

**PROCESSO** - A. I. Nº 269616.0001/03-3  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - CBB COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1º JF nº 0398-01/03  
**ORIGEM** - INFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 05.12.03

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0167-12/03

**EMENTA - ICMS.** NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A adoção de métodos lícitos de fiscalização é livre e somente ensejará a decretação de nulidade se contiver vícios insanáveis ou implicar em prejuízo do direito de defesa. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Sendo infração apurada por decorrência do levantamento quantitativo dos estoques e estando comprovada a nulidade da auditoria realizada, resta prejudicada a cobrança do imposto por antecipação tributária. Recurso **PROVIDO**. Reformada a Decisão de 1ª Instância. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso de Ofício interposto pela 1ª JF tendo em vista ter decretado a Improcedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 08/05/03 para reclamar ICMS no valor de R\$36.093,14, acrescido das multas de 70% e 150%, em decorrência de 1) levantamento quantitativo com base na entrada de rótulos de cerveja de 600 ml, conforme Registro de Inventário, circulação junto a fornecedores e arquivos SINTEGRA (exercício de 2000) – R\$15.038,81; e 2) falta de recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (exercício de 2000) – R\$21.054,33.

Relatou o ilustre julgador de 1ª Instância que o autuado impugnou o lançamento (fls. 45/58), por advogado legalmente constituído, alegando que a autoridade administrativa, por dever de ofício, teria de apurar o tributo de acordo com a verdade dos fatos e em obediência ao princípio da legalidade objetiva (reserva legal) e que a imputação ora combatida estava desprovida de elementos comprobatórios, conforme exige os arts. 2º e 18, IV, “a” do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99). Neste sentido trouxe Acórdãos deste Conselho de Fazenda, reafirmando que independentemente da necessidade de todo e qualquer ato da autoridade fiscal que exige o pagamento de um tributo ser motivadora, ou seja, indicar as causas, as particularidades das provas exigem uma explicitação expressa que permita um adequado direito de defesa, sob pena de invalidação do lançamento

tributário. Que uma constatação, pura e simples, não autoriza a presunção de omissão de saída, vez que se a nota fiscal estiver registrada na contabilidade não existiria omissão de receita real ou presumida. Continuando, disse que provaria, com base nos ditames legais, que a presunção apurada pela fiscalização não existia e que, caso não fossem aceitas, requereu perícia fiscal. De mais, voltou a discorrer sobre o seu cerceamento de direito pleno de defesa, pois no corpo do Auto de Infração não existia qualquer referência de demonstrativos e/ou levantamentos que serviram de base à infração apontada. Trouxe, para corroborar sua tese, as determinações do art. 39, VI, e art. 41, II do RPAF/99 e Acórdãos deste Conselho de Fazenda.

Requereu a nulidade do procedimento fiscal.

Em informação fiscal (fls. 71/72), os autuantes inicialmente informaram que por erro, a descrição da infração no corpo de Auto de Infração, não foi descrita corretamente. Neste sentido, reescreveram nos seguintes termos: “Omissão de saídas apurada através de levantamento quantitativo com base na entrada de rótulos de cerveja de 600 ml, conforme Registro de Inventário, circulação junto a fornecedores e arquivos SINTEGRA”.

Em seguida, disseram que o levantamento fiscal tivera como base:

1. relação das aquisições de rótulos, contra-rótulos e gargantilha para cerveja 600 ml obtidas por meio de circulação junto ao fornecedor Dixie Toga (fls. 7/9 do PAF);
2. Planilha consolidada para o ano de 2000 das entradas relativas aos rótulos para cerveja 600 ml (fl. 6);
3. Estoque inicial (dez/99) e final (dez/2000) da mercadoria constante no livro Registro de Inventário (fls. 11/12);
4. Relação das saídas registradas pelo autuado no ano de 2000 (fls. 13/42);
5. Planilha com o cálculo do preço médio de cerveja de 600 ml, com base em dez/2000 (fl. 10);
6. Quantitativo de cerveja relativo ao exercício de 2000, informando saldo anterior + entradas – estoque final – saídas registradas – perdas + omissão X preço/dúzia = base de cálculo ICMS normal e ICMS substituição tributária.

Passando, em seguida, a analisar a defesa, a entendeu sem suporte legal, vez que a autuação foi realizada com base nos documentos apresentados pelo impugnante. Afirmou, ainda, que quanto às entradas, esta somente seria inválida, caso o autuado considerasse inconsistente as informações fornecidas pelo seu próprio fornecedor. No mais, disse que o único dado sem comprovação foi o percentual de perdas. Tal parâmetro (5%) vem sendo, historicamente, adotada nas fiscalizações de bebidas sem qualquer contestação por parte dos fabricantes.

Ratificaram, portanto, os autuantes, o procedimento fiscal.

A Repartição Fazendária deu a conhecer ao sujeito passivo o teor da informação prestada pelos autuantes (fls. 73/74) e este não se manifestou.

#### **VOTO DA 1ª JJF**

Em seu voto, a ilustre relatora do processo no julgamento de 1ª instância afirmando que toda a impugnação teve como fundamento o cerceamento do pleno direito de defesa do contribuinte, sobre

este aspecto se pronunciaria. No entanto, cuidadosa, abordou todas as alegações da impugnante, para justificar seu voto pela improcedência da autuação.

Já na informação fiscal os autuantes retificaram a descrição do fato abordado na primeira infração, tendo a Repartição Fiscal dado a conhecer o saneamento da irregularidade.

Entendeu a ilustre relatora que o vício apontado pelo sujeito passivo de que no corpo do Auto de Infração não havia indicação dos demonstrativos e levantamentos realizados não fora sanado, mesmo tendo os autuantes, quando de sua informação, descrito como foi realizado o procedimento fiscal, indicando todos os demonstrativos realizados e documentos base da autuação, fazendo referências às páginas do PAF onde se encontravam, observando que quando da ciência do Auto de Infração estes demonstrativos e indicações dos documentos deveriam ter sido entregues ao autuado, que neles não existe nem a assinatura dos autuantes nos levantamentos realizados, nem tampouco, do contribuinte e que nos documentos arrecadados no estabelecimento do fornecedor não existe qualquer indicação de que foi dado a conhecer ao contribuinte, fatos esses que seriam, obrigatoriamente, ensejadores de diligência e de devolução de prazo de defesa, o que deixava de fazer diante de seu convencimento sobre a lide.

O levantamento quantitativo dos estoques teve como base as entradas de rótulos de cerveja de 600 ml. A partir destas entradas, a fiscalização estadual apurou omissões de saídas de cervejas envazadas em garrafas de 600 ml. Entendo que se a garrafa de cerveja não sai sem seu rótulo, por ele é perfeitamente viável se conhecer as efetivas saídas do produto fabricado, no caso, a cerveja envazada em garrafa de 600 ml.

Analisando o levantamento fiscal, a ilustre Relatora observou a existência de imprecisões que, inevitavelmente, representavam cerceamento do direito de defesa, pois os demonstrativos não estavam claros. Embora tenha feito cálculos que, aos poucos lhe foram revelando o porquê dos procedimentos, entendeu que os números levantados estariam errados.

Entendendo, também, que o procedimento fiscal fugiu totalmente das determinações legais quando apresentou as quantidades de entradas, observando que a atividade fiscal é um ato vinculado (art. 142 do CTN), afirmou que “... não pode utilizar-se de procedimentos outros que não o previsto nas determinações legais sob pena de o tornar nulo.”

Entendeu, ainda, a ilustre relatora que *“a idéia de se obter informações através de “meios de circularização”, ou mais precisamente, através de informações colhidas junto a terceiros, no caso presente, de um fornecedor de rótulos para a garrafa da cerveja, pode ser extremamente útil, porém elas, por si só, não podem determinar, sem maiores aferições, qualquer dado fiscal de um estabelecimento comercial ou fabril. Este dado poderia levar a um outro tipo de auditoria, após todas as comprovações que se fizessem necessárias, e não utilizá-lo como o verdadeiro. Por isto é que a determinação expressa na legislação tributária é de que os dados a serem analisados, em um levantamento quantitativo de estoques, são os pertencentes ao próprio contribuinte e a fiscalização deve se restringir ao que manda a legislação, já que sua atividade é vinculada.”*

Mais ainda, referindo-se ao item 1 da autuação, a digna relatora afirma que *“A adoção de método de fiscalização não oficial é motivo, geralmente, de nulidade do procedimento. Contudo, no presente caso as inconsistências não são apenas metodológicas, de maneira que voto simplesmente pela improcedência da autuação relativa a este item.”*

E em relação à infração 02 (falta de recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por

substituição tributária relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado), entendeu que esta também não poderia prosperar pois decorrente da apuração do levantamento quantitativo dos estoques (infração 01).

Por isso a ilustre Relatora decidiu pela improcedência do Auto de Infração, em voto acolhido pela 1ª JF."

#### **VOTO**

Como bem o disse a ilustre relatora, toda a fundamentação da impugnação está concentrada no cerceamento do direito de defesa. A autuada não pediu a decretação da improcedência e as imprecisões da autuação poderiam ter sido objeto de diligência esclarecedora, o que poderia eventualmente sanar o vício de nulidade reconhecido pela 1ª JF, devolvendo à autuada o prazo para apresentação de impugnação, quando ela poderia demonstrar a eventual improcedência da autuação. Observo, ainda que os eventuais esclarecimentos poderiam não ser suficientes para demonstrar a procedência do Auto de Infração, quando caberia a decisão por sua improcedência. Por isso, entendo que a decisão extrapola o pedido da autuada.

A autuada não faz afirmações conclusivas de que não acompanhou a auditoria ou de que não tenha tomado conhecimento dos fatos, embora cite a legislação pertinente a este vício. Não tendo sido feita a diligência saneadora, porém caracterizado o cerceamento do amplo direito de defesa, proponho a esta 2ª Câmara a modificação da Decisão recorrida para que seja decretada a nulidade da autuação, conforme o pedido da autuada, para que a auditoria possa ser refeita com perfeição, caso a autuada não se apresse em oferecer denúncia espontânea no prazo legal, se assim lhe aprouver.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 269616.0001/03-3, lavrado contra **CBB COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS**.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de Novembro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA - RELATOR

MARIA OLIVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS