

A. I. Nº - 206951.0006/14-9

AUTUADO - GARRA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS - EIRELI

AUTUANTE - GERALDA INÊS TEIXEIRA COSTA

ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA

PUBLICAÇÃO - INTERNET - 08.04.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0054-05/16

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **a)** O impugnante, neste caso, inverteu o ônus da prova para que a autuante aponte os erros no seu demonstrativo, quando no caso, deve ele apontar os erros no demonstrativo da autuante, sendo absolutamente sem sentido que faça uma auditoria de estoques em paralelo. Houve correção do levantamento efetuado na informação fiscal. Infração 1 procedente em parte. **b)** OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS ISENTAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. O impugnante não apresentou nenhuma prova de que tais omissões não tenham ocorrido. Infração 5 procedente. 2. ALÍQUOTA. SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA Infração 3 reconhecida. 3. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES COM CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS. BENEFÍCIO DO DECRETO Nº 7.799/00. Infração 4 reconhecida pelo impugnante. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A autuante acolhe parte dos erros apontados, com relação a alocação das datas de entradas, e corrige a infração. Infração 2 parcialmente procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

No auto de infração lavrado em 18/12/2014, foi efetuado lançamento de imposto e multa no valor total de R\$169.559,79 em razão das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1 – Falta de recolhimento do imposto pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração decorrente da falta de registro de entrada de mercadoria em valor inferior ao das saídas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas, sendo lançado R\$122.455,99, acrescido da multa de 100%.

2 – Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, sendo lançado o valor de R\$44.242,11, acrescido da multa de 60%.

3 - Recolheu a menos o ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado o valor de R\$546,64, acrescido de multa de 60%.

4 - Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, em venda pra contribuinte não inscrito utilizando a redução prevista no Dec. 7.799, sendo lançado o valor de R\$2.265,55, acrescido da multa de 60%.

5 - Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, sendo lançado multa fixa de R\$50,00.

Apresentada impugnação fls. 422/30 onde diz que a autuante cometeu diversos equívocos que serão demonstrados por ocasião da impugnação, para que o auto seja julgado parcialmente procedente, prevalecendo as infrações 03 e 04 que serão pagas à vista antes do prazo final para defesa.

Friza que a ciência do auto de infração deu-se posteriormente à publicação da Lei nº. 13.199/2014, segundo a qual o art. 132, II, do Código Tributário do Estado da Bahia foi alterado para que o contribuinte tivesse prazo de 60 dias para apresentação de defesa contra auto de infração.

Que quanto às infrações 1 e 5, analisou minuciosamente os demonstrativos relativos ao levantamento quantitativo de mercadorias em exercício fechado elaborados pela autuante, tendo constatado erros em, praticamente, todos os itens fiscalizados. Que os valores de entradas ou saídas não condiziam com a real movimentação constante dos documentos fiscais; que os valores quantitativos de estoques iniciais e finais não eram fiéis aqueles constantes dos livros Registro de Inventário.

Assim, diante da quantidade de erros, seja no cômputo dos valores presentes em estoque, seja dos valores de entradas e saídas com enumeração das notas fiscais divergentes, ficou claro que seria improutivo demonstrá-las no corpo da defesa, correndo-se o risco de fazê-lo exemplificativamente e obter-se, tão-somente, anulação da infração. Assim, o impugnante optou por realizar novo levantamento quantitativo a fim de contrapor o que foi produzido pela auditora fiscal, demonstrando a real situação da autuada, muito diversa da autuação.

Que considerando o alto custo e o tumulto processual que seria ocasionado pela juntada de quase 11 mil folhas de demonstrativos em meio físico, o Impugnante requer a juntada de CD, contendo arquivos em formato PDF relativos aos demonstrativos, sendo:

- 1) demonstrativo geral do levantamento quantitativo, contendo as informações de estoques iniciais, finais e consolidação de entradas e saídas por item em 18 páginas;
- 2) relatório analítico de entradas por item, contendo o quantitativo de entradas por nota fiscal e por item, com totalização do movimento por item no exercício, obtendo o valor que foi transportado para o demonstrativo geral em 461 páginas;
- 3) relatório analítico de saídas por item, contendo o quantitativo de saídas por nota fiscal e por item, com totalização do movimento por item no exercício, obtendo o valor que foi transportado para o demonstrativo geral em 10.193 páginas.

Além da juntada dos demonstrativos, diz que comprova os valores lançados no demonstrativo geral a título de estoque inicial e final do exercício, pela juntada de cópia dos respectivos livros Registro de Inventário. Tendo sido realizado o trabalho que, em última análise, cabe ao auditor fiscal, e requer que seja determinado ao Auditor Fiscal em diligência que, não concordando com o demonstrativo apresentado, aponte e individualize todas as razões da discordância.

Segundo a infração 2, o impugnante teria deixado de recolher antecipação total referente às aquisições interestaduais de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação nos meses de fevereiro, junho, julho, setembro e outubro de 2011, conforme valores lançados no auto de infração.

Também nesta infração, a autuante cometeu diversos equívocos que serão aqui enumerados, resultando em correções no roteiro de auditoria empregado que norteou a elaboração de novos demonstrativos relativamente às aquisições dos meses autuados, demonstrando que não houve falta de recolhimento, ao contrário, que o Impugnante apurou e recolheu a maior.

Que o principal e mais evidente erro notado diz respeito à consideração das datas de emissão das notas fiscais eletrônicas para alocação nos meses. Que o autuante deixou de considerar a data de entrada, muitas vezes diversa da data de emissão pelo fornecedor, para alocar as notas fiscais nos respectivos meses. Isso ocorre porque a nota fiscal eletrônica contém, somente, a informação da emissão, não tendo campo para a consignação da data de entrada que, ocorre, posteriormente à emissão.

Para tentar corrigir tal falha, nota-se que, de forma desordenada, a autuante lança algumas notas fiscais emitidas em final de mês, no mês subsequente. Isso, porém, não é suficiente e tecnicamente adequado para a apuração de um crédito tributário, cuja liquidez e certeza deve ser perseguida pela autoridade competente para o lançamento.

Exemplificativamente, as datas de entradas estão consignadas em novo demonstrativo produzido pela defesa, elencam-se as seguintes notas fiscais lançadas em meses errados: 172343, 153433, 175643, 1748, 218833, 218925, 219029, 220177, 225118, 225161, 226885, 247934, 25522, 25829, 15555, 295, 39661, 12, 34246, 41337 e 37920.

Notou-se, ainda, erro quanto à MVA de alguns produtos, tais como bebidas energéticas, cuja MVA foi 74,84%, quando o Anexo 88 dispõe ser 60% ou 70%, a depender se adquirido do atacado ou da indústria. Além desses erros, notou-se cobrança relativamente à nota fiscal nº. 96820 que trata de remessa, baseada na nota fiscal de faturamento nº. 30631, cujo ICMS ST já veio devidamente recolhido pelo emitente na condição de substituto tributário, e que, por isso, não poderia ser objeto de cobrança duplice.

Que outro erro comum da auditoria foi omitir, na planilha, informação acerca da inscrição de substituto tributário e realizar a cobrança do ICMS por antecipação relativamente às aquisições junto a contribuintes inscritos neste Estado na condição de substitutos tributários. Ora, segundo o art. 8º, § 5º da Lei nº. 7.014/1996, "a responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade solidária do contribuinte substituído nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais junto a contribuinte substituto, por força de convênio ou protocolo, que não possua inscrição ativa neste Estado", ou seja, se o substituto remetente tiver inscrição ativa no Estado, a responsabilidade do recolhimento é deste e não do adquirente.

Firme nesse pressuposto, o Impugnante diz que identificou as notas fiscais em que os remetentes são inscritos na condição de substituto tributário e considerou como ICMS ST devido a mesma quantia recolhida, tendo em vista que não há qualquer responsabilidade supletiva.

Que realizando os ajustes, principalmente, nas datas para consignar as datas de entrada e não de emissão das notas fiscais, bem como as correções dos erros descritos, demonstra-se que, nos meses objeto de autuação, não houve falta de recolhimento, mas sobra. Isso se deve, sobretudo, às aquisições de massas alimentícias, uma vez que o Impugnante realizou as antecipações totais mediante o uso da pauta fiscal, enquanto a auditora fiscal, em critério também adotado no demonstrativo fiscal, utilizou MVA.

Assim, pede que a citada infração deva ser julgada totalmente improcedente, nos termos da defesa e do demonstrativo que ora se junta. Considerando o teor dos erros de auditoria apontados, espera-se que, com a informação fiscal, sejam todos resolvidos pelo reconhecimento da procedência dos argumentos de defesa. Todavia, persistindo a resistência fiscal quanto aos argumentos da defesa, requer-se, com fulcro no art. 145, do RPAF, visando a busca pela verdade material, diligência para responder aos seguintes quesitos:

1) Os demonstrativos de movimentação de itens em estoque apresentados pelo Impugnante, contendo informações de EI, EF, Total de Entradas, Total de Saídas, Omissão de Entradas e Omissão de Saídas, correspondem aos dados constantes nos demonstrativos auxiliares ora apresentados e no Livro Registro de Inventários?

2) Há alguma incorreção no levantamento quantitativo de estoques elaborado pelo Impugnante? Se sim, quais?

3) Quanto aos demonstrativos relativos à substituição tributária, os valores contábeis de produtos, percentuais de MVA, datas de entradas notas fiscais e cálculos da substituição tributária apresentados estão corretos? Se não, aponte as incorreções.

O Impugnante requer seja acolhida a impugnação para julgar parcialmente procedente o auto de infração, homologando os valores quitados. Requer-se, ainda, 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.

A Autuante apresenta informação fiscal às fls. 488/92 e diz sobre as infrações 1 e 5, que a defesa, após transcrever textualmente a acusação fiscal, inicia sua argumentação alegando que a agente do fisco cometeu graves erros quando dos levantamentos que resultou na lavratura do AI em apreço. Argumenta que o impugnante apresenta um estoque fracionado, o que não corresponde a realidade dos fatos. Constitui apenas de um estoque escritural, totalmente em desacordo com o que está prescrito no art. 330 e seus parágrafos dec. 6.284/97, vigente à época do fato gerador do crédito ora reclamado.

Ainda assim, para viabilizar o trabalho e favorecer o contribuinte, pois caso contrário, deveria sugerir a cassação do Termo de Acordo e consequente benefício e cobrar a diferença do ICMS, procedeu aos arredondamentos das unidades visto haver falta de uniformidade nas unidades. Ou seja, quando as frações decimais de unidade das mercadorias apresentavam menor de 0,50 para a unidade imediatamente inferior e quanto maior que 0,50 para a unidade imediatamente superior. Já que o Inventário de Mercadoria está expresso em unidade decimal de medida a qual o contribuinte não usa nem na compra nem na venda dos produtos. Ademais, os valores unitários das mercadorias são insignificantes. Não correspondendo ao valor de aquisição, conforme determina o supracitado artigo. O visto dado no livro pela auditora, tem apenas a finalidade de garantir que os valores não sejam porventura alterados.

Ainda assim, diante de uma impugnação subjetiva como a apresentada, onde em nenhum momento aponta com precisão onde a auditoria errou, a autuante fez uma revisão em todo o levantamento, onde foi constatado apenas uma divergência entre o valor do estoque apresentado no arquivo e o escriturado no livro, referente à mercadoria código 62395, que resultou em uma redução do valor do crédito nessa infração de R\$122.455,49 (cento e vinte e dois mil quatrocentos e cinqüenta e cinco reais e quarenta e nove centavos) para R\$107.164,88 (cento e sete mil cento e sessenta e quatro reais e oitenta e oito centavos).

Argumenta que tal divergência estava no Arquivo Magnético apresentado pela autuada, que não foi constatado pela auditoria quando da apuração do imposto que resultou na lavratura do presente AI, já que a conferência dos dados do estoque foi feita por amostragem, sendo, portanto, tal divergência de inteira responsabilidade da impugnante.

Aduz que a defesa, no intuito de elidir essa infração, copiou dos controles internos da empresa, todo o movimento que segundo afirma está correto e se não aceita os argumentos da impugnação está invertendo portanto os papéis; quem tem que apontar os erros cometidos pela auditoria é a defesa e não o contrário.

Aliás, essa tem sido uma estratégia adotada por muitas empresas aqui da região, apresenta os arquivos incorretos, e quando é auditada e autuada, requer revisão e apresenta para o revisor novos arquivos totalmente divergentes dos anteriores, alegando que os anteriores estão errados. Após revisão ficou o demonstrativo dessa infração assim representado:

Data Ocorr.	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq	Multa 60%	Valor Histórico
31/12/2011	09/01/2012	630.381,64	17	100	107.164,88

Na infração 2, o demonstrativo foi refeito remanejando as Notas Fiscais, apontadas pela defesa como relacionada no mês incorreto, para as datas dos lançamentos no livro Registro de Entradas; apesar de existir documentos lançados até mais de um mês depois da emissão. Quanto ao questionamento das MVA aplicadas, principalmente no produto energético, não procede, pois o mesmo foi adquirido na indústria e o percentual a ser aplicado é de 140% conforme notas fiscais e outros documentos em anexo.

Engana-se a autuada, quando afirma que o imposto do biscoito e massas alimentícias deve ser calculado com base em Pauta Fiscal. E que esse foi o procedimento adotado pela autuada que, segundo ele, está correto. No art. 73 do RICMS/BA Dec.6.284/97 então vigente, está prescrito que Pauta Fiscal é o menor preço e que deve ser utilizada apenas quando for maior que o valor da operação ou quando não for possível determinar a base de cálculo do imposto.

Art. 73. A base de cálculo do ICMS poderá ser fixada mediante pauta fiscal, de acordo com a média de preços praticada no Estado, para efeito de pagamento do imposto, quando o preço declarado pelo contribuinte foi inferior ao do mercado ou quando for difícil a apuração do valor real da operação:

Que à fl. 428 do presente PAF, a defesa alega que na planilha da ST foram incluídas notas fiscais cujo imposto já havia sido recolhido pela remetente. Porém, foram também considerados pela auditoria, para efeito dos cálculos, todos os recolhimentos através de DAE, GNRE, como também todos os débitos declarados através de denúncia espontânea. Portanto, esse argumento não procede. Ademais, os questionamentos feitos pela defesa nesse sentido são desprovidos de provas. Trata-se apenas de afirmação infundada, ficando o crédito reclamado nessa infração em R\$23.128,98.

Assim, a autuante considerou válidas as alegações da defesa em relação às infrações 1, 2 e 5, tanto que realizou minuciosa revisão do lançamento de ofício e elaborou novos demonstrativos, anexos a essa informação. Em decorrência disso, o total originalmente exigido na infração de R\$122.455,49 (cento e vinte e dois mil quatrocentos e cinquenta e cinco reais e quarenta e nove centavos) foi reduzido para R\$ 107.164,88 (cento e sete mil cento e sessenta e quatro reais e oitenta e oito centavos). Quanto à infração 2, reduziu de R\$44.242,11 (quarenta e quatro mil duzentos e quarenta e dois reais e onze centavos) para R\$23.128,98 (vinte e três mil cento e vinte e oito reais e noventa e oito, centavos).

Que diante do exposto e de todas as provas que compõem o presente PAF, pede que seja o Auto julgado parcialmente procedente, em razão das deduções que afetaram as Infrações 01 e 02.

O Impugnante se manifesta à fl. 580 e reafirma que as infrações 03 e 04 serão pagas à vista antes do prazo final para defesa. Na informação fiscal, a autuante afirma, em síntese, que a defesa não apresenta provas convincentes, que não apontou com objetividade os erros existentes no levantamento e que não anexou à peça defensiva nenhum meio de prova, limitando-se a relatórios em mídia, que o inventário estaria errado e que arredondou unidades. Enfatiza que o impugnante está "invertendo os papéis" e que a defesa teria que apontar os erros cometidos pela auditoria e não o contrário.

Quanto à auditoria da antecipação tributária, reconhece o acerto das razões defensivas, explicando que o demonstrativo foi refeito, remanejando as notas fiscais apontadas pela defesa como relacionada no mês incorreto. Quanto ao questionamento da MVA não aceita o argumento defensivo, sob a justificativa de que a compra foi feita na indústria e que o argumento que há notas com imposto pago pela remetente não procedia. Com o devido respeito, a informação fiscal permanece em erro, conforme será melhor explicitado.

Para demonstrar objetivamente e contrapor a auditoria fiscal, o Impugnante apresentou demonstrativos contendo todo o levantamento quantitativo, cujos quantitativos de estoques iniciais e finais encontram-se corroborados pelo Registro de Inventário e as entradas e saídas encontram-se corroboradas pelo movimento de entradas e saídas, cujo resumo foi devidamente expresso nos relatórios em mídia apresentados com a defesa.

Que apenas exemplificando, para se ter uma idéia dos erros cometidos e do acerto dos demonstrativos apresentados pela defesa, o item 53453, cuja omissão quantitativa foi de 97.714. Segundo o relatório fiscal, o estoque inicial foi 110.007, quando na verdade, foi de 11.007. As entradas no relatório fiscal foram de 11.291, quando o relatório do impugnante demonstrou que foram 12.815. As saídas por sua vez, no relatório do impugnante foram de 22.794, enquanto no relatório fiscal foram 22.556. Os quantitativos relativos aos estoques iniciais e finais estão corroborados nos livros de inventário, enquanto as entradas e saídas estão devidamente demonstradas nos demonstrativos que especificam os quantitativos nota por nota e foram juntados em mídia com a defesa.

Diz que de forma muito mais organizada e alcançando os objetivos do trabalho, elabora novos demonstrativos contrapondo o levantamento quantitativo da auditoria fiscal de forma pormenorizada e completa, alcançando todos os itens objeto de auditoria. Todos os quantitativos encontrados no livro Registro de Inventário e na movimentação de entrada e saída encontram-se indicados, item a item. Cabe, nesta oportunidade, à autuante, manifestar-se pormenoradamente sobre os demonstrativos da defesa para apontar os erros - se houver, pois o ônus da defesa foi devidamente cumprido, quando apontou, via demonstrativos juntados em mídia, o levantamento quantitativo que se lastreia em seu movimento.

Que a demonstração por amostragem dos erros no corpo da defesa já seria suficiente para anular o lançamento fiscal pela falta de certeza e liquidez, de modo que a Impugnante foi além de seu ônus processual ao refazer todo o levantamento quantitativo para demonstrar as divergências relativamente ao trabalho fiscal, o que deve ser considerado para julgar improcedentes as infrações 01 e 05. Dessa forma, pugna-se pela improcedência das infrações nos termos da defesa.

Na infração 2, diz que melhor sorte não assiste à autuante devendo ser feitas as seguintes correções em seus demonstrativos: Quanto ao mês de fevereiro de 2011, deverá ser retirada da cobrança a nota fiscal nº. 175.642, uma vez que a entrada da mercadoria ocorreu em março, mês em que foi devidamente escriturada. O imposto calculado que deverá ser excluído do valor supostamente devido é de R\$ 17.506,54, o que já é suficiente para elidir completamente o valor de R\$ 10.033,64 encontrado pela auditoria. Quanto ao mês de junho de 2011. Os erros que ainda persistem no demonstrativo são os seguintes:

1) utilização do MVA de 140% para bebidas energéticas, quando o Anexo 88 então vigente estabelecia 60% e 70%, se adquirido na indústria ou atacado;

2) cobranças de diferenças relativamente a inscrições feitas junto a fornecedores inscritos neste Estado como contribuintes substitutos (notas fiscais emitidas por GTEX BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO S.A. e SCJOHNSON DISTRIBUIÇÃO LTDA, cujas inscrições como substituto foram apontadas nos demonstrativos juntados com a defesa), a quem cabe a responsabilidade passiva tributária, conforme art. 8º, § 5º da Lei nº. 7.014/1996, pelo qual "a responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade solidária do contribuinte substituído nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais junto a contribuinte substituto, por força de convênio ou protocolo, que não possua inscrição ativa neste Estado", ou seja, se o substituto remetente tiver inscrição ativa no Estado, a responsabilidade do recolhimento é deste e não do adquirente;

3) inclusão no demonstrativo de junho de 2011 da nota fiscal nº. 220177, entrada em julho/2011, cujo imposto a pagar encontrado foi R\$ 883,74, de modo que sua exclusão já seria suficiente para elidir a suposta infração de R\$ 609,22.

Quanto ao mês de outubro de 2011, os erros são os seguintes:

1) cobranças de diferenças relativamente a inscrições feitas junto a fornecedores inscritos neste Estado como contribuintes substitutos (notas fiscais, cujas inscrições como substituto foram apontadas nos demonstrativos juntados com a defesa), a quem cabe a responsabilidade passiva tributária, conforme art. 8º, § 5º da Lei nº. 7.014/1996, pelo qual "a responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade solidária do contribuinte

substituído nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais junto a contribuinte substituto, por força de convênio ou protocolo, que não possua inscrição ativa neste Estado", ou seja, se o substituto remetente tiver inscrição ativa no Estado, a responsabilidade do recolhimento é deste e não do adquirente;

2) inclusão de notas fiscais, cuja entrada das mercadorias deu-se em novembro de 2011, tais como 32495, 41161, 41312, 285545, 285547, 41475 e 38064, cujo valor total do imposto encontrado pela auditoria é R\$ 12.950,52, valor que ultrapassa o imposto supostamente devido encontrado pela autuante de R\$ 12.486,12.

Impugnado por fundamentos fáticos e jurídicos o auto de infração nº. 206951.0006/14-9, o Impugnante reitera seu pedido pelo acolhimento da impugnação para julgar parcialmente procedente o auto de infração, homologando os valores quitados.

Quanto ao questionamento das MVA aplicadas, principalmente no produto Energético, não procede, pois o mesmo foi adquirido na indústria e o percentual a ser aplicado é de 140% conforme determina a legislação anexa às fls. 548 a 550-A do PAF. Diante do exposto e de todas as provas que compõem o presente PAF, pede-se, que seja o Auto de Infração julgado parcialmente procedente, em razão das deduções que afetaram as Infrações 01 e 02.

VOTO

O pedido de diligência deve ser consubstanciado com provas inequívocas de que há erros passíveis de correção. No entanto, o impugnante apresenta à fl. 433 um CD com um levantamento em paralelo da auditoria de estoques. Argumenta ainda que seus arquivos magnéticos não apresentam a correspondente veracidade com os documentos fiscais emitidos, sem contudo apresentar provas disto. Requer que seja determinado ao Auditor Fiscal em diligência que, não concordando com o demonstrativo apresentado por ele, aponte e individualize todas as razões da discordância. Ou seja, pede que seja feita uma nova auditoria em seus relatórios, ao invés de apontar erros nos relatórios da autuante, invertendo o ônus *probandi*.

As provas foram apresentadas pela autuante, e se erros existem, devem ser apontados pelo impugnante, e não o contrário; o fisco voltar a fiscalizar para apontar os erros do levantamento do impugnante representa inversão do ônus da prova sem que tenha sido apresentados erros no levantamento do fisco, razão pelo qual não acolho o pedido de diligência, visto que os erros que foram prontamente apontados, foram reconhecidos pela autuante e corrigidos. Acolhidas como procedentes pelo impugnante as infrações 3 e 4, restam à lide as infrações 1, 2 e 5.

Na infração 1, que apontou omissão de saídas mediante levantamento quantitativo de estoques, cujos demonstrativos às fls. 8/264 apresentam-se conforme a Portaria 445/98, com demonstrativo de débito do valor lançado de R\$122.455,49, foi defendida sob o argumento de erros no cômputo dos vales em estoque, de saída, entradas e com notas fiscais divergentes e ainda que não seria possível demonstrá-las no corpo da defesa por ser improdutivo e diz que "*optou por realizar novo levantamento quantitativo a fim de contrapor o que foi produzido pela autuante*", juntando CD, em substituição às alegadas 11 mil folhas de demonstrativos e pede que a autuante aponte as "discordâncias".

O impugnante neste caso, inverteu o ônus da prova para que a autuante aponte os erros no seu demonstrativo, quando no caso, deve ele apontar os erros no demonstrativo da autuante, sendo absolutamente sem sentido que faça uma auditoria de estoques em paralelo.

A autuante constatou uma divergência no estoque, mercadoria código 62395, diga-se de passagem, sem ter sido apontada especificamente na defesa, mas por análise documental de cópia do livro apresentado, em divergência com os dados do arquivo magnético, reduzindo a infração 1 para R\$107.164,88. Se outros erros existem, não foram apontados pela impugnação, que alegou-os de forma genérica.

Como exemplo, o impugnante na manifestação fala de erro no item 53453 apontando para os totalizadores do seu relatório em comparação com o da autuante, sem dizer onde foi cometido o erro (aponta que as entradas da auditoria apontam 11.291 e seu "relatório" aponta 12.815, sem apontar analiticamente qualquer erro no relatório da autuante. Neste caso, o ônus da prova de apontar o erro é do impugnante vez que dispõe dos relatórios detalhados das entradas na auditoria fiscal.

No relatório de entrada da autuante constam todos os itens em todas as notas fiscais, e bastaria a impugnação trazer cópias de notas fiscais referidas com dados divergentes para por em dúvida o lançamento, mas não o fez, e assim, não procede a alegação de que não pode ser obrigada a escrever 10 mil linhas, bastando para tal apresentar lista razoável de erros. Acato a correção da autuante para o valor abaixo exposto:

DATA OCORRÊNCIA: 31/12/2011

VENCIMENTO: 09/01/2012

VALOR CORRIGIDO: R\$107.164,88

Infração 1 procedente em parte, mediante correção do levantamento efetuado na informação fiscal.

Na infração 2, a impugnante alega erros nas datas de emissão das notas fiscais eletrônicas para alocação nos meses, divergentes da efetiva entrada no estabelecimento e apresenta relação de notas fiscais à fl. 427. Alega ainda erro de MVA em bebidas energéticas e da nota fiscal 96820 com substituição tributária na origem e de aquisições junto a substitutos tributários neste estado e alega não haver responsabilidade supletiva. Por fim reclamou uso da pauta fiscal enquanto a autuante aplicou MVA.

A autuante acolhe parte dos erros apontados, com relação a alocação das datas de entradas, e corrige a infração para o valor de R\$23.128,98 conforme fl. 492. Refuta a questão da pauta fiscal corretamente vez que só é utilizada em ocasiões restritas à previsão legal, o que não é o caso em lide, e também da arguição de ST na origem, visto a autuante considerar os pagamentos via GNRE. O Impugnante se manifesta e reclama de erro na nota fiscal nº 175.642, da MVA utilizada e também das cobranças com fornecedores inscritos no estado como substitutos, sem contudo apresentar documentos fiscais correspondentes.

De fato não há documentos apresentados na defesa que corroborem a alegação, pois sequer há cópia da nota fiscal nº 175.642 e que há mercadorias com substitutos tributários inscritos no estado; no entanto, consultando-se o relatório à fl. 516, nas linhas correspondentes a esta nota fiscal, não há lançamento do ICMS como recolhido. Ou seja, não se sustenta o argumento do impugnante, que trouxe como prova uma nota fiscal emitida por contribuinte inscrito como substituto tributário, que embora conste do lançamento, foi corrigido pela autuante em sua informação fiscal; quanto à MVA do energético, a legislação indica à fl. 550, MVA de 140% nas aquisições da indústria, e o impugnante não comprova ser o emitente um atacadista, sendo que este Relator ao consultar o site da empresa, esta apresenta-se como fabricante e distribuidor, sendo que a nota fiscal 33.182 à fl. 548 aponta corretamente a MVA de 140%, ficando o lançamento corrigido para os valores abaixo:

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq	Multa 60%	Valor Histórico
28/02/2011	25/03/2011	59.021,41	17%	60	10.033,64
30/06/2011	25/07/2011	3583,65	17%	60	609,22
31/10/2011	25/11/2011	73.447,76	17%	60	12.486,12
Total					23.128,98

A infração 5 é multa formal pela omissão de mercadorias isentas e não tributáveis conforme fls. 17/24. O impugnante não apresentou nenhuma prova de que tais omissões não tenham ocorrido. Infração 5 procedente.

Face ao exposto, considero voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206951.0006/14-9** lavrado contra **GARRA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS - EIRELI** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$133.106,05**, acrescido das multas de 60% sobre R\$25.941,17 e de 100% sobre R\$107.164,88, previstas no art. 42, incisos II, “a” e “d” e III da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no inciso XXII, da mesma Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO- JULGADOR