defender da melhor forma e sem a indicação correta do dispositivo legal, torna-se nulo. Diz que os artigos 50 e 124, I do RICMS/BA, indicados no Auto de Infração não capitulam adequadamente, tendo em vista que apenas indicam a alíquota e o prazo de vencimento do imposto. Da mesma forma, diz que a indicação do art. 97, XII (crédito fiscal na internalização de bens para o ativo imobilizado) do citado Regulamento, para a infração 04, não tem qualquer relação com a suposta infração.

No mérito, quanto à infração 01, diz que o autuante baseou-se em entendimento equivocado de que deu saída em retorno da encomendante (Nestlé – Caçapava - SP) de manteiga, torta e pó de cacau, quando efetivamente deu retorno tão-somente de liquor e cacau em amêndoas (matéria prima).

Esclarece que o autuante apurou a quantidade de matéria-prima (cacau em amêndoas) recebida para produção da encomendante (Nestlé) e “calculou - mediante a aplicação de um coeficiente de produção (um percentual)” sobre a quantidade de matéria prima recebida e determinou a quantidade que deveria ter deixado o estabelecimento em retorno para o encomendante. Contrapôs a quantidade produzida estimada com as saídas efetivas constante das notas fiscais de devolução de industrialização devidamente registrada nos livros fiscais próprios e tendo constatado uma suposta “saída a maior”, caracterizou como suposta venda sem nota fiscal.

Apresentou um demonstrativo à fl. 32, resumo dos anexos I a IV elaborado pelo autuante.

Ressalta que no cômputo total de matéria prima processada sob encomenda foi considerado de forma errada:

- a) 71.910 Kg relativos às NF de saída de nº 4,5 e 7 (doc. 3 a 5) que se referem a simples retorno de matéria prima não utilizada e não de matéria prima processada;
- b) 19.875 Kg relativos à NF nº 105 de matéria prima enviada pela Nestlé para produção por encomenda da requerente;
- c) 26.310 Kg relativos à NF nº 65 de manteiga de cacau, produzida por encomenda, na realidade trata-se de liquor, conforme processo administrativo (doc. 9, fl. 118).

Afirma que, com os ajustes acima indicados, a matéria prima processada indicada pelo autuante fica reduzida de 467.560 Kg para 415.525 Kg e a quantidade de liquor produzida é aumentada de 315.740 kg para 342.350 Kg.

Alega que, com as devidas correções, utilizando o coeficiente de transformação de liquor de 82,65% aplicado às 415.525 Kg de matéria prima processada, resulta em 343.331 Kg de Liquor, que se aproxima da produção efetiva de 342.350 Kg.

Quanto à produção de manteiga de cacau, ainda sobre o reflexo da exclusão das quantidades da NF nº 065, diz que deve ser considerado a produção de 342.350 kg de Liquor. Diz que não há como sustentar o argumento do autuante de que produzira 500.200 Kg de torta ou pó, “acobertados pela nota fiscal de saída de nº 29 (fl.120) a partir da mesma matéria prima recebida de Nestlé”, tendo em vista que a referida nota foi destinada à unidade da Nestlé instalada em Itabuna e não da matéria prima recebida para processamento da unidade de Caçapava (Nestlé). Requer que a Junta de Julgamento, intime o autuante para comprovar suas alegações tendo em vista que o mesmo não aceitou os esclarecimentos da autuada.

Quanto à infração 02, relativa à suposta saída de produção própria de manteiga, torta e pó desacobertada de notas fiscais, diz que decorre de equívocos do autuante, conforme indicou:

- a) dos 493.860 Kg relacionados pelo autuante (anexos V e VI) como entradas no estabelecimento da requerente, a quantidade de 189.960 Kg se referem de fato a devolução de cacau em amêndoas tomado de empréstimo da Nestlé, conforme notas fiscais de nº 280, 18 a 24 (fl. 122 a 136), que não foi utilizada no processamento de cacau para produção de derivados.
- d) 30.000 Kg de cacau em amêndoas relacionados nas notas fiscais de nºs. 78 e 79 (fls. 138 a 140) referem-se à devolução de matéria prima não utilizada pela requerente em sua produção própria que antes havia entrado no estabelecimento através das notas fiscais de nºs 832 a 833 (fls. 142 a 144).

Afirma que com os ajustes acima indicados, a matéria prima processada indicada pelo autuante fica reduzida para 273.900 Kg de matéria prima (amêndoas de cacau) utilizada na produção própria, que após o processamento resultou na produção de 100.500 Kg de manteiga de cacau e 118.500 Kg de torta em pó.

Dessa produção, afirma que 100.000 Kg de manteiga de cacau foram comercializados no exercício de 2003 conforme NF de nº 93 a 97 (fls. 148 a 156) e o restante foi comercializado no exercício de 2004 (fls. 157 a 168).

Apresentou um demonstrativo-resumo em que utilizando o coeficiente próprio chegou a uma produção estimada de 109.423 kg de manteiga de cacau, e produção efetiva de 100.500 Kg, sendo comercializado 100.000 Kg em 2003 e estoque final de 500 kg.

Afirma que por um lapso, deixou de registrar no livro de inventário os estoques finais de manteiga, torta e pó, produzidos a partir daquela matéria prima processada no exercício de 2003.

Alega que tal presunção do autuante de que as mercadorias não se encontravam no estabelecimento não se sustenta, tendo em vista que as NF de nº 405, 407, 408, 416, 430 e 472 (fl. 158 a 168), confirmam a comercialização da produção.

Requer a improcedência da infração, tendo em vista que decorreu de um erro formal.

No que se refere à infração 03, diz que decorre dos equívocos do levantamento da produção por encomenda da requerente para a Nestlé (infração 01), em que se apurou uma diferença na produção estimada de manteiga de cacau de 7.727 Kg, que o autuante configurou como entrada de mercadoria não registrada na escrita fiscal.

Alega que tal produção não existe, tendo em vista que o equívoco relativo a nota fiscal de saída de nº 65, já anteriormente explicado, ficou demonstrado que se refere a saída de liquor e não de manteiga de cacau.

Pede, então, a improcedência desta infração.

Quanto à infração 04, utilização indevida de crédito fiscal, diz que vem cumprindo o que determina a LC nº 102/2002, relativo ao aproveitamento de crédito do ICMS na proporção de 1/48 por mês e que em relação à diferença entre as alíquotas interna e a interestadual, a LC foi omissa, e que no seu entendimento o RICMS manteve o direito ao crédito nos mesmos moldes que a LC 87/96, utilizou o crédito integral do ICMS. Concluiu que é arbitrário o imposto ora exigido.

Alega que o art. 150 da CF veda a exigência de tributo sem que haja previsão em lei, consagrado no princípio da Legalidade (art. 9, I do CTN). Deve a administração fazendária sujeitar-se a hipótese legal. Cita o entendimento do professor Roque Antonio Carrazza neste sentido (fl. 38) e que, não havendo previsão legal, é então permitida aos contribuintes.

Requer com base no princípio da legalidade a improcedência desta infração.

Por fim, fez uma síntese dos argumentos apresentados às fls. 39 a 41, e pede a improcedência total do Auto de Infração.

O autuante, na sua informação fiscal (fls. 172 a 178), apresenta duas tabelas demonstrativas (fl. 172 e 173) em que sintetizou na primeira as alegações do autuado em relação a notas fiscais apresentadas, produtos, quantidades, efeito sobre os estoques e o tipo de argumento defensivo e

na segunda promoveu os ajustes de quantidades relativos aos produtos Cacau em Amêndoas, Liquor, Manteiga, Torta e Pó.

Com relação à infração 01, diz que fez uma análise individual das alegações do autuado e não acatou os argumentos defensivos em relação às quantidades de matéria prima não utilizada na produção de mercadorias constantes das notas fiscais de números:

- a) 04, 05 e 06 totalizando 71.910 Kg de Cacau em Amêndoas relativo a simples remessa.
- b) 105 de 19.875 Kg de Cacau em Amêndoas relativo a simples remessa. Diz que o autuado registrou um ano depois de ter recebido a mercadoria, uma mudança no CFOP 6925 para 6903 (retorno). Alega que a referida NF não foi acostada ao PAF, tendo sido acostada à fl. 109 a fotocópia da NF de nº 06, que foi considerada no levantamento.

Acatou os argumentos defensivos em relação às notas fiscais de números:

- a) 65, que foi objeto de correção através de processo, mudando o teor do produto para liquor e não manteiga;
- b) 29, que não foi destinada à unidade da Nestlé em Caçapava.

Com os ajustes, apresentou a tabela de nº 03 em que apurou produção de Liquor de 386.438 Kg o que resultou em omissão de saídas de 44.428 Kg x R\$ 0,86 e base de cálculo de R\$38.208,08 com valor devido de R\$6.495,37.

No que se refere à infração 02, inicialmente discorreu sobre as alegações apresentadas na defesa, de que o autuado teria devolvido 189.960 kg de Cacau em Amêndoas que não foram utilizadas na produção (NF 18 a 24) e mais 30.000 Kg das NF 78 e 79.

Esclarece que, nos anexos 05 a 08, informou como apurou as quantidades processadas e diz que pode se concluir que a NF 280 (fl. 122) é uma “nota-mãe” tendo em vista as informações complementares das notas fiscais de nº 18 a 24 (fl. 124 a 136) e que é equivocada a alegação do autuado, de que deve ser excluída da quantidade processada como produção própria as quantidades indicadas nas notas fiscais de nº 18 a 24, pelo fato de que já tinham sido excluídas conforme demonstrado no Anexo 07 (fl. 17) e que a quantidade de cacau processada é exatamente a indicada no Anexo 05 (fl. 15).

Afirma que são redundantes as referências do autuado em relação as notas fiscais de nº 93 a 97, uma vez que já considerou estas notas fiscais na produção dos produtos acabados saídos de produção própria, conforme anexo 08 (fl. 18).

Quanto à alegação do lapso da escrituração dos estoques no livro de Registro de Inventário, diz que é um argumento inaceitável.

Conclui dizendo que não acatou nenhum argumento em relação à infração 02.

Quanto à infração 03, diz que a mesma está vinculada à infração 01, que com os ajustes procedidos na quantidade processada à ordem da unidade da Nestlé/Caçapava, deixa de existir. Em relação à infração 04, afirma que as alegações defensivas são doutrinárias e apontam inconstitucionalidades da legislação tributária quanto as regras para aproveitamento dos créditos prevista no art. 93, § 17 do RICMS/97. Diz que o patamar da discussão está acima da sua competência legal o que o impossibilita de contra argumentar.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal, conforme documento à fl.180, tendo o mesmo se manifestado às fls. 185 a 188.

Diz que, apesar do autuante ter acatado a inexistência de omissões de entrada de manteiga de cacau e saída de torta/pó, mas que manteve o entendimento de que as notas fiscais de saídas de nºs 04, 05 e 07 referiam-se a cacau aplicado na industrialização por encomenda de liquor para a Nestlé. Alega que o autuante não pode desconhecer que o erro cometido pelo impugnante de ter grafado o CFOP 6925 em vez de 6903, relativo a efetiva devolução de matéria prima não processada e requer que sejam juntados documentos fiscais da encomendante (Nestlé) que comprovem a natureza real da operação.

Afirma que o autuante manteve integralmente a infração 02, sobretudo os erros contidos no livro de inventário, mas que o autuante não informou os motivos de não ter considerado as notas fiscais de nºs 405, 407, 416, 430 e 472 (fl. 158 a 168), que, no seu entendimento, demonstra que a suposta saída de torta de cacau ocorrida em 2003 foi efetivamente comercializada no período de 18/03/04 a 27/05/04, o que desconfigura a infração.

No que se refere à infração 04, mantém os argumentos expostos na impugnação inicial.

VOTO

Deixo de acatar a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, pelo fato de que os artigos 50 e 124, I do RICMS/97 indicados pelo autuante não capitulam adequadamente o ilícito fiscal, tendo em vista que na descrição dos fatos é possível identificar a natureza da infração, o montante do débito e o lançamento encontra-se embasado nos demonstrativos elaborados pelo autuante, dos quais o sujeito passivo recebeu cópia e foram acostados ao PAF (fls. 7 a 10).

Rejeito também o pedido de nulidade formulado pelo autuado de que a indicação do art. 97, XII do RICMS/97 feita pelo autuante é incorreta, para capitular a infração 04, haja vista que foi indicado na descrição dos fatos (fl. 02) a regra infringida prevista no art. 93, § 17 do RICMS/97 a qual combinado como o art. 97, XII do mesmo Regulamento, capitulam adequadamente a infração.

Ressalto que foi invocado pelo autuado na sua defesa à fl. 30, que “O Regulamento do ICMS do Estado da Bahia prescreve em seu artigo 103, os elementos essenciais que devem conter um auto de infração...”. O citado artigo trata de Estorno de Crédito e se quisesse ter dito o RPAF/BA em vez de RICMS/BA, o art. 103 trata de Certidão Negativa de Débito o que também não guarda nenhuma coerência com o alegado.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS pela falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas sem a emissão de documentos fiscais, apurados mediante levantamento quantitativo (infrações 01, 02 e 03) e em razão de ter utilizado integralmente o crédito fiscal relativo a compras de bens para integrar o ativo permanente (infração 04).

No que se refere a infração 01 - saída de produção para o encomendante em quantidade superior a de produtos acabados produzida - o autuante acatou as alegações defensivas, em relação às notas fiscais de nº 65, que foi objeto em processo administrativo de correção de manteiga para liquor e a de nº 29 que foi destinada a unidade da Nestlé de Caçapava e não de Itabuna, resultando em produção de Liquor de 386.438 Kg e omissão de saídas de 44.428 Kg x R\$ 0,86 e base de cálculo de R\$38.208,08 com valor devido de R\$6.495,37.

Não acatou as alegações do autuado relativo a:

- a) 71.910 Kg das NF de nº 4, 5 e 7, que se referem a simples retorno de matéria prima não utilizada;
- b) 19.875 Kg da NF de nº 105, que deixou de ser contabilizada.

No que se refere às mercadorias relacionadas nas notas fiscais de nº 4, 5 e 7, o autuado alegou que indicou de forma incorreta nas notas fiscais o CFOP 6925 em vez de CFOP 6903 (retorno). Verifico que as fotocópias juntadas às fls. 101, 104 e 107 indicam o CFOP 6925. O autuado na defesa complementar (fl. 186) admitiu o erro e disse que oportunamente apresentaria a documentação comprobatória da encomendante (Nestlé), fato que não ocorreu. Dessa forma, não acato a alegação do autuado, tendo em vista a falta de prova da sua alegação.

Quanto às mercadorias relacionadas na NF nº 105, o autuado alegou que a mesma deixou de ser contabilizada e, na defesa à fl. 32, informou que a mesma estava sendo apresentada como documento de nº 6. Verifico que, conforme ressaltado pelo autuante, foi acostado à fl. 109 a cópia da nota fiscal de nº 06 com quantidades totalmente diferentes da indicada pelo autuante. O autuado tomou conhecimento da informação prestada pelo autuante (fl. 180) e não se manifestou sobre a nota fiscal, na defesa complementar. Entendo que não se manifestando, e não tendo apresentado prova desta alegação, fica também mantida estas quantidades.

Dessa forma, acato o demonstrativo do autuante apresentado à fl. 174 (tabela 03) e considero devido o valor de R\$6.495,37 da infração 01.

Quanto à infração 02 - saída de produção própria de manteiga, torta e pó desacobertada de notas fiscais – o autuado alegou que o autuante cometeu dois equívocos:

- 1) Que nos anexos V e VI, foi computado como entradas no estabelecimento 189.960 Kg de cacau em amêndoas que de fato se refere à devolução de empréstimo da Nestlé, conforme notas fiscais de nº 280, 18 a 24, que não foi utilizada no processamento de cacau para produção de derivados;
- 2) Que 30.000 Kg de cacau em amêndoas das notas fiscais de nºs. 78 e 79, referem-se à devolução de matéria prima não utilizada pela requerente em sua produção (entradas pelas notas fiscais de nº 832 a 833, fls. 142 a 144).

Que considerando estes equívocos o processamento resultou na produção de 100.500 Kg de manteiga de cacau e 118.500 Kg de torta em pó, sendo que 100.000 Kg de manteiga de cacau foi comercializada no exercício de 2003 conforme NF de nº 93 a 97 (fls. 148 a 156) e o restante foi comercializado no exercício de 2004 (fls. 157 a 168).

O autuante por sua vez informou que a NF de nº 280 é uma nota mãe e que excluiu do levantamento a quantidade de 189.960 Kg relativa às notas fiscais correspondente de simples remessa de nº 18 a 24 e da mesma forma não considerou os 30.000 Kg indicados nas NF 78 e 79, tudo conforme o Anexo 07. Verifico que o demonstrativo da fl. 17 indica que não foi considerada na produção as quantidades alegada pelo autuado. Portanto, não acato as alegações do autuado em relação às quantidades indicadas nas notas fiscais de nº 280, 78 e 79.

O autuado também alegou que, da produção efetiva de 100.500 Kg, foram comercializados 100.000 Kg em 2003 pelas notas fiscais de nº 93 a 97. Verifico que em relação às saídas de manteiga o autuante considerou os 100.000 Kg indicados nas notas fiscais de nº 93 a 97, portanto, não há discordância sobre este fato.

O autuado alegou que, por um lapso, deixou de registrar no livro de inventário os estoques finais de manteiga, torta e pó, produzidos a partir daquela matéria prima processada no exercício de 2003 e que o suposto estoque final não escriturado de 500 kg. de manteiga foram comercializados no exercício seguinte pelas NF de nº 405, 407, 408, 416, 430 e 472 (fl. 158 a 168).

Verifico que, conforme fotocópia da folha do livro de Registro de Inventário, acostado à fl. 14, não há registros de estoque final de manteiga, torta e pó, fato reconhecido pelo autuado. Observo que o autuado indicou na defesa apresentada, uma produção estimada de 118.500 kg de torta e pó (fl.35) que pouco diverge da produção estimada de 110.023 kg do mesmo produto apurado pelo autuante (fl. 15). O autuado alegou que deixou de registrar o estoque final de 500 Kg de manteiga e tentou justificar que foi comercializado no exercício seguinte (2004), no entanto não apresentou nenhum argumento quanto a saída de 118.500 kg de torta e pó (fl.35) que alega ter deixado de escriturar no estoque final e que esta quantidade é mais relevante do o estoque final de manteiga.

Não acato a alegação do autuado de que 500 kg de manteiga saíram através de notas fiscais do exercício seguinte (2004), uma vez que não tendo registrado nenhum estoque final deste produto, não há prova de que estas saídas se referem à produção do exercício de 2003 e não do exercício de 2004.

Quanto à falta de escrituração do estoque final de 2003 de 118.500 Kg de torta e pó, também não pode ser acatada, tendo em vista que o Estoque Final reflete a soma do Estoque Inicial adicionado às compras, no caso presente, convertido em produção e deduzidas as vendas do período. Se o Estoque Final reflete as quantidades efetivas fisicamente existentes na data do balanço, é correto considerar a quantidade do Estoque Final registrada no livro próprio, que neste caso não tendo sido registrado qualquer quantidade, deve ser considerado inexistente.

Pelo exposto, julgo procedente a infração 02, e acato o demonstrativo juntado à fl. 15 como correto e devido o valor de R\$118.251,19.

Quanto à infração 03, o autuado alegou que decorre do equívoco cometido pelo autuante ao incluir no levantamento da produção por encomenda da requerente para a Nestlé (infração 01), que considerou saídas de manteiga de cacau pela NF 65 que se refere à saída de liquor, tal alegação foi acatada pelo autuante que com os ajustes procedidos na quantidade processada à ordem da unidade da Nestlé/Caçapava, deixa de existir (fl. 173).

Não havendo controvérsia sobre a infração 03, considero-a improcedente.

Quanto à infração 04, utilização indevida de crédito fiscal, verifico que o demonstrativo elaborado pelo autuante e juntado à fl. 19, indica que nos meses de outubro e dezembro de 2003, o autuado apurou créditos integrais de ICMS referente à diferença de alíquotas de bens do ativo imobilizado, respectivamente de R\$3.212,31 e R\$5.935,21, ao invés de creditar-se mensalmente das cotas de 1/48 avos.

O autuado alega que vem cumprindo o que determina a LC nº 102/2002, relativo ao aproveitamento de crédito do ICMS, e que a referida Lei foi omissa em relação ao direito de creditar-se no mesmo molde que a LC 87/96, de utilizar o crédito integral do ICMS. Alegou que o tributo ora exigido é arbitrário, por não ter fundamento em Lei.

Conforme disposto no art. 29, § 6º da Lei nº 7.014/96 e regra idêntica prevista no art. 97, § 17 do RICMS/97, o contribuinte só pode creditar-se do ICMS de diferença de alíquota relativo à aquisição de bens do ativo imobilizado na proporção de 1/48 avos mensalmente. Logo, ao contrário do que afirmou o autuado, a Lei Estadual veda o crédito integral do imposto e da mesma forma o Regulamento. Portanto é legal o imposto na forma em que foi exigido.

Ressalto que, conforme disposto no art. 167 do RPAF/BA, este órgão julgador não tem competência para declarar a constitucionalidade da legislação do Estado.

Dessa forma considero devido o valor de R\$9.049,60 relativo à infração 04.

Diante o exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207351.0009/04-9, lavrado contra **DELFI CACAU BRASIL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$133.796,16** acrescido da multa de 70% sobre R\$118.251,19, 60% sobre R\$9.049,60 e 50% sobre R\$6.495,37 previstas no art. 42, III, VII “a” e I, “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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, 18 de abril de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

ARIVALDO DE SOUZA PEREIRA-JULGADOR