

**A. I. N°** - 156743.0004/02-6  
**AUTUADO** - ERIVALDO ALVES SOARES  
**AUTUANTE** - RICARDO JORGE FERNANDES DIAS  
**ORIGEM** - INFAZ ILHÉUS  
**INTERNET** - 27. 12. 2002

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0480-04/02

**EMENTA: ICMS. 1. REGIME DE APURAÇÃO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada. 2. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO. Não há nos autos elementos suficientes para caracterizar a infração imputada ao autuado, o que lhe cerceia o direito de defesa. 3. SIMBAHIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe exige o pagamento de ICMS no valor de R\$20.805,10, mais multa de 50%, relativamente às seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do imposto devido sobre o fornecimento de refeições, sendo o contribuinte optante pelo regime de Apuração em Função da Receita Bruta, no exercício de 1997 – R\$14.125,10;
2. Recolhimento a menos do imposto apurado pelo regime simplificado de apuração, *Simbahia* exercício de 1999 – R\$1.820,00 e,
3. Falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar na condição de optante pelo regime simplificado de apuração, *Simbahia* – R\$4.860,00.

O autuado se defende tempestivamente (fl. 44) iniciando por interpor como preliminares de nulidade:

- a) que o Auto de Infração não foi lavrado no local onde ocorreu o fato e sim na INFAZ, e no mesmo está registrado que foi lavrado no estabelecimento. Diz que “essa mentira retira a seriedade do procedimento fiscal”;
- b) que a descrição do fato fiscal deve ser feita de forma completa clara e precisa, para não dificultar nem impedir o direito de defesa, não admitindo que a descrição seja feita em demonstrativos ou anexos, prejudicando a seriedade e a segurança do lançamento;
- c) “capitulação das infrações...”;
- d) que o fiscal dará as razões do lançamento;
- e) que é imprescindível no lançamento a comprovação da ocorrência material do fato gerador, da base de cálculo e da infração, para dizer que o fato gerador não foi comprovado por levantamento específico de estoques, por passivo fictício ou por estouro de caixa, e que esses levantamentos devem ser entregues ao contribuinte, antes da autuação, com pedidos de esclarecimentos sobre as diferenças. Argumenta, “sob pena de quebra do contraditório” que, sem essa materialidade o Auto de Infração é nulo e abusivo, pois feito com base em presunção;
- f) contraditório pleno. Escreve várias frases que terminam com reticências, para alegar que antes de autuar ou notificar deve o “fisco exigir pôr escrito...”.

Continuando, alega: a) que não tendo retido o imposto por substituição tributária, não o deve; b) que, ao contrário da perversa acusação, não utilizou créditos fiscais pelas entradas, razão pela qual não deve o imposto por diferença de alíquotas; c) que a lei não define com precisão a distinção entre a base de cálculo do ICMS e da prestação de serviços, ISS, não sendo assim devido o imposto nas atividades de alimentos e bebidas; d) que compete à lei complementar nacional definir a base de cálculo dos tributos; e) que referente às Notas fiscais 257 a 298 e 510 a 795, no total de R\$60.177,89, o imposto foi retido por substituição tributária, pelo adquirente.

Sobre o mérito alega que: a) não há lei determinando a cobrança de ICMS sobre ICMS; b) não há prova da utilização irregular do crédito fiscal; c) a motivação para o Auto de Infração, em consequência, é inidônea e baseada em fato insubsistente; d) o STF já decidiu pela inidoneidade dos lançamentos sem motivação, citando o número de decisões daquela “corte” e livros dos juristas Hely Lopes Meireles e Aliomar Baleeiro e, e) exigir imposto sobre a receita bruta hostiliza dispositivos do CTN e do Decreto Lei 406/68, por ser feito sem fato gerador ou em desconformidade com este.

Conclui dizendo que a Administração Fazendária pode anular os atos de seus agentes, quando praticados em total desconformidade com o princípio da legalidade, solicitando um levantamento mais criterioso, e dizendo-se confiante no espírito de compreensão, que levará ao atendimento do pedido para cancelamento do presente Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal (fl. 52) explicando o por que das exigências fiscais e, especialmente, que o autuado: a) vinha operando de maneira irregular, somente pagando o imposto quando exigido através de ações fiscais; b) emitiu irregularmente a nota fiscal número 00526, cuja primeira via foi anexada ao processo após ter sido apreendida no posto fiscal, já que a “calçou”; c) emitiu a referida nota fiscal para acobertar venda de produtos que não correspondem à sua atividade; d) prestou informações falsas na DME referente ao exercício de 1997 e, e) recolheu imposto a menos no exercício de 1999, porque o relatório do CFAMT comprova que adquiriu mais mercadorias do que as declaradas.

Às folhas 53 a 62 estão apensados os documentos comprobatórios de que o autuado foi por três vezes intimado a tomar ciência da informação fiscal, por via postal. Às folhas 63 e 64, consta a comprovação de que o autuado foi intimado por Edital para ter conhecimento da informação fiscal.

## VOTO

Início o presente voto rejeitando as preliminares de nulidade apresentadas na defesa, na mesma ordem em que foram “colocadas”, pelos seguintes motivos:

- a) o Auto de Infração não registra que foi lavrado no estabelecimento. Nele está consignado, em sua primeira folha, que foi lavrado na INFAZ. Assim inexistente a alegada mentira que poderia retirar a seriedade do procedimento fiscal;
- b) a descrição do fato fiscal foi feita de forma completa, clara e precisa, permitindo a identificação dos fatos, não dificultando nem impedindo o direito de defesa. A descrição dos fatos foi feita no próprio Auto de Infração e não nos demonstrativos ou anexos como alega o autuado.
- c) a alegação de “capitulação das infrações...”, não pode ser considerada, porque nada descreve.
- d) o autuante ao consignar as infrações “deu” as razões para o lançamento.

e) o fato gerador não foi comprovado por levantamento específico de estoques, por passivo fictício ou por estouro de caixa, porque tais roteiros de fiscalização não foram desenvolvidos quando da realização dos procedimentos fiscais. A legislação não exige que levantamentos devam ser entregues ao contribuinte, antes da autuação, com pedidos de esclarecimentos sobre as diferenças porventura apuradas. Portanto, não procedem as alegações de quebra do contraditório e de que o Auto de Infração é nulo e abusivo. Além do mais, os fatos foram discriminados e demonstrados os cálculos, ficando comprovado que o lançamento não foi feito com base em presunção.

f) Inexiste na legislação determinação para que antes de autuar ou notificar deva o fisco exigir, por escrito, qualquer explicação do contribuinte, salvo nas situações em que seja admissível o “Termo de Intimação para Pagamento de Débito”, o que não aconteceu em relação ao presente lançamento.

Relativamente a outras alegações apresentadas para pedir a nulidade do lançamento, também não concordo com as mesmas, porque:

- a) não foi cobrado qualquer valor a título de imposto retido por substituição tributária.
- b) não foi cobrado também qualquer valor a título diferença de alíquotas.
- c) a legislação vigente no país define a incidência dos impostos ICMS e ISS. Quanto à incidência do ICMS sobre o fornecimento de alimentos e bebidas, já é fato julgado, conforme Súmula 163 do STJ.
- d) leis complementares nacionais definem a base de cálculo dos tributos. O ICMS a Lei complementar 87/96 e o ISS o Decreto Lei 406/68 (que tem força de lei complementar) e,
- e) a retenção na fonte, pelo adquirente, do imposto referente às Notas fiscais 257 a 298 e 510 a 795, no total de R\$60.177,89, não ficou provada.

Quanto às alegações sobre o mérito feitas pelo autuado, assim entendo:

- a) que não foi cobrado ICMS sobre ICMS.
- b) que não foi feita a acusação de utilização irregular do crédito fiscal.
- c) a motivação para o Auto de Infração é inidônea, pois baseada em fatos.
- d) exigir imposto sobre a receita bruta dos contribuintes optantes pelos regimes simplificados de apuração em função da receita bruta ou *Simbahia*, não hostiliza dispositivos do CTN e do Decreto Lei 406/68, já que os mesmos são opcionais ao contribuinte, que somente opta pelos mesmos quando lhe são mais benéficos que o regime normal de apuração. Além do mais, os referidos regimes são regularmente previstos em lei, em atendimento a disposição constitucional que permite ser dispensado tratamento simplificado e menos oneroso, a pequenos contribuintes.

Afastadas as alegações defensivas, por apresentarem argumentos não condizentes com as acusações e por serem carentes de provas, analiso o mérito das infrações sob a ótica do princípio da legalidade, conforme:

Infração 1 – foi levantada com base nos documentos emitidos pelo autuado e pelo mesmo apresentados. Não ficou comprovada a retenção do imposto pelos adquirentes, e nem que os mesmos eram obrigados a efetuar a retenção. Portanto, a exigência é subsistente.

Infração 2 – não ficou demonstrada, cerceando o direito de defesa do autuado. Até este Relator não conseguiu entender como o autuante apurou os valores cobrados. A exigência é nula ao teor do art. 18, II e IV, do RPAF/99, nulidades essas não suscitadas claramente pelo autuado e que esse Relator suscita de ofício, com base no artigo 20 mesmo RPAF.

Infração 3 - os documentos de folhas 22 e 23 comprovam o calçamento da nota fiscal nº 256, porque a primeira via foi preenchida e a segunda via não. O imposto foi indevidamente destacado, já que vedada tal condição para os contribuintes optantes pelo *Simbahia*, que não

exerçam a atividade industrial, exclusivamente. Nessas condições o imposto deve ser cobrado pelo regime normal de apuração. A infração é totalmente subsistente.

Todavia, as multas indicadas pelo autuante, devem ser retificadas, porque impróprias para as infrações. Na infração 1, o autuado é acusado de não recolher o imposto devido por regime simplificado de apuração, que dispensa escrituração. Ainda assim, não declarou o valor da receita auferida na DME, tendo sido o imposto apurado mediante levantamento fiscal, a multa incidente deve ser a prevista no artigo 42, III, da Lei 7014/96. Quanto a infração 3, havendo divergência de informações entre as vias do mesmo documento, a multa correta é a prevista no inciso V, “c”, do mesmo artigo e Lei, no percentual de 150%.

O meu voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento para exigir o imposto relativamente às infrações 1 e 3, no valor de R\$18.985,10.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº. **156743.0004/02-6**, lavrado contra **ERIVALDO ALVES SOARES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$18.985,10**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 150% sobre R\$4.860,00 e de 70% sobre R\$14.125,10, previstas, respectivamente, nos incisos V, “c” e III, do artigo 42, da Lei 7014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de dezembro de 2002

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ANSELMO LEITE BRUM - RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR