

A. I. N° - 217359.0003/10-3
AUTUADO - F. S. VASCONCELOS & CIA LTDA.
AUTUANTES - ITAMAR GONDIM SOUZA
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 22.03.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0039-02/11

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. As notas fiscais apresentadas pelo autuado foram emitidas em 31/12/2005 e a saída das mercadorias ocorreu no Estado de Pernambuco, em 02/01/2006, por conseguinte não há como acolher a argüição de que essas mesmas mercadorias sejam aquelas faltantes no inventário do exercício de 2005 e que irregularmente foram computadas no exercício subsequente (2006), conforme consigna o autuante. Ficou caracterizada a falta de contabilização de entradas de mercadorias indicando que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. O autuado utilizou indevidamente alíquota de 12%, alcançada através da redução da base de cálculo, quando o correto seria a alíquota de 17%. Trata-se de um benefício fiscal condicionado, cuja condição para ser usufruído não foi atendida, ou seja, o aludido benefício da redução da base de cálculo foi utilizado sem o atendimento da condição prevista no artigo 87, XXIV, 11 do RICMS-BA, isto é, a autorização formal do Diretor de Administração Tributária para que ela fizesse uso do citado benefício. Mantida a exigência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 21/09/2010, atribui ao sujeito passivo as seguintes exigências:

Infração 01-04.05.05 - Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$ 65.240,05, multa de 60%;

Infração 02-03.02.02 - Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta que o Contribuinte utilizou-se do benefício da redução da base de cálculo do ICMS nas operações internas com aparelhos celulares, sem autorização prévia do Diretor de Administração Tributária, conforme prevê o artigo 87, XXIV, § 11 do RICMS - BA. ICMS no valor de R\$ 17.895,30, multa de 60%.

O autuado, às fls. 466 a 476, apresenta sua defesa, afirmando que não houve omissão, pois, conforme será demonstrado abaixo por amostragem, às mercadorias ditas como omissas, constavam no Estoque Inicial, porém, sua saída se deu nos últimos dias dos anos de 2005 e 2006 (devido ao grande volume de vendas no final de cada ano – período de festas), e seus registros foram computados no ano posterior, o que gerou a diferença apontada. No entanto, não é caso de se arguir omissão, a diferença foi devidamente escriturada, em período posterior, bem como os créditos utilizados eram legítimos, uma vez que as operações foram legítimas. Apresenta cópia do demonstrativo efetuado pelo autuante e cópia do livro de inventário.

Destaca que pela análise da autuação, referente à auditoria de estoque no ano de 2005, observa-se que no número total de entrada de mercadorias no campo “ENT” existe uma diferença entre o número de inventário mais o número de saída de mercadorias. Assim, pela leitura fiscal, haveria uma omissão na quantidade de cada mercadoria, sendo que a quantidade existente de mercadorias seria superior a quantidade escriturada, daí em se falar em omissão. Entretanto, em que pese às informações do fiscal, não houve omissões, pois a diferença apontada no campo “OMISSÃO ENT” foi devidamente escriturada no livro de registro de entrada, e registrada, mesmo que *a posteriori* no livro Registro de Inventário (conforme se pode depreender da análise do SINTEGRA, que segue em anexo via arquivo digital).

Conclui que a diferença levantada trata-se de produtos contidos em NFs de saída, que foram registradas posteriormente. Para comprovar que são as mesmas mercadorias, aponta as próprias Notas Fiscais de Saída, referente às mercadorias supracitadas.

Entende que, conforme se pode aferir do livro que anexa, as Notas Fiscais nºs 512156 e 512157 foi devidamente escrituradas no livro Registro de Entrada do ano de 2006, não tendo que se falar em omissões. Assegura que a quantidade dos produtos contidos nas NFs acima, são exatamente as mesmas em que o fiscal apontou como omissas. Logo, no intuito de se montar um raciocínio lógico para se identificar o ocorrido, é que se descreve neste ato, como exemplificação, o produto “Ferro Seco 2V Apolo Malory, o qual foi dado entrada no estoque de 50 unidades, registrado 36 saídas e mantido em estoque final 18 unidades. Porém, ocorre que em 31/12/2005 foi dado saída de 4 unidades (NF 512156), totalizando 36 saídas no período, mas estas últimas 4 unidades foram registradas somente no ano seguinte, o que gerou um estoque final a maior com 4 unidades, totalizando 18 unidades, sendo que o correto seria 14 unidades.

Ademais, argumenta o impugnante, que a fiscalização listou até bens que foram destinados ao seu ativo imobilizado, não devendo, sequer estar na relação de autuação, eis que tais bens não ensejam incidência do ICMS, nos moldes do art. 27, inciso I, alínea ‘a’, do RCIMS/BA.

Outrossim, afirma que na planilha em anexo está sendo demonstrado, caso a caso, a Nota Fiscal correspondente à suposta omissão, sua data de emissão, bem como sua data de lançamento, descaracterizando por completo a suposta omissão, e identificando também os bens destinados ao ativo imobilizado.

Desta forma, afirma poder extrair algumas conclusões: I) As mercadorias apontadas no levantamento de estoque juntado ao presente Auto de Infração possuem um código específico e estes são exatamente os mesmos contidos nas NFs emitidas no final de cada ano, e lançadas no início do ano seguinte; II) Para as mercadorias apontadas no levantamento de estoque, todas foram devidamente registradas nos competentes livros de entrada da unidade recebedora das mesmas, as quais foram devidamente escrituradas no momento de sua entrada e dentro do prazo legal previsto (art. 319, §1º, do RICMS/Bahia).

Destarte, entende poder afirmar, com segurança, que houve sim, o registro de entrada das mercadorias supostamente omitidas, bem como a emissão de nota fiscal quando de sua saída. Ocorre que o registro se deu em período posterior e que, no caso em epígrafe, se deu na virada entre os anos de 2005 e 2006, pois como as Notas Fiscais foram emitidas no final de dezembro de 2005, elas somente foram registradas e lançadas no livro de entrada no início do ano seguinte, daí

a diferença apontada, ou seja, a saída foi registrada, porém, a baixa no estoque aconteceu no ano seguinte à emissão das NFs.

Alinha, em outras palavras, as mercadorias cujas notas fiscais foram emitidas em DEZEMBRO DE 2005, foram lançadas (escrituradas) em JANEIRO DE 2006.

Ressalta em negrito que as mercadorias apontadas acima foram escolhidas a título de amostragem, em virtude da quantidade de mercadorias. No entanto, os fatos alegados servem para todas as demais mercadorias. A escrituração posterior se deu em todos os casos, tanto no ano de 2005 quanto no ano de 2006. Para comprovar esta alegação, junta a presente defesa Notas Fiscais das mercadorias apontadas na fiscalização que teriam sido omitidas, bem como o livro de Registro de Inventário nos meses de Dezembro de 2005 e Janeiro de 2006 e o livro Registro Entrada nos meses de Dezembro de 2005 e Janeiro de 2006, além do SITNEGRA que segue via arquivo magnético, o qual possui todos os registros que corroboram com o até aqui exposto.

Argumenta a legalidade no tocante ao prazo de escrituração, conforme a redação do artigo 319 do RICMS (Decreto 6.284/97) do Estado da Bahia.

Dessa forma, conclui que por força do dispositivo legal supra mencionado, os lançamentos nos livros fiscais deverão ser feitos a em prazo máximo de 5 (cinco) dias, conforme a legislação em vigor. Conforme a documentação juntada, todas as mercadorias autuadas no levantamento de estoque nos anos de 2005 e 2006 foram escrituradas dentro do lapso temporal de 05 (cinco) dias.

Aduz que nunca houve o transcurso de mais de 5 dias entre a data da emissão do documento fiscal de saída e a data da escrituração fiscal no livro Registro de Entradas, assim mesmo, sendo a escrituração posterior, feita dentro de prazo legal. Cita que para não tornar a defesa muito longa, tomou as mesmas mercadorias elencadas no tópico 2.1 como amostragem, para provar que a escrituração se deu dentro do prazo de cinco dias.

Aponta que as Notas Fiscais nºs 512156 e 512157, foram emitidas em 31/12/2005, sendo que as mesmas foram escrituradas no livro de Entrada em 05/01/2006, ou seja, dentro do prazo legal de 5 (cinco) dias.

No tocante à segunda autuação, argumenta que esta se deu pelo fato de ter utilizado o benefício da redução da base de cálculo do ICMS nas operações internas com aparelhos celulares, entretanto, no campo da fundamentação legal da 2ª infração, presente no AI ora questionado, estão inseridos os artigos 50, 51 e 124, inciso I, do RICMS/BA. Resumidamente, o artigo 50 prevê que a alíquota em geral do ICMS será de 17%, salvo as exceções previstas no artigo 51. O artigo 51, por seu turno, prevê alíquotas diferenciadas. O único inciso do artigo 51 que faz menção a aparelhos de telefonia, é o inciso II, “I”, cuja redação é a seguinte:

Art. 51. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

(...)II - 25% nas operações e prestações relativas a:(...)

l) serviços de radiodifusão sonora e de som e imagem, telefonia, telex, fax e outros serviços de telecomunicações, inclusive serviço especial de televisão por assinatura.(...)

Considera ter havido claro equívoco do fiscal, quando da lavratura do presente Auto de Infração. Alega que o autuante enquadrou a recorrente como se ela realizasse operações de serviços de telefonia ou outros serviços de telecomunicação, como aparelhos celulares, todavia, a recorrente é empresa de varejo que somente comercializa aparelhos celulares, razão pela qual, deve incidir a alíquota geral de 17% (dezessete por cento), conforme previsto no artigo 50, “caput” e conforme apurado pela Recorrente .

Assegura haver erro na capitulação da infração, fato que vem sendo combatido por todos os tribunais, seja em sede Administrativa, seja em sede Judicial. Para elucidar, apresenta decisão

proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador, bem como decisão do (Processo TIT - SP 18199/2004 - AIIM 3011547-4 – DJe **07/10/2008**, Relatora Olga Maria Castilho Arruda).

Conclui que deve ser anulado o presente Auto de Infração ante o evidente erro na capituloção da infração, pois o Fiscal entendeu que a empresa recorrente realizava operações de telefonia, enquanto apenas é uma empresa de varejo que revende aparelhos celulares.

Invoca o princípio da eventualidade e argumenta que não há que se falar que não faz jus ao benefício previsto no artigo 87, inciso XXIV, § 11 do RICMS/BA, por não existir autorização do diretor de administração tributária da região do domicílio fiscal.

Entende que mesmo não havendo a autorização do diretor de administração, faz jus ao benefício da redução da base de cálculo prevista no inciso XXIV do artigo 87 do RICMS/BA, pois comercializa aparelhos celulares e já efetuou o pedido de autorização, todavia, o mesmo ainda não foi apreciado.

Requer que seja provida a presente defesa, julgado improcedente o lançamento tributário, tornando insubstancial o Auto de Infração que ora ataca, tornando sem efeito o imposto exigido, bem assim a multa pretendida, com a competente baixa dos seus registros nesse órgão, por não estar legitimada a pretensão do agente do fisco, sendo, por fim, extinto o crédito tributário.

Requer, igualmente, a realização de diligências, aquelas necessárias à plena elucidação das questões ora suscitadas, inclusive a realização de perícias.

O autuante, às fls. 497 a 492, apresenta a informação fiscal, destacando que o autuado alega que as diferenças apuradas na infração 01, foram motivadas em razão da venda dessas mercadorias nos últimos dias dos anos de 2005 e 2006, e que seus registros foram escriturados no livro Registro de Inventário, *a posteriori*, no exercício seguinte.

Lembra, também, que em relação à infração 02-03.02.02 a impugnante alega que ocorreu um erro na capituloção da infração e, em razão disso, pede a nulidade da mesma. Caso essa argumentação não seja acatada a impugnante ataca o mérito da infração cometida argumentando que mesmo não havendo autorização prévia do Diretor de Administração Tributária, a recorrente faz jus ao benefício da redução da base de cálculo prevista no inciso XXIV do artigo 87, pois comercializa aparelhos celulares e já efetuou o pedido de autorização, todavia, o mesmo ainda não foi apreciado.

Alega o autuante que identificou, em relação à infração 01, omissão de entradas de mercadorias, conforme levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, demonstrativo às folhas 09 a 12, exercício 2005 e 44 a 60 exercício 2006.

Quanto ao mérito da infração afirma que a impugnante concorda com os dados apresentados pelo autuante no que diz respeito ao quantitativo dos estoques finais, compara inclusive nosso levantamento com os dados do seu controle de inventário folhas 465 e 466, verifique-se que os dados dos estoques finais das mercadorias descritas em nosso demonstrativo, folhas 09 e 10 conferem exatamente com os valores apresentados pelo controle de inventário da impugnante às folhas 466, conforme demonstramos abaixo:

CÓD.PRODUTO	DESCRÍÇÃO	E.F. ISCO	E.F. EMPRESA
162413	VENT.MESA 30CM	20	20
181471	FERRO VAPOR 2V	08	08
181473	FERRO SECO 2V	18	18
188654	TV 5 CTV 400	04	04

Fonte: Demonstrativos folhas 465 e 466.

Alinha que o autuado argumenta, porém, que as omissões de entradas identificadas devem-se ao fato de que as mercadorias foram vendidas nos últimos dias do exercício e tiveram seus registros

computados no ano posterior.

Destaca que a constituição do presente crédito tributário se deu em razão da entrada de mercadorias no estabelecimento da autuada sem documento fiscal no período de 01/01/2005 a 31/12/2005 e 01/01/2006 a 31/12/2006. O levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria constitui modalidade de procedimento fiscal cujo objetivo é conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento da autuada num determinado período de tempo, exercício fechado, tomando-se como pressupostos de referência os inventários inicial e final do período considerado, no caso 2005 e 2006.

Assim, afirma que do ponto de vista dos critérios de escrituração contábeis e fiscais, entende que é totalmente descabido o lançamento de operações de entradas e saídas de mercadorias em exercício diferente daquele em que efetivamente as operações ocorreram. A argumentação de que os lançamentos foram realizados *à posteriori*, ou seja, no inventário do exercício seguinte é totalmente irregular.

Alude que não havendo como justificar tais diferenças, vem a impugnante argumentar que as mesmas decorrem da saída de produtos nos últimos dias do exercício e que foram posteriormente registradas e consideradas no inventário do exercício seguinte.

Chama a atenção para o fato de que tais notas nº 512156 e 512157, folhas 467 e 468, não são notas fiscais de saídas, em verdade são notas de entradas de mercadorias no estabelecimento fiscalizado, e não de saídas como informa a impugnante.

Verifica também que tais notas fiscais foram emitidas em 31/12/2005 e a saída das mercadorias ocorreu em 02/01/2006, portanto não se pode aceitar em hipótese alguma que essas mercadorias sejam aquelas faltantes no inventário do exercício de 2005 e que irregularmente foram computadas no exercício subsequente (2006).

Consigna que a impugnante está equivocada em relação às notas fiscais 512156 e 512157 quando às folhas 466 afirma que as mesmas são notas fiscais de saídas, na verdade são notas fiscais de entrada no estabelecimento fiscalizado (filial de Itapetinga), transferência CFOP 6152, entretanto na mesma defesa às folhas 469 a impugnante se refere a essa nota como se fora de saída de mercadorias, um equívoco absurdo pois a Nota Fiscal 512156 foi emitida pelo estabelecimento I.E. 16.057.649-0 cnpj 09.268.517/0005-64 em transferência das mercadorias para a filial ora fiscalizada I.E. 66.882.716 CNPJ 09.268.517/0101-01, essa argumentação não tem nenhum fundamento lógico, as notas fiscais apensadas são na verdade notas de entradas e não de saídas do estabelecimento objeto dessa fiscalização.

Relembra o que a impugnante diz às folhas 469 sobre as notas fiscais de entrada 512156 e 512157:

"Logo, no intuito de se montar um raciocínio lógico para se identificar o ocorrido, é que se descreve neste ato como exemplificação o produto "ferro seco 2V Apolo Malory, o qual foi dado entrada no estoque de 50 unidades, registrado 36 saídas, e mantido em estoque final 18 unidades. Porém, ocorre que em 31/12/2005 foi dada saída de 4 unidades (NF 512156), totalizando 36 saídas no período, mas estas ultimas 4 unidades foram registradas somente no ano seguinte, o que gerou um estoque final a maior com 4 unidades, totalizando 18 unidades, sendo que o correto seria 14 unidades."

Observa que às folhas 469 a impugnante acosta cópia do livro de Registro de Entradas da filial ora fiscalizada onde consta o lançamento das notas fiscais de entrada 512156 e 512157, com CFOP 2152, Transferência para Comercialização, portanto, é um equívoco argumentar que tais notas foram de saídas em 31/12/2005, como afirma a impugnante às folhas 466 *"Para comprovar que são as mesmas mercadorias, vejamos as próprias Notas Fiscais de Saída, referente às mercadorias supracitadas: (destaques nossos)"* logo em seguida às folhas 467 e 468 foram anexadas às notas 512156 e 512157, que na verdade são notas fiscais de entrada e foram lançadas regularmente como tal no exercício de 2006, não tendo nenhuma relação com o exercício de 2005.

Entende estar comprovado que a impugnante está equivocada quanto ao fato de que tais notas fiscais não são de saídas e sim de entradas no estabelecimento objeto dessa fiscalização, restamos ainda comprovar que a argumentação apresentada fere frontalmente os princípios contábeis da Oportunidade e da Competência.

Alinha considerações sobre os princípios da oportunidade e da competência.

Assim, diante dos argumentos aqui expostos e dos demonstrativos apensos ao Auto de Infração, conclui o autuante que:

1. Não houve nenhuma contestação quanto aos números apresentados nos demonstrativos nem quanto ao montante das omissões de entradas identificadas, o que comprova e valida o trabalho técnico do roteiro de estoques aplicado na empresa, ou seja, os dados de Estoque Inicial, Entradas, Saídas e Estoque Final estão corretíssimos;

2. Tecnicamente o trabalho atende à portaria 445/98 que em seu artigo 1º prevê:

Art. 1º O levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária.

3. O levantamento quantitativo de estoques foi aplicado em exercício financeiro que já se encontrava encerrado, com os estoques inventariados no início e no final do exercício, não cabendo, portanto nenhuma argumentação de que as diferenças identificadas foram registradas no inventário do exercício subsequente, conforme determina a portaria 445/98 de 11/08/1998, em seu artigo 2º, inciso I; -

“Art. 2º O levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias pode ser efetuado em exercício fechado ou em exercício em aberto, sendo que:

1 - o levantamento quantitativo em exercício fechado é feito quando o exercício financeiro da empresa já se encontra encerrado, de modo que se dispõe do Registro de Inventário com os estoques existentes no inicio e no fim do período a ser fiscalizado;”

Relata que alega a Impugnante que constam bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento, entretanto não aponta de forma clara quais são esses bens. Diz que levou em consideração no levantamento todas as mercadorias inventariadas, pois não tem como distinguir entre o que é mercadoria e o que efetivamente é bem de ativo, uma vez que a autuada também comercializa tais produtos e não os classificou pela CFOP correta para bens destinados ao ativo fixo, considerou tudo como mercadoria e fez constar do inventário.

Afirma que, para tentar justificar o erro cometido, a impugnante apegou-se ao artigo 319 do RICMS, com o intuito de justificar que efetuou lançamentos de fatos geradores ocorridos 2005 no exercício de 2006. O citado artigo concede prazo de 05 dias para escrituração dos livros fiscais, entretanto esse prazo concedido é para que o contribuinte formalize os lançamentos, porém a data considerada é aquela na qual ocorreu efetivamente o fato gerador das operações a serem lançadas, a interpretação da impugnante está totalmente equivocada.

Quanto à infração 02, a autuada utilizou-se do benefício da redução da base de cálculo do ICMS nas operações internas com aparelhos celulares, sem a autorização prévia do Diretor de Administração Tributária, conforme previsão do artigo 87, XXIV, 11 do RICMS-BA cópia folhas 182 e 183.

Argui que para utilização do benefício à empresa aplicou diretamente nos ECFs (emissores de cupons fiscais) a alíquota de 12%, como pode se constatar nos demonstrativos apensos ao auto de infração folhas 161 a 181, quando o correto seria aplicar alíquota de 17%, uma vez que o

contribuinte não tinha autorização do Diretor de Administração Tributária para utilizar o citado benefício.

Argumenta que a impugnante alega em sua defesa folhas 472 a 474 que a capitulação da infração foi efetuada incorretamente, observando que o artigo 50 prevê alíquota de 17%, e o art. 51 ambos do RICMS/BA, é o único que faz menção a aparelhos de telefonia. A fundamentação da defesa é truncada e tenta apenas confundir um fato que está claríssimo: O enquadramento se deu em razão de aplicação incorreta da alíquota de 12% nas saídas de aparelhos de telefonia celular, quando o correto seria 17%, conforme prevê o artigo 50 do RICMS, uma vez que o contribuinte não atendeu a condição prevista no artigo 87, XXIV, 11 do RICMS-BA, cuja cópia do texto legal encontra-se anexado às folhas 182 e 183, portanto, não há nenhum cabimento a alegação de que o enquadramento está incorreto.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para imputar ao autuado 02 infrações, já devidamente relatadas, ora impugnadas através da defesa tempestivamente apresenta pelo autuado.

A fundamentação da infração 02 é a de que o contribuinte aplicou incorretamente a alíquota de 12%, nas saídas internas nas vendas de aparelhos de telefonia celular, quando o correto seria 17%. Para que a autuada fizesse jus à redução da carga tributária para 12% seria necessário autorização do Diretor de Administração tributária, assim, a descrição da infração está posta de forma clara, bem como sua capitulação, não havendo razões para argüição de nulidade do lançamento, assim como, também, em relação à infração 01, foram atendidos os pressupostos processuais que legitimam o lançamento.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas, especialmente em razão de que as argüições apresentadas quanto a notas fiscais foram devidamente afastadas quanto à análise da questão material.

A infração 01 foi imputada por falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.

A Infração 01 está amparada no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos de caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção” (grifo nosso).

Estamos diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil. As presunções se dividem em absolutas, que não admitem prova contrária, ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. Portanto, estamos, na infração sob análise, diante de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei 7014/96, cabendo ao impugnante o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos.

Verifico, em consonância com o autuante, que as notas nº 512156 e 512157, folhas 467 e 468, não são notas fiscais de saídas, conforme alega o autuante, em verdade são notas de ENTRADAS de

mercadorias no estabelecimento fiscalizado, e não de saídas como informa a impugnante.

Observo que tais notas fiscais foram emitidas em 31/12/2005 e a saída das mercadorias ocorreu no Estado de Pernambuco, em 02/01/2006, por conseguinte não há como acolher a argüição de que essas mesmas mercadorias sejam aquelas faltantes no inventário do exercício de 2005 e que irregularmente foram computadas no exercício subsequente (2006), conforme consigna o autuante. Ficou caracterizada a falta de contabilização de entradas de mercadorias indicando que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Assim, voto pela procedência da infração 01, tendo em vista, inclusive que o autuado não demonstra a alegação de que foram alinhados bens do ativo imobilizado na presente exigência.

No que se refere ao mérito da infração 02, a autuada ingressou com pedido de uso do benefício no ano de 2007, através do processo 120632/2007-5, em sua Inspetoria de domicílio, Itapetinga, porém o referido processo permaneceu em análise até 28/07/2010, conforme extrato da tramitação do sistema SIPRO, às folhas 184 e 185. A condição que lhe garantia o direito de usufruir do benefício, não lhe foi concedida, uma vez que o regulamento do ICMS é claro ao enfatizar no seu artigo 11 o seguinte:

"Art. 11. Quando a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição.

Parágrafo único. O pagamento do imposto, na hipótese deste artigo, será feito com os acréscimos moratórios cabíveis e, se for o caso, multa, os quais serão devidos a partir do vencimento do prazo em que o tributo deveria ter sido pago caso a operação ou prestação não tivesse sido efetuada com o benefício fiscal, observadas, quanto ao termo inicial da incidência, as normas reguladoras da matéria."

O autuado utilizou indevidamente alíquota de 12%, alcançada através da redução da base de cálculo, quando o correto seria a alíquota de 17%. Trata-se de um benefício fiscal condicionado, cuja condição para ser usufruído não foi atendida, vez que o aludido benefício foi utilizado sem o atendimento da condição prevista no artigo 87, XXIV, 11 do RICMS-BA, qual seja, a autorização formal do Diretor de Administração Tributária para que ela fizesse uso do citado benefício, razão pela qual considero procedente a autuação.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 217359.0003/10-3, lavrado contra **F. S. VASCONCELOS & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$83.135,35**, acrescido da multa de 60%, sobre R\$17.895,30 e 70% sobre R\$65,240,05 prevista no art. 42, incisos II, "a" e III, da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de março de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADOR