

A. I. Nº - 209470.0006/12-4
AUTUADO - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIO VITÓRIA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ ADELIAS AMORIM BOTELHO
ORIGEM - INFAZ ITAPETINGA
INTERNET - 12/08/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0174-03/14

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Apurada omissão de saídas de mercadoria com base na omissão de entradas de matéria prima. Refeitos os cálculos considerando o agrupamento dos itens similares e que utilizam a mesma matéria prima, *Leite in Natura*, o débito ficou reduzido. Infração parcialmente subsistente. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO.** Comprovado nos autos que o autuado faz jus à utilização cumulativa do benefício do diferimento do ICMS sobre as aquisições de bens para o ativo fixo previsto em Resolução do Desenvolve e do benefício do crédito presumido previsto no art. 96, XXIV, do RICMS-BA/97, por se tratarem de benefícios com características e efeitos diferentes. Demonstrada a inexistência de diferenças a serem exigidas. Infração insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/12/2012, exige ICMS no valor histórico de R\$52.453,38 em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - Falta de recolhimento do imposto 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 no exercício fechado de 2010. Exigido o valor de R\$4.502,95, acrescido da multa de 100%.

Consta que “Apuração efetuada através do levantamento de matéria prima utilizada no processo produtivo, ou seja, transformando todos os produtos produzidos no período.” (Demonstrativo à fl. 19).

Infração 02 - Falta de recolhimento do 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2010. ICMS no valor de R\$47.950,43, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo e cópias das notas fiscais às fls. 43 a 296.

Consta que “Engloba-se nesta apuração as aquisições de bens para consumo, uma vez que o contribuinte não especifica em sua apuração.

O impugnante apresenta defesa, fls. 331 a 338, através de advogado com procuração à fl. 339, depois de registrar sua tempestividade, articula as seguintes ponderações.

Em relação à infração 01, afirma que deverá ser julgada parcialmente procedente diante de erros no procedimento de auditoria para levantamento quantitativo do estoque em exercício fechado. Diz que também verificou errônea aplicação da multa de 100% prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/1996.

Diz que em análise dos demonstrativos de levantamento quantitativo de estoque constatou erros de auditoria, à medida que o autuante considerou erroneamente o fator de produção médio (medida da quantidade de litros de leite empregados na produção de 1 quilo de queijo), como sendo 8,4 l/kg, quando verifica-se que a partir de 01/07/2010 o tal fator foi de 8,6 l/kg. Prossegue observando que no cálculo das omissões de saídas de queijo, deixou-se de dar correta aplicação ao disposto no art. 23-B, inciso I, da Lei nº 7.014/1996 que determina a necessidade de mensuração das omissões de saídas pelo preço médio das saídas praticado pelo contribuinte no último mês. Arremata frisando que também verificou distorções na metodologia de cálculo das omissões de matéria prima.

Assinala que, diante dessas impropriedades, refez os trabalhos, apresentando o resultado de sua auditoria, nos seguintes termos:

- 1) - consideração do fator de produção em 8,6 l/kg, diante da falta de previsão legal a respeito e observando o princípio in dubio pro contribuinte;
- 2) - preço médio de aquisição do leite no mês de dezembro de 2010 de R\$0,84 para mensuração da base de cálculo em caso de omissão de entradas;
- 3) - preço médio de venda dos queijos, considerando todos os tipos, de R\$7,11 para mensuração da base de cálculo em caso de omissão de saídas;
- 4) - levantamento quantitativo de estoque com base na matéria prima, considerando como total da matéria prima saída com nota fiscal o valor da multiplicação do total de quilos de queijo vendidos pelo fator de produção; como total do estoque final de matéria prima a multiplicação do total de quilos de queijo registrado no inventário de 31/12/2010 pelo fator de produção; como estoque inicial de matéria prima a multiplicação do total de quilos de queijo registrado no inventário de 31/12/2009 pelo fator de produção;
- 5) - mediante a equação $EI + E - S = EF$, apurou-se o estoque final de matéria prima calculado que foi comparado ao estoque final registrado no inventário de 31/12/2010;
- 6) - subtraindo do estoque final calculado o estoque final registrado em 31/12/2010, apurou-se valor positivo correspondente a omissão de saída de leite num quantitativo de 254.247,44 litros;
- 7) - considerando que o Impugnante não procede a saída de leite, mas sim de queijos, o quantitativo de litros de leite foi dividido pelo fator de produção, encontrando-se o valor de 29.563,66 quilos de queijo omitidos nas saídas;
- 8) - a base de cálculo foi mensurada, observando o disposto no art. 23-B, I, da Lei nº. 7.014/1996, pela multiplicação da quantidade apurada pelo valor médio das saídas no mês de dezembro de 2010, encontrando-se o valor de R\$210.133,65, no qual foi aplicada a redução de 29,41% prevista no art. 87, inciso XXVIII, do RICMS-BA/97, então vigente;
- 9) após aplicada a alíquota de 17% sobre a base de cálculo reduzida, procedemos à atribuição do crédito presumido de 95% previsto no art. 96, inciso XXIV, do RICMS-BA/99.

Justifica a metodologia que apresenta pelo fato de ter sido realizado o levantamento quantitativo de estoques mediante quantificação da matéria prima utilizada no processo produtivo, transformando todas as notações em produtos acabados constantes no inventário e fichas de controle de produção para quantitativo de matéria prima. Continua assegurando ser patente a desnecessidade de especificar a espécie de queijo tratado, aplicando o critério da

proporcionalidade sobre o quantitativo de 29.563,66 quilos apurado pelo fato de que a base de cálculo foi mensurada pelo valor médio de todo o queijo produzido constante das fichas de controle de estoque. Arremata asseverando que seus ajustes consubstanciam-se no “Levantamento Quantitativo de Estoque em Exercício Fechado” anexado, à fl. 340, demonstrando imposto devido no valor de R\$1.260,83.

Ressalta que se utilizando a metodologia comumente aplicada em auditorias de estoque de indústrias de duas etapas, pela qual se encontra a saída de matéria prima para a produção pela equação ($S = EI + E - EF$), encontra-se uma saída de 25.093.914,94 que, dividida pelo fator de produção, representa a produção de 2.917.897 kg de queijos. Menciona que na segunda etapa considera-se a saída de produto acabado da industrialização como “entrada” na divisão comercial, encontrando o EF calculado ($EI + E - S = EF$), onde “E” é igual às saídas de matéria prima convertidas para produto acabado (2.917.897) para compará-lo ao estoque final declarado no inventário, encontra-se omissão de saídas no valor apresentado no demonstrativo.

No tocante a aplicação de multa de 100% prevista após a alteração (Lei nº 11.899/2010) do art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/1996, vigente a partir de 31/03/2010, observa que nas hipóteses de apuração de ICMS mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, considera-se ocorrido o fato gerador no último dia do exercício. Esclarece que isso ocorre para evitar que o contribuinte seja penalizado com excessivos acréscimos moratórios em caso de dúvida quanto ao real momento de ocorrência da saída presumida, uma vez que sua apuração deu-se em exercício fechado, considerando o estoque final existente ao final do período anual. Continua aduzindo que não, se pode, todavia, a partir desse critério, sem supedâneo legal de considerar ocorrido o fato gerador no dia 31/12/2010, aplicar-se a multa vigente naquela data, quando nos três primeiros meses do exercício a multa vigente para a hipótese era de 70%. Arremata sustentando que o procedimento fiscal apresenta-se equivocado, além de violar os princípios da legalidade pela falta de previsão legal específica para considerar-se ocorrido o fato gerador em 31/12/2010 e da irretroatividade da lei tributária por aplicar multa vigente após 31/03/2010 no ICMS calculado mediante levantamento quantitativo em estoque fechado, cujas omissões podem ter ocorrido, inclusive, nos primeiros meses.

Por fim, afirma que além das correções apontadas impõe-se deixar de aplicar a multa de 100%, diante da incerteza quanto à ocorrência real do fato gerador presumido.

Quanto à infração 02, diz ser improcedente, uma vez que dentre as notas fiscais em que houve cobrança do diferencial de alíquota encontram-se situações diversas em que o ICMS sob tal rubrica é inexigível.

Menciona que, além de notas fiscais referentes à aquisição de embalagens (supravac) e insumos para fabricação de laticínios, tais como corante de urucum, aroma de fumaça líquida, devolcite, renimax, maxirem, fermentos diversos, ácido láctico, sal, salitre, cloreto de cálcio e natamax, constam notas fiscais de aquisição de bens do ativo fixo.

Assinala que a fiscalização desconsiderou que as aquisições de bens do ativo fixo são amparadas pela desoneração prevista no art. 1º, “c”, da Resolução nº 58/2008 que a habilitou aos benefícios do Programa Desenvolve.

Frisa que no mesmo exercício objeto de autuação, verifica-se que sua Resolução do DESENVOLVE não continha qualquer disposição que permitisse a dilação de prazo para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido nas respectivas classes e tabelas, anexas ao Regulamento do DESENVOLVE, formulou consulta para confirmar seu entendimento segundo o qual o art. 96, inciso XXIV, do RICMS-BA/97 permitiria o aproveitamento de crédito presumido, cumulando-o com os benefícios do art. 1º, de sua Resolução e que a vedação aplicar-se-ia somente ao benefício de dilação do prazo de pagamento do ICMS.

Assinala que seu entendimento foi confirmado pelo Parecer nº 3.824/2011, cujo teor reproduz restando amparado pelo art. 65, do RPAF-BA/99, sendo, por isso, improcedente o lançamento que cobra tributo em contrariedade à resposta exarada em consulta formal respondida pela DITRI/SEFAZ.

Pugna pela improcedência da infração 02, uma vez que a parcela do diferencial de alíquota não lançado e não recolhido é inexigível face as disposições regulamentares em entendimento confirmado pela DITRI/SEFAZ, quando se referem à aquisições do ativo fixo, além de conter outras notas fiscais relativas a material de embalagem e insumos, cujo diferencial de alíquotas é manifestamente inexigível. Remata destacando a situação de cada nota fiscal, com os respectivos valores está discriminada nos demonstrativos anexos, fls. 347 a 358.

Requer o funcionamento no presente processo administrativo da Procuradoria Fiscal como “*custus legis*”, fiscalizando o perfeito cumprimento da legislação tributária, para enriquecer esta lide, o que certamente poderá fazer com suas sempre judiciosas manifestações.

Conclui requerendo a procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, fls. 581 e 582, inicialmente sintetiza as razões de defesa, depois de articula as seguintes ponderações.

No que diz à Infração 01, observa que por tratar-se de indústria de laticínios o autuado não possuía estoques de matéria prima - MP, apenas de produtos acabados - PA. Assinala que com base nas saídas totais (em kg) de PA foi calculado o percentual de cada produto individualmente (queijos) e posteriormente transformados em MP (leite) na base de 8,40 litros de leite para cada kg de queijo e a partir daí foi efetuado os cálculos de produção até a conclusão final com a apuração das omissões, e detectada a omissão de maior quantidade foi a mesma convertida em PA (1/kg).

Menciona que o contribuinte alegou que o fator de conversão 1/kg é de 8,60 a partir de 07/2010. Afirma que concordou com o contribuinte e procedeu aos cálculos sob este novo percentual de conversão, na mesma metodologia descrita acima. Entretanto, ressalta que os cálculos feitos com o percentual 8,60 1/kg, gerou um crédito reclamado em valor superior ao apurado sob o percentual de 8,40 1/kg, isso se deu por ter sido o valor das omissões de saídas maior que as de entradas, fato contrário à apuração primeira. Arremata esclarecendo que, uma vez que se deve cobrar o maior valor, elaborou um novo Demonstrativo de Débito, fl.583 a 586.

No tocante à infração 02, esclarece que concorda com o contribuinte, mediante à apresentação dos documentos comprobatórios, fls.341 e 342/346/347 a 358. Explica que no seu entender apesar de haver diferenças de janeiro a junho, houve lançamentos a maior de julho a dezembro, não gerando, portanto, prejuízo algum ao Estado.

Conclui opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

Às fls. 598 e 599 o atuado ingressa com solicitação para que lhe sejam enviados os demonstrativos elaborados pelo autuante na informação fiscal, alegando que na intimação recebida para ciência da informação fiscal não foi entregue sem os demonstrativos.

Em manifestação acerca da informação fiscal, às fls. 604 a 607, depois de receber as cópias dos demonstrativos elaborados pelo autuante na informação, fl. 601 e 502, o impugnante inicialmente informa que o autuante altera o critério de conversão, em litro por quilo, do leite em queijo de 8,4 para 8,6 e aumenta o valor da autuação de forma equivocada.

Observa que segundo os cálculos do auditor fiscal o total da saída de queijos, considerados todos os tipos somados em quilos, seria 2.781.867,40, para uma saída em litros de leite de 23.924.059,68, quando o Impugnante apresentou outros números, com quantidade total de queijo vendida igual a 2.788.160,02, equivalente a 23.978.176,17 de litros de leite. Realizando o levantamento quantitativo com os valores adotados pelo auditor fiscal o valor do ICMS devido (histórico) passa a ser R\$1.529,18, o que não confirma os cálculos apresentados pelo autuante. Apresenta o resumo da memória de cálculo:

VALORES		DESCRIÇÃO DO CÁLCULO
QTD. DE QUEIJO SAÍDA	2.781.867,82	QTD. DE QUEIJO SAÍDA
TOTAL M.P. SAÍDA COM NF	23.924.063,25	QTD. DE QUEIJO SAÍDA * FATOR DE PRODUÇÃO
QTD. DE QUEIJO EM 31/12/2010	116.030,54	QTD. DE QUEIJO EM 31/12/2010
EF M.P. REGISTRADO	997.862,64	QTD. DE QUEIJO EM 31/12/2010 * FATOR DE PRODUÇÃO
QTD. DE QUEIJO EM 31/12/2009	15.857,13	QTD. DE QUEIJO EM 31/12/2009
EI M.P.	136.371,32	QTD. DE QUEIJO EM 31/12/2009 * FATOR DE PRODUÇÃO
TOTAL M.P. ENTRADA COM NF	25.093.914,94	QTD. DE LEITE ENTRADA
EF M.P. CALCULADO	1.306.223,01	EI MP + ENTRADA DE MP - SAÍDA DE MP
OMISSÕES DE SAÍDAS M.P.	308.360,36	EF M.P. CALCULADO - EF M.P. REGISTRADO
OMISSÕES DE SAÍDAS DE QUEIJO	35.855,86	OMISSÃO DE SAÍDAS M.P. / FATOR DE PRODUÇÃO
BC OMISSÕES DE SAÍDAS	254.857,58	QTD. DE OMISSÕES DE SAÍDAS DE QUEIJO * P.M. DO QUEIJO EM 12/2010
BC RED. 29,41%	179.903,96	BC OMISSÕES DE SAÍDAS - REDUÇÃO DE 29,41%
ICMS 17%	30.583,67	BC REDUZIDA * ALÍQUOTA INTERNA
CRED. PRESUMIDO	29.054,49	CRÉDITO PRESUMIDO DE 95%
ICMS DEVIDO	1.529,18	BC REDUZIDA - CRÉDITO PRESUMIDO

Salienta que a tabela da fl. 584 que apresenta “omissão de entradas de matéria prima” individualizadas por tipos de queijo é equivocada e nunca poderá apresentar um resultado confiável, uma vez que o levantamento foi feito pela conversão do queijo em leite (matéria-prima), de modo que, por exemplo, o valor do estoque inicial na linha do queijo parmesão constante no “Demonstrativo de Estoque (Fechado) - 2010”, da fl. 584, de 136.371,32 litros reflete uma quantidade em litros de leite equivalente a mais de um tipo de queijo em estoque inicial, o que deturpa o valor da suposta omissão de saída de 523.408,19 litros de leite, encontrada para o item Parmesão, cujo cálculo levou em conta um estoque inicial de 136.371,32 litros de leite de mais de um item.

Assinala que igualmente deturpado está o cálculo em relação aos demais itens, haja vista que não houve consideração de qualquer valor para estoque inicial, já que a totalidade do estoque inicial foi apropriada para cálculo das supostas omissões do item Parmesão. Sustenta que não há alternativa para realização do levantamento fiscal. Resalta que o procedimento deveria ter sido aquele indicado na impugnação que resulta num valor total de omissão de entradas ou saídas de matéria-prima (leite) para, convertendo-o em produto acabado, precificar a base de cálculo, o que, aliás, é inútil visto que o preço médio utilizado (R\$ 7,11) não distingue o tipo de queijo.

Diz que considerando a controvérsia instaurada sobre o modo de realizar o levantamento quantitativo de estoques, requer a designação de diligência por órgão técnico a fim de atestar a correção dos cálculos apresentados pelo sujeito passivo, segundo os quais o ICMS devido em valor histórico não passaria de R\$1.529,18 diversamente do valor apresentado pela auditoria fiscal.

No que diz respeito à infração 02, observa que o autuante expressa concordância com a defesa, devendo ser assim julgado pela Junta de Julgamento Fiscal.

Conclui reiterando os argumentos defensivos e requer a procedência parcial do Auto de Infração.

Em pauta suplementar a 3ª JJF deliberou converter os autos em diligência, fls. 616 e 617, para que o autuante em relação à infração 01 elaborasse novo levantamento quantitativo de estoques de mercadorias adotando o critério preconizado no art. 3º, inciso III, da Portaria nº 445/98, reunindo no mesmo item todos os queijos e em relação à infração 02 elaborar nova planilha “Auditoria de

Bens de Consumo e Ativo Imobilizado”, discriminando a mercadoria constante na nota fiscal e intimasse o autuado para apresentar a descrição detalhada da utilização e participação no processo produtivo e confirmar in loco as informações apresentadas pelo impugnante e carrear aos autos as informações colhidas e dar vistas ao autuado.

O autuante apresenta o resultado da diligência, fl. 620 e 621, em relação à infração 01 informa que elaborou novo levantamento quantitativo de estoque constatando omissão de entrada e que por se tratar de indústria, constituiu o crédito tributário sobre a matéria prima gerando um novo valor de R\$2.758,84, conforme demonstrativos de cálculo do preço médio e de débito juntado à fls. 622 a 625.

No tocante à infração 02, informa que no seu entendimento não há necessidade de elaborar nova planilha, tendo em vista que quando elaborou o levantamento fiscal, por ocasião da auditoria, fl. 43 a 47, foi encontrada uma diferença a recolher de ICMS de diferencial de alíquota sobre ativo imobilizado, por entender que o contribuinte não podia utilizar dois benefícios Desenvolve e Crédito Presumido para este tipo de operação. Destaca que o autuado possuía um Parecer da DITRI, fl. 343 a 344, dando-lhe este direito. Assinala que o autuado em sua defesa apresenta planilha, fls. 347 a 358, especificando todas as mercadorias anteriormente cobradas, o que seria bem do ativo (os maiores valores) e material de consumo. Sustenta que depois de analisar a documentação apresentada pelo autuado para prestar informação fiscal, constatou que não existe diferença a ser cobrada e concordou com a defesa, fl. 582.

O impugnante foi intimado, fls. 628 e 629, para tomar ciência do resultado da diligência, entretanto, transcorrido o prazo regulamentar, não se manifestou nos autos.

Constam às fls. 612 e 613, extratos do Sistema de Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT de pagamento efetuado pelo sujeito passivo de parte da exigência originalmente lançada de ofício.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, trata de duas infrações: falta de recolhimento do imposto 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 de 2010 - infração 01; e falta de recolhimento do 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 - infração 02.

No tocante à infração 01 o impugnante, em sede de defesa, insurgiu-se alegando que no levantamento quantitativo de estoques elaborado pelo autuante foi considerado erroneamente o fator de produção como 8,4 l/kg, quando o correto seria 8,6 l/kg, apontou também diversas impropriedades e distorções no levantamento fiscal, refazendo que, segundo seu entendimento, estaria o levantamento fiscal que apurou a omissão de saída. Elaborou novo o levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, que resultou na omissão de R\$1.260,83, fl. 340.

O autuante ao prestar informação fiscal refez o levantamento adotando o fator de conversão matéria prima/produto acabado - l/kg igual a 8,6 l/kg que resultou na omissão de saídas no valor de R\$5.615,12, fls. 583 a 586, valor superior ao originalmente lançado.

O impugnante se manifestou insurgindo-se contra o resultado novo levantamento de estoques apresentado pelo autuante na informação fiscal discordando do total das saídas de queijos utilizado pelo autuante de 2.781.867,40 kg para uma saída de leite para a produção de 23.924.059,68 l, afirmando, sem trazer aos autos qualquer comprovação, que os volumes corretos são, respectivamente, 2.788.160,02 kg de queijos produzidos com 23.978.176,17 l de leite. Apresentou novo demonstrativo, fl. 605, com o ICMS devido no valor de R\$1.528,18 e asseverou que o valor histórico da exigência fiscal não ultrapassaria este montante.

Por decisão da 3ª JF os autos foram baixados em diligência para que o autuante refizesse o levantamento quantitativo de estoques unificando a movimentação de todos os queijos produzidos pelo autuado consoante previsão do art. 3º, inciso III, da Portaria nº 445/98, com a indicação de que, se apurada omissão de entradas, por se tratar de estabelecimento industrial, a exigência deveria ser apurada com base na matéria prima, “Leite in Natura”.

O autuante atendeu a diligência e elaborou novo levantamento de estoques, conforme solicitado no pedido de diligência e colacionou às fls. 622 a 625, o demonstrativo que discrimina a omissão de entradas apurado no valor de R\$2.758,84.

Depois de examinar o novo levantamento efetuado pelo autuante no cumprimento da diligência solicitada pela 3ª JF, inclusive o demonstrativo do cálculo do preço médio, e constatar que corresponde a movimentação de estoques do estabelecimento no exercício de 2010 lastreado que fora na documentação apresentada pelo autuado e realizada em consonância com os preceitos estatuídos pela Portaria nº 445/98, acolho o resultado da apuração.

Intimado para tomar ciência do resultado da diligência, fl. 628 e 629, o impugnante não se manifestou no prazo regulamentar.

A multa proposta para infração 01 de 100% está prevista no inciso III do art. 42 da Lei 7.014/96 que entrou em vigor a partir de 31/03/10 com a publicação no DOE da nova redação dada pela Lei nº 11.899, de 30/03/10. No que diz respeito ao pedido do impugnante para aplicação do percentual de 70% vigente antes da aludida alteração (janeiro a março de 2010), entendo que não deve prosperar, haja vista que o débito apurado decorreu da aplicação do roteiro de auditoria de estoque em exercício fechado, restando comprovada a omissão de receita no exercício de 2010. Considerando que o roteiro de auditoria aplicado não é possível identificar o valor devido mensalmente e sim no final do exercício de apuração está correta a aplicação da multa no percentual vigente no final do exercício, eis que se afigura em total consonância com o 39 §2º do art. 39 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

“§2º Na lavratura do Auto de Infração, não sendo possível discriminar o débito por períodos mensais, considerar-se-á o tributo devido no último mês do período fiscalizado.”

Concluo pela subsistência parcial da Infração 01, no valor de R\$2.758,84, consoante novo demonstrativo de débito elaborado pelo autuante, fls. 625.

Quanto à infração 02, a acusação fiscal de falta de recolhimento do 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 está lastreada no demonstrativo de apuração, fls. 843, e na planilha “Auditoria de Bens de Consumo e Ativo Imobilizado”, fls. 844 a 847, que identifica as notas fiscais e os remetentes sem discriminar as mercadorias adquiridas objeto exigência.

Inicialmente, constato que a acusação fiscal afigura-se ambígua, eis que, inclui num mesmo item do Auto de Infração na apuração da falta de pagamento da diferença de alíquotas, tanto aquisições de bens para o ativo fixo, como para uso e consumo através de demonstrativo que não identifica quais as mercadorias envolvidas. Este aspecto, por si só, implica nulidade por cerceamento ao exercício de defesa do autuado. Entretanto, por vislumbrar a possibilidade de decidir o mérito a favor do sujeito passivo, com esteio no art. 155 do RPAF-BA/99, passo a examinar o mérito da autuação.

Em sede de defesa, o defendente alegou que o levantamento fiscal incluiu aquisições interestaduais de material de embalagem e insumos utilizados na fabricação de laticínios. Aduziu também a inclusão de aquisições de bens para o ativo, sustentando que o autuante desconsiderou a desoneração prevista no art. 1º, alínea “c” da Resolução 58/2008 do Programa Desenvolve que o habilitou como beneficiário. Nesta esteira, apresentou cópia do Parecer DITRI nº 3.824/2011, fls. 341 e 344, expedido em resposta a consulta formal por ele requerida com o objetivo de demonstrar que o aproveitamento dos créditos presumidos instituído pelo art. 96, inciso XXIV, do

RICMS-BA/97 se acumulam com os benefícios a que tem direito advindos da citada Resolução. Apresentou demonstrativo e cópias das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal discriminando a situação de cada operação e requereu a improcedência deste item da autuação por considerar inexigível a diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de material de embalagem, insumos e bens destinados ao ativo fixo.

O autuante em sua informação fiscal concordou com as razões de defesa apresentadas pelo contribuinte em face dos documentos comprobatórios carreados aos autos e por ele examinados. Sustentou que, no seu entendimento, apesar de, conforme demonstrativo às fls. 347 a 358, existirem diferenças nos meses de janeiro a junho, ocorreram lançamento a mais nos meses de julho a dezembro, não gerando prejuízo algum ao Estado.

Em diligência solicitada por esta 3ª JF, fls. 616 e 617, acerca deste item da autuação foi solicitada a intimação do impugnante para apresentasse a descrição da utilização no estabelecimento do autuado das mercadorias arroladas no levantamento fiscal.

Ao apresentar o resultado da diligência o autuante explica que deixou de atender a solicitação requerida, fls. 620 e 621, sob o fundamento de que efetuou o lançamento inicialmente sob a ótica de que não seria possível a utilização simultânea do benefício do Desenvolve e do crédito presumido para este tipo de operação, questão suplantada com o Parecer DITRI nº 3824. Sustentou que depois de examinar a planilha apresentada pelo defendente, fls. 347 a 358, especificando todas as mercadorias arroladas no levantamento fiscal, identificando o que seria bens do ativo (os maiores valores) e material de consumo, constatou que não havia diferença a cobrar e concordou com a defesa.

Ao compulsar a planilha apresentada pelo autuado juntamente com as cópias de todas as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal, fls. 347 a 345, constato que, diante da concomitância dos benefícios a que faz jus o impugnante, de crédito presumido previsto no art. 96, inciso XXIV, do RICMS-BA/97 e do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, acolho a assertiva enunciada pelo autuante de que inexistente diferença a ser cobrada atinente às aquisições de bens para o ativo.

Nestes termos, considerando que a acusação fiscal trata de falta de recolhimento do imposto em decorrência da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo fixo, resta descaracterizado esse item da autuação.

Entretanto, ao analisar a planilhas apresentadas pelo autuado juntamente com as cópias das correspondentes notas fiscais que discrimina a destinação das mercadorias adquiridas e arroladas no levantamento fiscal, fls. 347 e 357, verifico que constam equivocadamente como sendo aquisições de bens para o ativo fixo, materiais e peças de reposição destinadas a manutenção de bens produtivos, a exemplo de mangueira, lona, sapata, rotor para bomba, válvulas, termômetro, mangote, tubo de ensaio, saboneteira, pluviômetro e instrumentos, bem como, materiais de uso e consumo adquiridos para utilização na construção de imóveis por acessão física.

Tendo em vista a constatação de materiais de uso ou consumo e de peças de reposição em diversas aquisições arroladas no levantamento fiscal, represento à autoridade fazendária competente, para que avalie a necessidade de realização de uma nova ação fiscal no estabelecimento do autuado a fim de que se apure a existência de possíveis irregularidades no recolhimento do diferencial de alíquotas relativa às aquisições de materiais de uso e consumo.

Em face ao exposto, concluo que a Infração 02 é insubsistente.

No tocante ao pleito do impugnante para manifestação da Procuradoria Fiscal, diante da inexistência nos autos de qualquer dúvida atinente à aplicação da legislação tributária e não havendo também necessidade de esclarecimentos como prevê o art. 118, inciso II do RPAF-BA/99, indefiro o pedido.

Às fls. 612 e 613, constam extratos do SIGAT discriminando pagamento efetuado pelo sujeito passivo de parte da exigência originalmente lançada de ofício.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com a homologação dos pagamentos realizados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **209470.0006/12-4**, lavrado contra **INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIO VITÓRIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.758,84** acrescido da multa de 100%, prevista no inciso III, do art. 42, da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de agosto de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA