

PROCESSO - A. I. Nº 140779.0001/14-2
RECORRENTE - DEVIDES & VIANA LTDA. (REFRIGERAÇÃO PARANÁ)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0213-01/16
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 24/05/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0142-12/17

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. É nula a Decisão proferida com preterição do direito de defesa. Retornem-se os autos à primeira instância para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência em Parte do presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/14 para imputar ao contribuinte o cometimento de duas infrações, sendo objeto do Recurso apenas a primeira acusação, como a seguir descrito:

Infração 1 – falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2011 e 2012, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, sendo exigido ICMS no valor de R\$426.147,12, acrescido da multa de 100%.

Consta, ainda, o seguinte: *“Tudo conforme Anexo II, fls. 21 a 23 do presente Auto de Infração, contendo os Arquivos SINTEGRA dos exercícios de 2011 e 2012 utilizados na fiscalização, devidamente retificados e enviados pós intimação, e demais demonstrativos dos Roteiros dos Estoques, gravados integralmente em “DVD” e devidamente autenticados e entregues contra recibo, parte integrante do anexo supra, e Anexo II, contendo 1ª e última página dos respectivos demonstrativos impressos”.*

A Junta de Julgamento decidiu a lide com os seguintes fundamentos:

VOTO

O Auto de Infração em exame versa sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo que a infração 1 foi reconhecida parcialmente e a infração 2 integralmente.

Inicialmente, cumpre observar que na defesa inicial e manifestação posterior o autuado em nenhum momento arguiu a nulidade do lançamento atinente à infração 1.

Na realidade, do valor total do ICMS exigido de R\$426.147,12, o autuado reconheceu o valor de R\$68.446,53, tendo apresentado o seu inconformismo quanto à parte impugnada apontando materialmente os tópicos com os quais não concordava.

Em apertada síntese, o autuado alegou o seguinte:

- I. falta de lançamento de notas fiscais emitidas e/ou recebidas. Alegou que localizou Notas Fiscais de Entradas e Saídas de diversas operações, como Bonificação (X.910), Remessas e Retornos para Conserto (X.915/X.916), Outras Entradas ou Saídas (X.949), Venda de produção do estabelecimento que não deva por ele transitar (5.105) que não foram consideradas no Levantamento de Estoques efetuado pelo autuante. Discordou da justificativa do autuante para não inclusão destas operações por julgá-las “atípicas e irrelevantes e que em sua grande maioria se tratavam de operações não tributáveis”, afirmando que a legislação obriga o registro do documento fiscal, ainda que ele seja uma bonificação, por exemplo. Disse que se esta bonificação for um produto que será comercializado, integra o estoque, sendo óbvio que esta ausência provocará distorção no levantamento. Apresentou planilha contendo a relação dessas operações, cujas Notas Fiscais que as acobertaram, segundo diz, significam aproximadamente 33%*

do valor do Auto de Infração de 2012;

- II. agrupamento de códigos de produtos com a mesma descrição. Alegou que somente demandou que também fossem considerados os produtos cuja descrição difere uma da outra num ponto, espaço ou barra e, por este motivo, acredita que o sistema utilizado pela SEFAZ não os considera como idênticos. Disse que ainda solicitou que também assim fossem tratados produtos iguais com voltagem diferente, haja vista que muitas vezes os produtos são vendidos com uma voltagem (110V X 220V x 380V) e entregues (ou depois trocados) por voltagem diferente, ocasionando distorções no estoque. Exemplificou com os seguintes produtos: 072770 - ACUMULADOR DE SUCCAO 1 5/8 (com omissão de saídas de 04); que é igual ao produto P01645 - ACUMULADOR SUCCAO 158 SEPLIQ RAC 2500 (com omissão de entradas de 02); 110241 - BEBED. REFRIG.GFN2000 127V BR (com omissão de saídas de 02) que é igual ao produto P02024 - BEBED. REFRIG.GFN2000 220V BR (com omissão de entradas de 04).

O autuante na Informação Fiscal contestou as alegações defensivas afirmando que:

- I. o agrupamento de produtos com as mesmas descrições foi feito, portanto, tendo sido atendido um desejo expresso claramente pelo preposto do contribuinte em varias passagens da peça defensiva, pois todas as quantidades dos produtos agrupados são somadas, nas entradas, nas saídas e nos estoques, evitando-se assim erros e inconsistências nos levantamentos;
- II. a alegação que não foram consideradas as movimentações com mercadorias cujos CFOPs discriminavam as operações: Remessas para conserto e seus respectivos retornos; Entradas de bonificação, doação; brinde; outras entradas e saídas ou prestação de serviços não especificado e mercadorias para uso e consumo; tais movimentações, por serem atípicas, irrelevantes e na grande maioria dizem respeito a operações não tributáveis, os CFOPs respectivos não são incluídos nos Levantamentos dos Estoques, portanto, não há o que se discutir, pois nem as entradas nem as saídas com os respectivos CFOPs foram objeto do levantamento.

Em face da controvérsia estabelecida esta Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o feito em diligência à IFEP/COMÉRCIO, a fim de que fosse realizada revisão fiscal do lançamento atinente à infração 1, tendo sido recomendado ao diligenciador que adotasse as seguintes providências:

- verificasse e analisasse se procedia a alegação defensiva de falta de lançamento de notas de entradas e saídas - emitidas e/ou recebidas -, atinentes a diversas operações, como: Bonificação; Remessas e Retornos para Conserto; Outras Entradas ou Saídas; Venda de produção do estabelecimento que não deva por ele transitar; que não teriam sido consideradas no levantamento de estoques efetuado pelo autuante;
- verificasse e analisasse se, além do agrupamento de produtos realizado pelo autuante, procedia a alegação defensiva de necessidade de agrupamento de códigos de produtos com a mesma descrição, diferenciando-se apenas uma da outra num ponto, espaço ou barra, assim como, produtos iguais com voltagem diferente, o que segundo alegou, ocasionou distorções no estoque, conforme exemplificou.

Ainda foi solicitado que, após as verificações e análises acima referidas, deveria o diligenciador, se fosse o caso, elaborar novos demonstrativos com as correções e ajustes que se fizessem necessários, considerando os agrupamentos que porventura não tivessem sido feitos pelo autuante e fossem necessários para a correta apuração do estoque, assim como as notas fiscais de entradas e saídas aduzidas pelo autuado que, efetivamente, repercutissem no estoque como, por exemplo, as notas fiscais referentes à bonificação; venda de produção do estabelecimento que não deva por ele transitar; etc.

O diligenciador esclareceu que efetuou novos cálculos com as mesmas mercadorias selecionadas nos Levantamentos dos Estoques referentes aos exercícios de 2011 e 2012, incluindo os CFOPs passíveis de provocar alguma repercussão nos mesmos, o que realmente ocorreu. Explicou que procedeu também, a exclusão dos itens de mercadorias com descrições semelhantes e omissões quantitativas compensáveis na sua integral, em decorrência da nulidade de omissões. Entretanto, quanto ao agrupamento de mercadorias em decorrência de inconsistências nas descrições alegadas pelo autuado, disse que não as identificou, como está evidenciado nos relatórios que elaborou acostados aos autos. Ressaltou que tal procedimento, retificou discretamente para menos os valores lançados originalmente, sem, contudo comprometer ou invalidar a infração caracterizada.

Consignou o diligenciador que o resultado apresentado foi fruto da reconstituição dos levantamentos originais, com os acréscimos dos CFOPs desconsiderados nos relatórios iniciais, tudo conforme relação anexa dos CFOPs utilizados.

No tocante ao agrupamento pretendido pelo autuado, esclareceu que procedeu inicialmente, para efeito de uma melhor visualização e comparação das mercadorias com códigos diferentes, mas com descrições semelhantes, que supostamente poderiam ser a mesma “espécie”, a classificação por ordem alfabética. Acrescentou que em razão deste procedimento, houve em alguns casos, evidências que foram consideradas como procedentes, não só pela similaridade da descrição, mas da precificação e da igualdade das omissões contrárias, que resultaram na nulidade de omissões, que contribuíram para a discreta redução do quantum reclamado. Entretanto, registrou

que nenhuma outra evidência que justificasse qualquer agrupamento adicional foi identificada, não cabendo ao Fisco realizar ajustes ou correções nas informações enviadas pelos contribuintes, com a finalidade de dispensar ou reduzir o crédito reclamado, em decorrência de inconsistências na codificação e descrição das mercadorias comercializadas. Consignou que tudo conforme relatórios e demonstrativos anexados, que retificam e reduzem o valor do lançamento original.

Ocorreu que na sessão de julgamento do Auto de Infração em lide, o ilustre advogado representante do autuado ao exercer o direito de sustentação oral de suas razões, alegou que as planilhas sintéticas e analíticas que apresentara naquele momento comprovariam a inexistência das omissões apontadas na infração 1. Neste sentido, formalizou requerimento para que fosse feita a juntada e análise dos demonstrativos acostados, segundo informa, elaborados após a conclusão da última diligência. Solicitou, ainda, caso se entendesse necessário, que o autuante fosse ouvido novamente e realizada nova diligência para apuração da verdade material.

Os Julgadores desta 1ª JJF, após análise e discussão sobre os argumentos e elementos trazidos pelo patrono do contribuinte, deliberaram pela conversão do feito em diligência à IFEP/COMÉRCIO (fl.287), a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado adotasse as seguintes providências, em relação à infração 1:

- verificasse e analisasse as planilhas apresentadas pelo impugnante que se encontram acostadas aos autos às fls. 223 a 284, sendo que, no que tange às Planilhas Comparativas atinentes aos exercícios de 2011 e 2012, se reportasse, inclusive, sobre as observações feitas pelo impugnante na coluna “JUSTIFICATIVAS/COMENTÁRIOS”;*
- quanto às planilhas referentes ao agrupamento realizado pelo autuado, verificasse, analisasse e, a partir do agrupamento, revisasse o lançamento;*
- intimasse o contribuinte para indicar Assistente Técnico para acompanhar o levantamento e prestar os esclarecimentos porventura necessários;*
- após as verificações e análises acima referidas, deveria o diligenciador, se fosse o caso, elaborar novos demonstrativos com as correções e ajustes que se fizessem necessários, considerando os agrupamentos que porventura não tenham sido feitos e sejam necessários para a correta apuração do estoque, assim como as notas fiscais de entradas e saídas aduzidas pelo autuado que não teriam sido consideradas.*

O autuante cumpriu a diligência. Esclareceu que muito embora no cumprimento da 1ª Diligência tenha anexado os Relatórios Retificados, considerando e atendendo a um considerável número de justificativas procedentes do autuado, com a consequente redução do crédito exigido, vem o patrono do contribuinte, questionar de forma repetida, matéria já superada na diligência anterior.

Assinalou que, adicionalmente a primeira peça impugnatória, nesta fase, o mesmo reconhece a procedência das omissões de algumas mercadorias, mas solicita alterações nos valores dos estoques iniciais e finais de algumas destas, alegando equívocos, não comprovados/documentados, ocorridos nas informações prestadas via Sintegra, assim como a inclusão de CFOPs de remessas e retornos de produtos/mercadorias para conserto e/ou para depósito próprio, como se estas movimentações modificassem/alterassem (Contábil e/ou Fiscalmente) os estoques das mesmas, pois continuam na sua titularidade e nos seus balanços.

Salienta que procede apenas, a solicitação das exclusões do levantamento inicial e da 1ª diligência, das Notas Fiscais com CFOP 2923 relativas ao exercício de 2012, dada a natureza destas operações, sendo estendida a medida, aos CFOPs correlacionados. Esclarece que o pleito foi atendido, resultando na anulação das omissões de saídas dos produtos com códigos, 070618 e 072386 e, conseqüentemente, com redução do crédito exigido, tudo conforme demonstrativos que elaborou e anexados.

Consigna que de resto, o patrono do autuado deseja solenemente, que a sua defesa prospere na tentativa do “agrupamento generalizado”, já combatido, com farta justificativa técnica e legal no início da diligência, e que, mais uma vez, ratifica sua improcedência, pois aceita-lo, é homologar um procedimento letal ao Roteiro de Auditoria, é acatar o inaceitável, é tornar possível e viral, qualquer procedimento de agrupamento nos roteiros dos estoques, para o mesmo ou outros contribuintes, pelo precedente criado.

O impugnante cientificado do resultado da diligência, a partir daí, alegou que, como a diligência lhe provocou uma reação, que procurou rever toda a sua movimentação de estoques, pode afirmar que o trabalho fiscal é nulo ou improcedente, haja vista que: o roteiro de auditoria escolhido não deveria ter sido utilizado; o autuante se utilizou de critérios próprios, e ilegais, para mensurar a base de cálculo; haveria que se aplicar o “agrupamento ou proporcionalidade” sobre operações que, segundo o próprio fiscal, “não movimentam estoques”; existem erros, decorrentes da não consideração de inúmeros cupons fiscais e notas (problemas no SINTEGRA); os inventários, comprovadamente, foram lançados com quantidades erradas.

Alegou que a JJF determinou diligência visando à verificação dos elementos ofertados, mandando ainda, conforme item 2 de fls. 287, que, “a partir do agrupamento de produtos”, se revisasse o lançamento. Alegou que tudo o quanto discutido, corroborado em seus demonstrativos, decorre da utilização, pela Fiscalização, de

dados magnéticos inconsistentes, no caso SINTEGRA com diversas inconsistências. Diz ser evidente que a auditoria de estoques, tendo como base dados inconsistentes, haveria que encontrar enormes diferenças. Alega ainda que as inconsistências se consistem não só na necessidade de “agrupamento” de produtos similares e com a mesma denominação, mas também na ausência de registro de uma enorme quantidade de cupons e notas fiscais.

Sustentou que a exigência fiscal é nula de pleno direito, por insegurança na determinação da infração e na apuração da base de cálculo, conforme determina o art. 18, inciso IV, “a”, do RPAF. Acrescenta que, considerando que o “agrupamento”, determinado pela JJF e previsto na Portaria nº 445/98, não foi realizado, resta caracterizado também o cerceamento do direito de defesa, com ofensa ao mesmo at. 18, inciso II, do RPAF.

Passo a examinar a nulidade arguida.

Entendo que não deve prosperar a pretensão defensiva. Conforme consignado acima, na defesa inicial e manifestação posterior o autuado em momento algum arguiu a nulidade, muito pelo contrário, materialmente, reconheceu a procedência parcial da infração, e também materialmente, apontou possíveis inconsistências entre o seu levantamento e o levantamento do autuante, o que culminou na realização de diligência, por solicitação desta JJF, para que fosse realizada uma revisão fiscal.

A alegação quanto ao levantamento ter sido realizado com base em arquivos magnéticos contendo inconsistências, a meu ver não pode prosperar.

Isso porque, conforme esclarecido pelo autuante e consta dos autos, em decorrência de diversas inconsistências detectadas nos arquivos Sinetgra do autuado, relativos aos exercícios de 2011 e 2012, foi o contribuinte intimado a corrigi-los em 24/02/2014 conforme listagens diagnosticadas, fls. 09 a 13, e em 24/04/2014, fls. 15 a 20, antes da realização de qualquer roteiro de auditoria. Esclareceu o autuante que entre as omissões de registros obrigatórios, estavam justamente os Reg. 74, relativos aos inventários (estoques) iniciais e finais de 2011 e 2012, cujo suprimento só ocorreu 45 (quarenta e cinco) dias após as respectivas intimações. Portanto, somente após uma prorrogação de 15 (quinze) dias além dos prazos legais iniciais, as informações foram recepcionadas e cotejadas com as existentes nos respectivos livros de inventários dos períodos considerados, mostrando-se consistentes. Por conseguinte, não procede a alegação que os levantamentos dos estoques se basearam em inventários inconsistentes, mesmo porque, as omissões e informações inconsistentes fornecidas inicialmente, foram objeto de intimação para correção, sendo dado um prazo mais que suficiente para as devidas correções.

Dessa forma, não procede a arguição de nulidade sob esse fundamento.

Quanto à arguição atinente ao agrupamento, vale observar que esta JJF, em face das alegações defensivas e na busca da verdade material, solicitou que fosse verificado e analisado pelo diligenciador se, além do agrupamento de produtos realizado pelo autuante, procedia à alegação defensiva de necessidade de agrupamento de códigos de produtos com a mesma descrição, diferenciando-se apenas uma da outra num ponto, espaço ou barra, assim como, produtos iguais com voltagem diferente, o que segundo diz, ocasionou distorções no estoque, conforme exemplificou.

Também foi solicitado que, após as verificações e análises acima referidas, deveria o diligenciador, se fosse o caso, elaborar novos demonstrativos com as correções e ajustes que se fizessem necessários, considerando os agrupamentos que porventura não tivessem sido feitos pelo autuante e fossem necessários para a correta apuração do estoque, assim como as notas fiscais de entradas e saídas aduzidas pelo autuado.

O diligenciador cumpriu a diligência. Os agrupamentos necessários foram feitos. Desse modo, descabe também a alegação defensiva quanto a este tópico.

Cabe observar que a alegação defensiva atinente ao agrupamento do produto P00175 SPLIT LG 9000 COND - aparelho “SPLIT” -, no sentido de que é comercializado em conjunto com o produto P00174 (EVAPORADOR E CONDENSADOR), sendo que estes produtos são adquiridos e vendidos juntos, não se sustenta.

Isso porque, o próprio autuado ao vender os produtos acima referidos emite o documento fiscal sem o agrupamento pretendido, ou seja, identifica cada produto por código e descrição específico, conforme se verifica nas notas fiscais de saídas emitidas pelo autuado acostadas aos autos. A título de exemplo menciono a Nota Fiscal Eletrônica nº 003.269, Série 001, emitida pelo autuado em 29/03/2011, na qual consta separadamente nos campos “CÓDIGO DO PRODUTO” e “DESCRIÇÃO DO PRODUTO/SERVIÇO” os códigos P00175, P00174 e 020195 e as respectivas descrições dos produtos vendidos, no caso SPLITLG 9000 COND, SPLIT LG 9000 EVAP, SUPORTE SPL COND450mm+KIT FIX.

Quanto à alegação defensiva atinente ao produto código 72547 – Compressor DANFOSS MTZ50-3, no sentido de que a movimentação constante do Auto de Infração e o lançamento no seu próprio Livro Registro de Inventário se encontram equivocados, por certo que a declaração prestada pelo fornecedor do produto trazida aos autos pelo impugnante, não pode ser considerada como elemento probante de sua alegação. Os registros existentes, inclusive após a retificação dos arquivos magnéticos pelo autuado, apontam a movimentação

constante no Auto de Infração.

Verifico que a Fiscalização oportunizou ao autuado a correção de inconsistências detectadas nos arquivos SINTEGRA - conforme consignado pelo autuante -, antes da realização do roteiro de auditoria de estoque, não procedendo à alegação defensiva de existência de documentos fiscais não considerados no levantamento.

Diante do exposto, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses prevista no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Quanto ao mérito, cabe consignar que esta JJF, na sessão de julgamento, acolheu os argumentos apresentados pelo ilustre patrono do autuado, quando da sustentação oral, inclusive convertendo o feito em diligência para que o autuante analisasse todas as planilhas e demais elementos trazidos pelo impugnante.

O autuante detalhadamente apresentou análise sobre as inúmeras notas fiscais mencionadas pelo impugnante, esclarecendo numa longa abordagem a situação de cada uma, conforme consta no relatório, análise esta cujo resultado acolho inteiramente.

Quanto às demais alegações defensivas, também não as acolho, haja vista que o impugnante aduziu que o autuante não demonstrou que não houve repercussão na movimentação do estoque, entretanto, conforme as diligências solicitadas por esta JJF, o autuante assim considerou naquelas situações em que a movimentação repercutiu.

As questões atinentes ao agrupamento já foram objeto de análise acima, restando claro que não procedem.

A alegação referente aos CFOPS 6915, 2916, 1915, 5915, 1916, no sentido de que se a auditoria demonstrasse a exclusão de todas as notas desse CFOPs, nas entradas, saídas e retornos, o que não aconteceu no presente caso, não pode elidir a autuação. Os documentos fiscais atinentes aos referidos CFOPs se encontram na posse do contribuinte. Bastaria que apontasse a afetação na movimentação de estoque, o que não fez. Da mesma forma quanto ao CFOP 8925.

Não vislumbro no levantamento movimentações que pudesse determinar a aplicação da proporcionalidade prevista pela Instrução Normativa nº 56/2007.

Quanto à alegação do autuado de que não vem poupando esforços para chegar a uma apuração segura, tendo encontrado, no decorrer da realização da diligência, as situações, cujas explicações sequer foram aceitas pelo autuante, também coaduno com a não aceitação por parte do autuante.

Entendo que a afirmativa do impugnante de que, em relação às devidas retificações, nos livros fiscais e arquivos magnéticos visando não projetar o problema para o futuro, irá providenciar, dentro das normas legais aplicáveis, não pode repercutir no levantamento levado a efeito pelo autuante, haja vista que foi oportunizado ao autuado desde o início da ação fiscal tomar as providências que diz irá tomar agora para não projetar problema para o futuro.

Diante do exposto, a infração 1 é parcialmente subsistente no valor de R\$386.298,57, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante no CD, de fl. 304 (Exercício de 2011 no valor de R\$199.675,83 + exercício de 2012 no valor de R\$186.622,74).

Quanto à infração 2, conforme já consignado, o autuado reconheceu o cometimento da conduta infracional que lhe foi imputada neste item da autuação, sendo, desse modo, subsistente.

Por fim, quanto ao pedido do impugnante para as notificações/intimações atinentes ao presente feito sejam encaminhadas ao endereço que indica, consigno que nada obsta o atendimento do pedido pelo órgão competente da repartição fazendária, entretanto, saliento que o não atendimento não implica em nulidade, haja vista que as formas de intimação ao contribuinte se encontram previstas no art. 108 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

O sujeito passivo, inconformado com a Decisão de primeira instância, interpôs Recurso Voluntário, inicialmente reiterando o pedido para que, sob pena de nulidade, todas as intimações e relativas ao feito sejam encaminhadas aos advogados regularmente constituídos.

Preliminarmente, suscita a nulidade da “intimação acerca da diligência de fls. 287, cuja repetida solicitação não foi atendida, gerando prejuízos à defesa”, bem como de todos os atos posteriores, inclusive a Decisão de Primeira Instância, tendo em vista que “os advogados, representantes do autuado no PAF, somente tomaram conhecimento da intimação dia 27/11/15 (uma sexta-feira), ficando com o prazo tolhido em 50%”.

Pede a nulidade, ainda, “da autuação, ou Decisão recorrida, por cerceamento do direito de defesa”, ao argumento de que, apesar de a Junta de Julgamento Fiscal ter determinado que a diligência fosse feita por fiscal estranho ao feito, a Inspetoria Fazendária enviou os autos ao

próprio autuante (fls. 205, 206 e 209), “*inaugurando assim uma série de atos em detrimento do Contribuinte*”.

Observa que o órgão julgador de piso poderia, até mesmo de ofício, ter decretado a nulidade da “revisão”, porém não o fez.

Informa os procedimentos adotados pelo autuante na diligência, entendendo que teriam desvirtuado todo o processo administrativo fiscal, da seguinte forma:

1. “*como o PAF foi encaminhado ao próprio autuante, a condução da diligência foi inteiramente desvirtuada*”, pois “*não foi feita a “revisão” determinada, “a partir do agrupamento”, impedindo o Julgador de conhecer o resultado desse procedimento e, notadamente, prejudicando a defesa. Se a solicitação tivesse sido atendida, o Julgador poderia até descartar o resultado, mas conheceria os dados que o autuado desejou revelar. Aliás, a próprio autuado forneceu os elementos suficientes para que se apresentassem resultados “com agrupamento”, os quais foram desprezados. A própria Câmara, não conhece os resultados que o autuado buscou apresentar, e certamente não alcançará a prova que tanto se procurou produzir*”;
2. “*o autuante se utilizou de critérios próprios, e ilegais, para mensurar a base de cálculo; que haveria que se aplicar o “agrupamento ou proporcionalidade sobre operações que, segundo o próprio fiscal, “não movimentam estoques. A despeito disso tudo, e do expresso pedido da JJF, o Contribuinte teve negado, por omissão injustificada do autuante, o direito de conhecer o resultado da auditoria com o agrupamento defendido*”;
3. “*o Sr. Autuante não tem conhecimento técnico, operacional e comercial, na atividade do autuado, para definir quais seriam as mercadorias que poderiam ou não serem “assemelhadas”. O autuado, especialista no setor, não teve suas justificativas, para agrupar, examinadas de forma minimamente técnica. Bastou a palavra da autoridade fiscal, tecnicamente inane, contra todo o contexto de sua atividade fim, para que se definisse aquilo que poderia ou não ser agrupado. Inaceitável!!!!*”;
4. a própria Junta de Julgamento Fiscal deixou “*claro, por um lado, a possibilidade do agrupamento e que esse é o método seguro e que deveria ter sido adotado, na forma e especificações da defesa. Por outro lado, demonstra que o autuante definiu, de acordo com sua conveniência, quais as mercadorias que poderiam ser agrupadas e, principalmente, quais aquelas sobre as quais o mesmo procedimento estaria “vedado*””;
5. “*foi a JJF que determinou diligência visando a verificação dos elementos ofertados pelo Contribuinte, mandando ainda, conforme item 2 de fls. 287, que, “a partir do agrupamento de produtos”, se revisasse o lançamento, o que não foi realizado*”;

Acrescenta que “*tudo o quanto discutido pelo Contribuinte, corroborado em seus demonstrativos apresentados, decorre da utilização, pela Fiscalização, de dados magnéticos inconsistentes (SINTEGRA com diversas inconsistências)*”, sendo “*evidente que a auditoria de estoques, tendo como base dados inconsistentes, haveria que encontrar enormes diferenças*”.

Aduz que deveria ser renovado todo o procedimento fiscal, pois “*não foi realizado de forma isenta e, pelo contrário, seguiu uma metodologia “particular” e ilegal*”, conduta “*demonstrada a partir da introdução de fls. 291, onde o Senhor Autuante registra indignação contra o “agrupamento”, não se importando com a regra é no sentido de que seja esse procedimento considerado nas auditorias de estoques, como determina o ar. 3º, inciso III, da Portaria 445/98*”.

Alega que “*na contramão do quanto pregado pelo autuante, o agrupamento é a REGRA, não se aplicando somente quando não houver exata especificação dos produtos nas notas de compras e vendas. Deve ser aplicado, conforme acima transcrita, diante da simples existência de mais de uma denominação ou quando as mercadorias comportem subgrupos ou referências diversas*”.

Salienta que “*o autuante, por outro lado, se preocupa em fazer acusações incabíveis contra a*

empresa e seu representante legal no PAF, chegando a dizer que o autuado não tem critérios técnicos plausíveis e “aceitáveis” para fazer valer o agrupamento”.

Conclui que “a exigência fiscal é NULA DE PLANO DIREITO, por insegurança na determinação da infração e na apuração da base de cálculo, conforme determina o art. 18, inciso IV, “a”, do RPAF”, e “considerando que o “agrupamento”, determinado pela JJF e previsto na Portaria 445/98, não foi realizado, resta caracterizado também o cerceamento do direito de defesa, com ofensa ao mesmo at. 18, inciso II, do RPAF”. Transcreve o Acórdão CJF nº 0237-11/15 em que o Colegiado determinou o agrupamento de produtos em levantamento quantitativo por espécie de mercadorias.

Prossegue dizendo que “a auditoria de estoques não poderia ter sido realizada antes da completa retificação das inconsistências que maculavam do SINTEGRA”, lembrando que “ao Fisco cumpre o papel de auditar os arquivos magnéticos recebidos e, inclusive, fazendo cruzamento de dados relativos a notas emitidas por terceiros (inclusive eletrônicas), determinar as devidas retificações, sobre pena de pesada multa, conforme art. 42, inciso XIII-A, da Lei 7.014/96”.

Alega que, “no caso em tela, de acordo com expressas manifestações do autuante, fls. 291 a 300, os arquivos foram apresentados mediante extrema pressão, com inúmeras inconsistências que não foram avaliadas, especialmente nos estoques “declarados em meio magnético” (porém sem LRI no PAF)”.

Ressalta que, “de acordo com o que consta às fls. 13 do PAF, o Reg. 74 se encontrava “zerado”. Tanto que, às fls. 15, e conforme informação acima transcrita, foi expedida uma “intimação específica”, assinada dia 24/04/14, solicitado alguns “registros”, dentre eles o (74 – Inventário). Isso mostra que o autuado “correu” para atender à solicitação da fiscalização. Entretanto, o atendimento foi precário, pois os dados foram registrados, em meio magnético, com inconsistências e vícios flagrantes”.

Reitera que, “na contramão de suas próprias alegações, o autuante não fez o confronto dos dados magnéticos apresentados, sejam notas fiscais ou inventários, com a base documental física”, já que “as notas fiscais não foram solicitadas, não consta do PAF o LRI e não foi expedida nova intimação para as retificações que, então, se faziam necessárias”.

Observa que, “em situações diversas, o CONSEF não aceita a adoção da auditoria de estoques, quando existem suspeitas de irregularidades dos dados magnéticos utilizados, os quais, vale repetir, não foram confrontados com a base física. Nesses casos, haveria que se aplicar a multa formal prevista em lei e se adotar outro roteiro de fiscalização”. Apresenta julgados do CONSEF para corroborar suas assertivas (Acórdãos JJF Nº 0159-02/12, CJF Nº 0183-12/09 e JJF Nº 0187-01/16).

Por fim, requer “a nulidade da autuação, ou, ao menos, de todos os atos praticados a partir das fls. 207 (inclusive) ou 288 (inclusive), a fim de que seja renovada, a cargo de fiscal estranho ao feito, a diligência de fls. 287, com revisão consignada no seu item 2, seguindo o PAF com regular instrução e novo julgamento de primeira instância”.

No mérito, argumenta que “não se pode chegar a uma conclusão segura sem levar em consideração a necessidade de completa retificação dos arquivos magnéticos, assim como o agrupamento das mercadorias”, “não obstante, ficam impugnadas as argumentações do autuante, de fls. 291 a 300, assim como os novos demonstrativos de débitos apresentados e as conclusões da JJF”.

Apresenta, ainda, as seguintes alegações:

- 1. “referente a CFOPS 6915, 2916, 1915, 5915, 1916, o autuante alega que não possuem repercussão na movimentação e na auditoria, sem, contudo, justificar tecnicamente sua afirmação”, o que poderia acontecer “se a auditoria demonstrasse a exclusão de todas as notas desse CFOPS, nas entradas, saídas e retornos, o que não aconteceu no presente caso” e, “além disso, se tais operações não repercutem na movimentação, haveria que se fazer uma “proporção” das*

mesma, para dedução da base de cálculo, como se faz em relação, por exemplo, às operações não tributadas”;

2. ao informar que é “irrelevante a destinação da mercadoria”, interessando apenas a sua repercussão no estoque e no crédito tributário, o autuante deixou claro que usou “dois pesos e duas medidas”, sempre objetivando prejudicar o autuado, já que as demais operações, tais como transferências e remessas diversas, que podem ocorrer até com “suspensão do ICMS”, certamente haveriam que ser consideradas, ou ao menos integralmente anuladas (com a comprovação e exclusão de todas as “idas e vindas”);
3. *“como as diligências do PAF sempre estiveram a cargo do autuante e a ele não interessam os pontos levantados pela defesa, toda a instrução foi prejudicada”;*
4. *“no que tange aos demais reclames do autuado, como por exemplo em relação ao código 114809, o autuante atesta, às fls. 293, que o trabalho foi realizado com base nos elementos apresentados no início da ação fiscal, sem a retificação dos meios físicos e eletrônicos. Idem para o produto código 114604 e 114605, fls. 294 (a numeração parece repetida). Assim, mais uma vez atesta a impropriedade da apuração, realizada que foi tendo como escopo base de dados viciada e que não possui lastro documental, nem na real movimentação da empresa”;*
5. *“as inanes alegações do autuante, únicas valoradas pela JJF, são as mesmas”, notadamente tentando se sustentar na “ausência de movimentação de estoques” e utilização dos dados inicialmente entregues, os quais, como já abordado e comprovado, possuíam incontáveis inconsistências; ademais, “apesar de permanecer a apuração completamente viciada, o autuante ao menos deveria considerar todos os CFOPS, seja para fins de correta apuração da movimentação, seja para se fazer uma “proporção” de movimentações não sujeitas a tributação, aplicando-se ao caso os conceitos da IN 56”;*
6. A Junta de Julgamento Fiscal “tratou as questões sempre em detrimento do Contribuinte, apesar das evidências em seu favor, e, ao menos, as seguintes situações precisam de uma análise isenta:

a) **2011** –

- produto código 72547 – Compressor DANFOSS MTZ50-3 – a movimentação constante do Auto de Infração e o lançamento no livro Registro de Inventário se encontram equivocados.
- produto código 114604 – TUBO FLEXIVEL 3/8 – no SINTEGRA não foram lançadas as saídas cuja relação segue anexa (CUPONS);
- produto P00175 SPLIT LG 9000 COND – tratando-se de aparelho “SPLIT”, é comercializado em conjunto com o produto P00174 (EVAPORADOR E CONDENSADOR) e, assim, deveriam ter sido agrupados;

- b) **2012** – *“além dos vícios já discutidos na apuração, são várias as situações identificadas no decurso do PAF, que não obtiveram a atenção do autuante e da JJF. São muitas as notas e cupons não computados, seja porque o Fiscal não quis considerar, seja porque não foram registrados no SINTEGRA. São inúmeras as situações, tendo o autuado optado por identificar cada uma delas nos demonstrativos anexados ao processo, os quais não foram sequer examinados (que dirá combatidos). Vale destaque para os produtos códigos P17658 e P17659, objetos de “saída para armazenagem””.*

Finaliza aduzindo que “são muitos os vícios e inconsistências que maculam a autuação” e não é sua pretensão tumultuar o PAF, mas apenas ver aplicadas as normas processuais pertinentes e, se ultrapassadas as questões prejudiciais, que seja a base de cálculo apurada de forma lícita e segura.

Por último, requer a “completa revisão da auditoria, por fiscal estranho ao feito (como inicialmente pedido pela JJF – fls. 205/206), devendo ser levado a efeito, de forma técnica e

isenta, o agrupamento dos produtos similares (como também já orientado pela JJF e não atendido), assim como as apurações e conferências baseadas nos demonstrativos e documentos apresentados pela defesa (que sequer foram analisados)”. (sic)

Pede, também, ouvida a PGE/PROFIS, “*que seja decretada a NULIDADE da autuação (item 01) ou da Decisão recorrida, ou a NULIDADE dos atos praticados a partir das fls. 207 ou 288 (inclusive ambas), com a regular instrução do PAF e novo julgamento*”.

Caso ultrapassadas todas as questões prejudiciais, no mérito, requer, “*ao menos, que sejam atendidos os anseios expressados nos itens 23 a 30, acima, ainda que mediante revisão, por Fiscal entranho ao feito, em relação aos pontos específicos abordados*”.

VOTO

Na infração 1 o contribuinte foi acusado de falta de recolhimento do ICMS, apurado após a realização de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em que se constatarem diferenças de entradas e saídas de mercadorias, nos exercícios de 2011 e 2012, exigindo-se o imposto sobre a diferença de maior valor monetário, as saídas. O roteiro de estoques foi feito com base nos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte após ter sido intimado pela fiscalização.

O recorrente, preliminarmente, suscitou a nulidade da “*intimação acerca da diligência de fls. 287, cuja repetida solicitação não foi atendida, gerando prejuízos à defesa*”, bem como de todos os atos posteriores, inclusive a Decisão de primeira instância, tendo em vista que “*os advogados, representantes do autuado no PAF, somente tomaram conhecimento da intimação dia 27/11/15 (uma sexta-feira), ficando com o prazo tolhido em 50%*”.

Verifico que, em sua manifestação acerca do resultado da diligência, anexada às 311 a 321, o sujeito passivo realmente alegou que os advogados legalmente constituídos “*somente tomaram conhecimento da intimação dia 27/11/15 (uma sexta-feira), ficando com o prazo tolhido em 50%*”, o que teria gerado prejuízos à defesa. Veja-se o teor da manifestação do autuado:

01. Ratificando o pedido de que, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais do autuado na ação administrativa, tudo conforme poderes especificados na procuração anexa ao PAF, **de logo informa que tal procedimento não foi atendido no caso da intimação ora respondida, gerando prejuízos à defesa. Os advogados, representantes do autuado no PAF, somente tomaram conhecimento da intimação dia 27/11/15 (uma sexta-feira), ficando com o prazo tolhido em 50%.** Não obstante, como a diligência provocou uma reação no autuado, que procurou rever toda a sua movimentação de estoques, se pode afirmar que o trabalho fiscal é NULO ou IMPROCEDENTE, eis que: o roteiro de auditoria escolhido não deveria ter sido utilizado; o autuante se utilizou de critérios próprio, e ilegais, para mensurar a base de cálculo; haveria que se aplicar o “agrupamento ou proporcionalidade sobre operações que, segundo o próprio fiscal, “não movimentam estoques”; existem erros, decorrentes da não considerações de inúmeros cupons fiscais e notas (problemas no SINTEGRA); os inventários, comprovadamente, foram lançados com quantidades erradas. Diante de todo esse quadro traçado, o autuado tentará expor e esclarecer suas razões. (grifos não originais)

Todavia, da leitura do teor do voto da Decisão recorrida, constato que, em nenhum momento, a Junta de Julgamento Fiscal se referiu ao argumento trazido pelo contribuinte, de cerceamento ao seu direito de defesa pelo fato de seus advogados terem sido intimados com atraso, acerca da diligência realizada pelo autuante. Vejamos o excerto do voto da Decisão de piso que analisou as alegações de nulidade apresentadas pelo autuado quando se manifestou sobre o resultado da diligência:

VOTO

(...)

“O impugnante cientificado do resultado da diligência, a partir daí, alegou que, como a diligência lhe provocou uma reação, que procurou rever toda a sua movimentação de estoques, pode afirmar que o trabalho fiscal é nulo ou improcedente, haja vista que: o roteiro de auditoria escolhido não deveria ter sido utilizado; o autuante se utilizou de critérios próprios, e ilegais, para mensurar a base de cálculo; haveria que se aplicar o “agrupamento ou proporcionalidade” sobre operações que, segundo o próprio fiscal, “não movimentam

estoques”; existem erros, decorrentes da não consideração de inúmeros cupons fiscais e notas (problemas no SINTEGRA); os inventários, comprovadamente, foram lançados com quantidades erradas.

Alegou que a JJF determinou diligência visando à verificação dos elementos ofertados, mandando ainda, conforme item 2 de fls. 287, que, “a partir do agrupamento de produtos”, se revisasse o lançamento. Alegou que tudo o quanto discutido, corroborado em seus demonstrativos, decorre da utilização, pela Fiscalização, de dados magnéticos inconsistentes, no caso SINTEGRA com diversas inconsistências. Diz ser evidente que a auditoria de estoques, tendo como base dados inconsistentes, haveria que encontrar enormes diferenças. Alega ainda que as inconsistências se consistem não só na necessidade de “agrupamento” de produtos similares e com a mesma denominação, mas também na ausência de registro de uma enorme quantidade de cupons e notas fiscais.

Sustentou que a exigência fiscal é nula de pleno direito, por insegurança na determinação da infração e na apuração da base de cálculo, conforme determina o art. 18, inciso IV, “a”, do RPAF. Acrescenta que, considerando que o “agrupamento”, determinado pela JJF e previsto na Portaria nº 445/98, não foi realizado, resta caracterizado também o cerceamento do direito de defesa, com ofensa ao mesmo at. 18, inciso II, do RPAF.

Passo a examinar a nulidade arguida.

Entendo que não deve prosperar a pretensão defensiva. Conforme consignado acima, na defesa inicial e manifestação posterior o autuado em momento algum arguiu a nulidade, muito pelo contrário, materialmente, reconheceu a procedência parcial da infração, e também materialmente, apontou possíveis inconsistências entre o seu levantamento e o levantamento do autuante, o que culminou na realização de diligência, por solicitação desta JJF, para que fosse realizada uma revisão fiscal.

A alegação quanto ao levantamento ter sido realizado com base em arquivos magnéticos contendo inconsistências, a meu ver não pode prosperar.

Isso porque, conforme esclarecido pelo autuante e consta dos autos, em decorrência de diversas inconsistências detectadas nos arquivos Sintegra do autuado, relativos aos exercícios de 2011 e 2012, foi o contribuinte intimado a corrigi-los em 24/02/2014 conforme listagens diagnosticadas, fls. 09 a 13, e em 24/04/2014, fls. 15 a 20, antes da realização de qualquer roteiro de auditoria. Esclareceu o autuante que entre as omissões de registros obrigatórios, estavam justamente os Reg. 74, relativos aos inventários (estoques) iniciais e finais de 2011 e 2012, cujo suprimento só ocorreu 45 (quarenta e cinco) dias após as respectivas intimações. Portanto, somente após uma prorrogação de 15 (quinze) dias além dos prazos legais iniciais, as informações foram recebidas e cotejadas com as existentes nos respectivos livros de inventários dos períodos considerados, mostrando-se consistentes. Por conseguinte, não procede a alegação que os levantamentos dos estoques se basearam em inventários inconsistentes, mesmo porque, as omissões e informações inconsistentes fornecidas inicialmente, foram objeto de intimação para correção, sendo dado um prazo mais que suficiente para as devidas correções.

Dessa forma, não procede a arguição de nulidade sob esse fundamento.

Quanto à arguição atinente ao agrupamento, vale observar que esta JJF, em face das alegações defensivas e na busca da verdade material, solicitou que fosse verificado e analisado pelo diligenciador se, além do agrupamento de produtos realizado pelo autuante, procedia à alegação defensiva de necessidade de agrupamento de códigos de produtos com a mesma descrição, diferenciando-se apenas uma da outra num ponto, espaço ou barra, assim como, produtos iguais com voltagem diferente, o que segundo diz, ocasionou distorções no estoque, conforme exemplificou.

Também foi solicitado que, após as verificações e análises acima referidas, deveria o diligenciador, se fosse o caso, elaborar novos demonstrativos com as correções e ajustes que se fizessem necessários, considerando os agrupamentos que porventura não tivessem sido feitos pelo autuante e fossem necessários para a correta apuração do estoque, assim como as notas fiscais de entradas e saídas aduzidas pelo autuado.

O diligenciador cumpriu a diligência. Os agrupamentos necessários foram feitos. Desse modo, descabe também a alegação defensiva quanto a este tópico.

Cabe observar que a alegação defensiva atinente ao agrupamento do produto P00175 SPLIT LG 9000 COND - aparelho “SPLIT” -, no sentido de que é comercializado em conjunto com o produto P00174 (EVAPORADOR E CONDENSADOR), sendo que estes produtos são adquiridos e vendidos juntos, não se sustenta.

Isso porque, o próprio autuado ao vender os produtos acima referidos emite o documento fiscal sem o agrupamento pretendido, ou seja, identifica cada produto por código e descrição específico, conforme se verifica nas notas fiscais de saídas emitidas pelo autuado acostadas aos autos. A título de exemplo menciono a Nota Fiscal Eletrônica nº 003.269, Série 001, emitida pelo autuado em 29/03/2011, na qual consta separadamente nos campos “CÓDIGO DO PRODUTO” e “DESCRIÇÃO DO PRODUTO/SERVIÇO” os códigos P00175, P00174 e 020195 e as respectivas descrições dos produtos vendidos, no caso SPLITLG 9000 COND, SPLIT LG 9000 EVAP, SUPORTE SPL COND450mm+KIT FIX.

Quanto à alegação defensiva atinente ao produto código 72547 – Compressor DANFOSS MTZ50-3, no sentido de que a movimentação constante do Auto de Infração e o lançamento no seu próprio Livro Registro de Inventário se encontram equivocados, por certo que a declaração prestada pelo fornecedor do produto trazida aos autos pelo impugnante, não pode ser considerada como elemento probante de sua alegação. Os registros existentes, inclusive após a retificação dos arquivos magnéticos pelo autuado, apontam a movimentação constante no Auto de Infração.

Verifico que a Fiscalização oportunizou ao autuado a correção de inconsistências detectadas nos arquivos SINTEGRA - conforme consignado pelo autuante -, antes da realização do roteiro de auditoria de estoque, não procedendo à alegação defensiva de existência de documentos fiscais não considerados no levantamento.

Diante do exposto, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses prevista no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. (grifos não originais)

Saliento, por oportuno, que, ao final do voto da Decisão de piso, o relator consignou o seguinte: *Por fim, quanto ao **pedido do impugnante** para as notificações/intimações atinentes ao presente feito sejam encaminhadas ao endereço que indica, consigno que nada obsta o atendimento do pedido pelo órgão competente da repartição fazendária, entretanto, saliento que o não atendimento não implica em nulidade, haja vista que as formas de intimação ao contribuinte se encontram previstas no art. 108 do RPAF/99. (grifo não original)*

A Junta de Julgamento Fiscal, nesse parágrafo, estava se reportando, de forma genérica, ao pedido feito pelo contribuinte para que as intimações fossem dirigidas ao patrono constituído e não à arguição específica, contida na manifestação de fls. 311 a 321, de existência de cerceamento ao direito de defesa ao argumento de que os advogados haviam sido intimados com atraso, isto é, por terem sido notificados em 27/11/16, dispuseram de apenas 50% do prazo de 10 (dez) dias que havia sido concedido na solicitação de diligência.

Sendo assim, vislumbro, na Decisão recorrida, vício de ordem formal, maculando-a de nulidade, haja vista que implicou cerceamento ao direito de defesa, na medida em que deixou de apreciar argumento de nulidade apresentado pelo impugnante.

Em consequência, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para julgar NULA a Decisão recorrida. Os autos devem retornar à para novo julgamento, em especial, a apreciação de todos os argumentos relativos à nulidade do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário interposto e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 140779.0001/14-2, lavrado contra **DEVIDES & VIANA LTDA. (REFRIGERAÇÃO PARANÁ)**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para novo julgamento, em especial, a apreciação de todos os argumentos relativos à nulidade do Auto de Infração.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de abril de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS