

PROCESSO	- A. I. N° 232943.0004/13-1
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DAIRY PARTNERS AMÉRICAS MANUFATURING BRASIL LTDA. (DPA BRASIL LTDA.)
RECORRIDOS	- DAIRY PARTNERS AMÉRICAS MANUFATURING BRASIL LTDA. (DPA BRASIL LTDA.) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JJF n° 0061-01/17
ORIGEM	- INFAS ITABUNA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 19/07/2018

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0166-12/18

**EMENTA:** ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE TRANSPARÊNCIA NO DEMONSTRATIVO DE DÉBITO ELABORADO PELA JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. Comprovado prejuízo ao contribuinte no seu direito ao contraditório, por não ter a Decisão de primeiro grau esclarecido quanto as operações que foram excluídas da exigência fiscal na infração 3. Devolva-se o PAF ao órgão prolator da Decisão reformada para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Declarada a *Nulidade* da Decisão recorrida. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Ofício contra Decisão proferida pela 1ª JJF, através do Acórdão n° 0061-01/17, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 23/12/2013, no valor histórico de R\$313.425,60, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. *Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento no mês de dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$36.424,80, acrescido da multa de 60%. Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que se refere à falta de recolhimento do ICMS relativo à importação de bem para compor o ativo imobilizado do estabelecimento, conforme Nota Fiscal n. 001.769 (DANFE anexo);*
2. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a maio de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$11.324,80, acrescido da multa de 60%. Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que se refere à aquisição de materiais para uso e consumo do estabelecimento, conforme cópias do livro Registro de Apuração do ICMS anexadas;*
3. *Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro, novembro e dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$265.676,00, acrescido da multa de 60%.*

Por unanimidade, os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual entenderam por bem julgar Procedente em Parte o Auto de Infração, reduzindo o valor original de R\$313.426,60 para R\$48.533,97, conforme voto abaixo transrito:

### VOTO

*Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de três infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo que todas foram impugnadas.*

*Inicialmente, cabe observar que, em face das alegações defensivas, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligencia em duas oportunidades à Inspeção Fazendária de Itabuna, a fim de que o autuado fizesse a juntada aos autos do demonstrativo fiscal atinente à infração 2, especificando as Notas Fiscais, seus emitentes, datas, valores e espécies de mercadorias adquiridas. Foi solicitado, também, que, uma vez atendida à providência do tópico anterior, a repartição fazendária fornecesse ao contribuinte, mediante recibo, cópia do termo de diligência; cópia da informação fiscal prestada em atendimento à diligência, bem como cópia dos elementos acostados pelo diligenciador, e que na intimação do sujeito passivo deveria ser declarado de forma expressa que ficava reaberto o prazo de defesa de 60 dias.*

*A diligência foi cumprida. O autuado recebeu todos os elementos que compõem a infração 2, inclusive foi*

cientificado da reabertura do prazo de defesa de 60 dias, portanto, pode exercer plenamente o seu direito de ampla defesa e do contraditório, como de fato fez.

Diante disso, descabe falar-se em cerceamento de direito defesa e, consequentemente, em nulidade da infração, conforme arguido pelo impugnante.

Não acolho, portanto, a nulidade arguida.

No mérito, relativamente à infração 1, observo que os itens descritos no Extrato da Declaração de Importação (fl. 226 dos autos) onde consta a “Descrição Detalhada da Mercadoria” são os seguintes:

Item 01 - 01 Estação para Descarregamento de Sacos a Granel de Matéria Prima em Pó.

Item 02 - 01 Estação para Descarregamento de Sacos a Granel de Matéria Prima em Pó.

Item 03 – 01 Rosca Transportadora para Matéria Prima em Pó.

Já na Nota Fiscal de entrada emitida pelo autuado de nº 1.769 - objeto da autuação - encontram-se descritos os seguintes itens:

Item 01 – 01 Bulk Bag Discharger

Item 02 – 01 Bulk Bag Discharger

Item 03 – 01 Bulk Bag Discharger

Certamente que a explicação dada pelo impugnante, no sentido de que a descrição no Extrato da Declaração de Importação está no idioma inglês “Bulk Bag Discharger” e, por este motivo, o autuante concluiu que tais itens são diferentes dos itens constantes na GNRE, haja vista que a tradução dos referidos itens significa ‘Descarregador de sacos em Massa’, ou seja, que se trata, efetivamente, de uma “Estação para Descarregamento de Sacos a Granel de Matéria Prima em Pó”, por si só não elidiria a autuação.

Isto porque, a referida Nota Fiscal nº 1769 foi emitida em desconformidade com a descrição das mercadorias constantes no Extrato da Declaração de Importação, pois descreveu tudo como se fosse “Bulk Bag Discharger”, ou seja, “Estação para Descarregamento de Sacos a Granel de Matéria Prima em Pó”, enquanto o item 03 do referido Extrato da Declaração de Importação encontra-se descrito como “Rosca Transportadora para Matéria Prima em Pó”.

Entretanto, verifica-se que o pagamento efetuado pelo autuado, relativo à Nota Fiscal nº 1769, no valor de R\$41.289,15, comprovado nos autos, diz respeito à mesma Declaração de Importação, conforme registrado no campo “observação” da referida Nota Fiscal.

Ou seja, mesmo havendo uma divergência entre os produtos descritos na Nota Fiscal nº 1769 e a DI, percebe-se que houve apenas um equívoco na descrição das mercadorias quando da emissão da referida Nota Fiscal, descabendo, desse modo, a exigência de pagamento do imposto conforme a autuação.

Diante disso, esta infração é insubstancial.

Quanto à infração 2, observo que o próprio autuante na Informação Fiscal, acertadamente, excluiu do levantamento as Notas Fiscais nºs 621, 851, 1033, 597 e 759, o que resultou na redução desta infração para o valor de ICMS exigido de R\$79,78, conforme demonstrativo que elaborou.

Diante disso, esta infração é parcialmente subsistente no valor de ICMS exigido de R\$79,78.

No tocante à infração 3, observo que diz respeito à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. O período objeto da autuação abrange os meses de fevereiro, novembro e dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2012.

O impugnante alega que efetuou o pagamento do ICMS exigido neste item da autuação. No intuito de comprovar o alegado colacionou aos autos cópia dos seus livros Registro de Apuração do ICMS referentes aos períodos de 08/2010 e 12/2010. (fls.232 a 256), no qual consta o recolhimento total do ICMS diferencial de alíquota atinente aos referidos períodos. Também trouxe aos autos cópia dos seus livros Registro de Entrada, (fls. 296 a 321), contendo o lançamento de cada uma das notas fiscais que compõem o recolhimento do ICMS diferencial de alíquota dos mencionados períodos.

Esclareceu o impugnante que acostou os livros Registro de Entrada em papel, referentes aos períodos de 08/2010 e 12/2010. Quanto aos demais períodos objeto da autuação acostou CD com os arquivos magnéticos de entrada, uma vez que já estava obrigado a utilização do SPED.

Salientou o impugnante que, para facilitar a análise das notas fiscais que compuseram o valor recolhido a título de diferencial de alíquota, em cada um dos períodos, juntou planilha com a composição de cada uma das notas fiscais (doc. 08), demonstrando que as notas fiscais objeto da autuação, entraram na composição do valor lançado no livro Registro de Apuração do ICMS a título de diferencial de alíquota.

A análise das Notas Fiscais arroladas neste item da autuação, constantes do “DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS”, juntamente com os registros constantes na escrituração fiscal do autuado - tanto nos livros em papel quanto no SPED - permite concluir que parte substancial das referidas Notas Fiscais, efetivamente, foi regularmente escriturada e também objeto de apuração, portanto,

descabendo a exigência fiscal no que tange a estes documentos fiscais.

Assim é que, entre as Notas Fiscais relacionadas no “DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS”, somente não foram registradas e, consequentemente, objeto de apuração do ICMS as Notas Fiscais abaixo indicadas, na forma do referido demonstrativo:

Relevante observar que, a análise realizada considerou os valores totais do “DEMONSTRATIVO DO VALOR TOTAL DOS AJUSTES DE DÉBITO”, referente à apuração do ICMS DIFAL uso/consumo, constantes no registro fiscal da apuração do ICMS valores consolidados do registro de entradas de mercadorias CFOP 2556 uso/consumo, conforme CD acostado aos autos.

Diante disso, esta infração é parcialmente subsistente no valor de ICMS devido de R\$48.454,19, conforme demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA
FEV/2010	238,92	238,92	60%
NOV/2010	9.607,25	7.353,59	60%
DEZ/2010	42.825,84	30.120,45	60%
JAN/2012	5.519,60	0,00	60%
FEV/2012	13.529,20	9.386,60	60%
MAR/2012	26.992,93	0,00	60%
ABR/2012	16.345,66	0,00	60%
MAI/2012	35.691,68	0,00	60%
JUN/2012	25.288,58	0,00	60%
JUL/2012	12.234,89	0,00	60%
AGO/2012	12.515,61	0,00	60%
SET/2012	11.549,62	0,00	60%
OUT/2012	18.967,79	0,00	60%
NOV/2012	28.602,76	0,00	60%
DEZ/2012	5.765,67	1.354,63	60%
<b>TOTAL</b>	<b>265.676,00</b>	<b>48.454,19</b>	

Por derradeiro, quanto ao pedido formulado pelo impugnante no sentido de que, em todos os casos, as intimações relativas ao presente processo sejam feitas via postal no endereço Avenida Chucri Zaidan, 246, Vila Cordeiro, São Paulo – Capital, CEP: 04583-110, e, cumulativamente, no de seus procuradores, Dr. Fernando Antonio Cavanha Gaia (OAB/SP nº 58.079) e Dr. Enio Zaha (OAB/SP nº 123.946), na Rua da Quitanda, 126, Centro, São Paulo/SP, CEP 01012-010, cumpre observar que inexiste óbice para que órgão competente da repartição fazendária atenda a solicitação, entretanto, ressalto, que o não atendimento não implica em nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação ao contribuinte são aquelas previstas no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração. Assim, o montante do débito é no valor de R\$48.533,97.”

A 1ª JJF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, recorre de ofício da decisão proferida através do Acordão nº **0061-01/17**.

Inconformada com a decisão proferida pela 1ªJJF a recorrente interpôs Recurso Voluntário especificamente quanto a infração 3, alegando cerceamento do direito de defesa conforme alegações abaixo.

Entende a recorrente que na primeira instância administrativa, para boa parte das notas autuadas, foi reconhecido que houve o recolhimento do diferencial de alíquota para a maior parte das operações, contudo, a Junta de Julgamento não apresentou o demonstrativo consolidado das operações que foram excluídas, ficando prejudicado a identificação das notas fiscais que foram ali consideradas, cerceando o seu direito de defesa.

Ressalta a recorrente que a Junta de Julgamento, ao fazer a recomposição do auto de infração, cancelando boa parte do valor cobrado, deveria ter apresentando demonstrativo consolidado das operações que não foram consideradas, para que pudesse ter conhecimento da imputação que lhe é feita e assim, verificar se procede o demonstrativo e então apresentar os seus argumentos de defesa no Recurso Voluntário.

Sinaliza que, ao não proceder com a juntada ao processo administrativo do referido demonstrativo, a d. Junta de Julgamento acabou por impossibilitar que a Recorrente pudesse ter o conhecimento de quais operações foram consideradas e, assim, pudesse exercer o seu direito de defesa em sua plenitude, para manejá-la em relação ao saldo remanescente, o Recurso Voluntário.

## VOTO

Da análise inicial do Recurso Voluntário vejo que a recorrente se insurge alegando exclusivamente a nulidade da infração 3 por entender restar prejudicada a análise de quais notas deixaram de ser consideradas pela fiscalização quando da valoração dos documentos acostados no curso do processo fiscal.

Isto porque, a recorrente apresenta planilha com a descrição das notas fiscais que compõe o valor total do diferencial de alíquota recolhido, além dos livros de apuração, livro de entrada e arquivo magnético digital SPED, demonstrando o recolhimento significativo do montante exigido na infração 3.

A 1<sup>a</sup>Junta de Julgamento fiscal, acolhe parcialmente o demonstrativo da recorrente e recompõe os valores exigidos conforme planilha abaixo:

OCORRÊNCIA	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA
FEV/2010	238,92	238,92	60%
NOV/2010	9.607,25	7.353,59	60%
DEZ/2010	42.825,84	30.120,45	60%
JAN/2012	5.519,60	0,00	60%
FEV/2012	13.529,20	9.386,60	60%
MAR/2012	26.992,93	0,00	60%
ABR/2012	16.345,66	0,00	60%
MAI/2012	35.691,68	0,00	60%
JUN/2012	25.288,58	0,00	60%
JUL/2012	12.234,89	0,00	60%
AGO/2012	12.515,61	0,00	60%
SET/2012	11.549,62	0,00	60%
OUT/2012	18.967,79	0,00	60%
NOV/2012	28.602,76	0,00	60%
DEZ/2012	5.765,67	1.354,63	60%
<b>TOTAL</b>	<b>265.676,00</b>	<b>48.454,19</b>	

Verifico, contudo, que as Notas Fiscais nºs 177124 e 177259 datadas de 16/04/2012, fls. 87-88 apesar de constarem no demonstrativo do autuante, não estão relacionadas no demonstrativo apresentado pela recorrente (fl. 575), apesar da decisão de piso zerar a exigência para o mês em referência.

Diante do exposto, considerando a insegurança gerada pela inconsistência acima demonstrada, resta ainda comprovado o prejuízo ao contribuinte no seu direito ao contraditório, não sendo pertinente avançar ao mérito sob pena de restar suprimido instância de julgamento e ensejar cerceamento do direito de defesa, o que me conduz à nulidade da Decisão.

Assim, deve o PAF retornar à Primeira Instância para novo julgamento.

Este é o voto.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e decretar **NULA** a decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **232943.0004/13-1, DAIRY PARTNERS AMÉRICAS MANUFATURING BRASIL LTDA. (DPA BRASIL LTDA.)**, devendo retornar os autos à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de maio de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

LEONARDO MOTA COSTA RODRIGUES - REPR. DA PGE/PROFIS