

A. I. N° - 206878.0023/09-9
AUTUADO - D&W COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - ANALCIR EUGÊNIO PARANHOS DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET 28.05.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0110-05/10

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. REFEIÇÕES. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. REGIME DE APURAÇÃO DE RECEITA BRUTA. Infração comprovada, haja vista que após a exclusão do Simples Nacional o contribuinte retorna ao regime de apuração do ICMS com base na Receita Bruta. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. A antecipação parcial é prevista no art. 352-A do RICMS, incidindo, unicamente, nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização (“caput” do artigo). Infrações comprovadas. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Em relação às mercadorias objeto desta autuação, não há convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente. Infração comprovada. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. O pagamento da diferença de alíquotas tem fundamento na Constituição: art. 155, § 2º, VIII. Na Lei nº 7.014/96, a diferença de alíquotas é prevista no art. 4º, XV, e o cálculo é feito na forma estabelecida no art. 17, XI, e § 6º. Mantido o lançamento. 5. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCEIRAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Infração mantida. Negado o pedido de diligência. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. E

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2009, exige ICMS no valor histórico de R\$54.398,62, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS relativo à comercialização de refeições, apurado com base no Regime de Apuração em Função da Receita Bruta - Valor histórico: R\$45.511,25; percentual de multa aplicada: 50%;
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização - Valor histórico: R\$41,78; percentual de multa aplicada: 60%.
3. Recolheu a menos o ICMS, antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização - Valor histórico: R\$165,43; percentual de multa aplicada: 60%;
4. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 - Valor histórico: R\$35,11; percentual de multa aplicada: 60%.
5. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento - Valor histórico: R\$31,68; percentual de multa aplicada: 60%;
6. Omissão de saída de mercadoria tributável apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito em valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Empresa Normal optante do Regime de Apuração em Função da Receita Bruta - Valor histórico: R\$8.613,37; percentual de multa aplicada: 70%.

O autuado, por meio de advogados legalmente constituídos, ingressou com defesa, fl. 250/257, na qual alegou os seguintes argumentos defensivos:

Requeru que as intimações e notificações relativas ao feito sejam endereçadas ao profissional que subscreve a presente defesa, sob pena de nulidade.

Protestou, preliminarmente, pela nulidade da autuação, com fundamento no art. 18, II, c/c o art. 46, do RPAF, por cerceamento do direito de defesa, pois a intimação da lavratura do Auto de Infração não se fez acompanhar dos demonstrativos analíticos necessários ao esclarecimento dos fatos, sendo as planilhas relativos ao item 6, entregues ao contribuinte dia 31/07/2009, portanto, dois dias após a intimação da autuação, subtraído o prazo legal para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Suscitou, ainda em preliminar de nulidade da autuação, em razão da ausência do necessário “termo de início de fiscalização”, com o “aceite do contribuinte”, o que afeta os princípios do art. 196, do CTN.

Assevera que o item 1 é nulo, por falta de segurança na determinação da infração e apuração dos valores, pois o lançamento cita, simplesmente que o autuado teria deixado de recolher o ICMS, apurado de acordo com o regime de receita bruta, quando na verdade, no período referido na ação fiscal o autuado era optante do SIMPLES NACIONAL, tendo cumprido todas as obrigações tributárias, inclusive relativas ao ICMS, de forma englobada nesse sistema.

No mérito, na infração 1, a exigência fiscal atinge os meses de julho a dezembro de 2007, constando no corpo do auto, de forma contraditória que o autuado teria sido excluído do Simples Nacional.

Com efeito, o autuado teria sido excluído do SIMPLES, através do publicados no DOE do dia 22/11/2007. Suscita a ineficácia desses ec

ato, nos quais não consta a completa qualificação dos contribuintes e as devidas informações acerca das supostas ocorrências que os justificaram. Os contribuintes, centenas deles foram identificados apenas por meio da inscrição estadual, o que dificultou o acesso às informações que se pretendeu dar publicidade.

Aduz que tal procedimento ofendeu o dispositivo do art. 108, parágrafo único e incisos I e III, c/c o art. 26, inciso III, do RPAF, haja vista que o contribuinte estava em plena atividade, com os dados atualizados perante a SEFAZ.

Salientou que o caput do art. 108 do RPAF não estabelece ordem de preferência para a intimação dos contribuintes, também é verdadeiro que a interpretação deve ser feita em conjunto com o seu parágrafo único, que determina que na hipótese do art. 26, II, do RPAF, **“somente será efetiva por edital após tentativa de intimação através das formas previstas nos incisos I e II, do mesmo artigo 108”**.

Citou o art. 26, III, que se refere ao início do procedimento fiscal, que exige intimação por escrito ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exhibir elementos solicitados pela fiscalização.

Alegou que não existe no PAF prova de que em 2006 o autuado teve receita bruta superior a R\$2.400.000,00, mas já em 2007, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante, as vendas incluindo mercadorias tributadas e substituídas, foi de R\$2.595.752,35, o que é indício de que no ano anterior o faturamento foi menor. Lembrou que no ano de 2007, a permanência no SIMPLES NACIONAL para empresa que estavam no SIMPLES FEDERAL era automática, o que vigorou até 06/2007.

Entende que se o Simples Nacional foi criado em junho de 2007, a regra do art. 12 da Resolução CGSN, somente deve ser aplicada a partir desse momento, para exclusão, já nos exercícios posteriores, daqueles cuja receita ultrapasse o limite, no ano calendário de 2007, visto que a norma não determinava, de forma expressa, a soma das parcelas do “Simples Federal” e do “Super Simples”. O ano calendário para 2007, somente poderia ser considerado de janeiro a junho, pois não existia, em relação ao “Super Simples”, “ano calendário” anterior.

No que se refere ao Edital nº 01/2007, além dos vícios relativos ao Edital nº 02/2007, não aponta qual seria o *“débito sem a exigibilidade suspensa”*, desconhecendo o autuado a existência de qualquer exigência fiscal que não estivesse regular, parcelada ou defendida. A exclusão é arbitrária, ilegal e a autuação deve ser desconstituída.

Alegou que os valores apresentados não seriam integralmente devidos, pois haveria que se abater os valores recolhidos pelo autuado, pelo SUPER SIMPLES, que representam a parte estadual – de ICMS, posto que o autuante ao incidir o imposto não deduziu as importâncias pagas repassadas ao Estado.

Frisou que deve ser investigado se a infração 6 não entra em colisão com a infração 1, incidindo em duplicidade o imposto sobre o mesmo fato gerador, pois a desclassificação do regime implica em dizer que todas as vendas estão sendo tributadas, inclusive aquelas realizadas através de cartões. Além disso, apesar de apurar as proporções de mercadorias substituídas, no percentual médio de 8,45%, o fiscal não fez a devida dedução, como também não foi observado que em outubro o autuado não utilizou o ECF, pois o seu equipamento, foi apreendido pela SEFAZ. No mes indicado, utilizou notas fiscais modelo D-1, mas tributou todo o seu faturamento. Não sabe qual critério foi utilizado no Auto de Infração, para se dizer que apenas R\$64.846,55, foram tributados.

Declarou que as vendas totais pela empresa sempre foram maiores do que as informações das administradoras, conforme demonstrativo do autuante, elaborado com base no ITR/ICMS. Isso significa que as eventuais diferenças entre as reduções “Z” e as infi não representam sonegação e, sim possíveis falhas nas informaçã

outras parcelas, de serviços, a exemplo de “serviços de manobrista”, que é prestado por terceiro e incluído nas contas de consumo de comidas e bebidas.

Arguiu que os serviços prestados por manobristas é cerca de R\$3.000,00, que é identificada separadamente na conta dos clientes, contudo é pago de forma unificada na fatura do cartão de crédito, o mesmo acontece em relação à “comissão” que é opcional de 10% aos garçons, assim, essas operação não representam faturamento ao autuado, e que devem ser excluídas do lançamento do Auto de Infração.

Outro aspecto não observado na apuração é a respeito aos fechamentos diários do ECF, que acontecem após as 24h, pois muitas contas fechadas a partir das 23:30h, são pagas após às 24h, e portanto, são tratadas pelas administradoras como sendo do dia seguinte. Assim, nas “viradas” dos meses, muitas vendas que são consideradas pelo Fisco em determinados meses, somente são informadas no mês seguinte, causando distorções que, somadas às ocorrências anteriores, justificam as diferenças apontadas no Auto de Infração, as quais são corrigidas, pelo autuado, no lançamento fiscal dos totais de suas vendas, quando tudo, é incluído e tributado. A fiscalização não pode ficar isenta a estas questões, pois o lançamento de importâncias muito superiores aos apurados como faturado via cartões é prova de que não existiu evasão de receitas. Aduz que se a intenção do contribuinte fosse sonegar, o faria nas vendas em espécie.

Protestou pela produção de prova e requereu revisão da autuação por fiscal estranho para apurar os seguintes procedimentos:

- Os valores pagos pelo SUPER SIMPLES;
- Das vendas via notas fiscais D-1;
- Dos percentuais de mercadorias substituídas;
- Dos valores de serviços de manobristas;
- Das comissões e lançamento de vendas em meses posteriores.

O autuado pede a nulidade e improcedência dos itens contestados.

O autuante ao tomar conhecimento das alegações da defesa (250/257), no qual a mesma arguiu o prazo de apresentação da defesa referente às planilhas do item 6 que foram entregues ao contribuinte no dia 31/07/2009, dois dias após a data da ciência da autuação (29/07/2009), solicitou a reabertura do prazo de 30 (trinta) dias.

Em manifestação o patrono do contribuinte repetiu as mesmas alegações apresentadas anteriormente, (fls. 350 a 356), e, que as intimações e notificações devem ser encaminhadas ao preposto, legalmente habilitado nos autos, com endereço na “Rua Cel. Almerindo Rehem, 126, Edf. Empresarial Costa Andrade, Salas 412 a 414, Caminho das Árvores, Salvador, Bahia, Cep 41820-768”.

Na nova manifestação não acrescentou nada que ainda não tivesse sido levantada na defesa inicial e aduz que a “intimação” é irregular, pois segundo o preposto “o RPAF determina que sejam atendidas as formalidades previstas, notadamente, no artigo 126, com observância do seu § 6º, 127 e 129, ou seja, deve ser prestada a informação fiscal, no prazo regulamentar (art. 127 – 30 DIAS), com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação (art. 127, § 6º)”, e citou na íntegra todos esses dispositivos.

Asseverou que a informação fiscal não fora prestada no prazo regulamentar de forma correta, citando o art. 129 do mesmo RPAF, assim pediu de imediato que o PAF seja encaminhado ao CONSEF, sem a informação, devido ao decurso de prazo, aplicando penalidade quanto a matéria fática que envolve a lide e caso seja prestada a informação fiscal, com o prazo já vencido, pede o seu desentranhamento do feito, sob pena de nulidade da ação.

Informou que a autoridade preparadora deve seguir tão-somente art. 126 a 129 e 131, do RPAF, lhe sendo vedado, por ausência de a

outras medidas, a exemplo da reabertura de prazos, novas intimações, etc, exceto exista expressa determinação do órgão Julgador.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 360/365, informou que todos os demonstrativos contém assinatura do contribuinte e que o Termo de Início de Fiscalização foi entregue, lavrado e colado no livro de Ocorrências, juntamente com o Termo de Encerramento de Fiscalização (fls. 10/12), estando de acordo com o art. 196 do CTN (Lei nº 5172/66).

Quanto à infração 1, constatou que o contribuinte deixou de recolher ICMS no valor de R\$ 45.511,25 (Regime de Receita Bruta), o que está de acordo com os lançamentos dos documentos fiscais no livro Registro de Saídas de Mercadorias (julho a dezembro/07), fls. 200 a 232 do PAF.

Após essa verificação os valores mensais foram apurados com base nos registros efetuados na escrita fiscal e que realmente a empresa era optante do SIMPLES NACIONAL, mas foi excluída desse regime com efeitos retroativos a 01/07/2007 (art. 6º, VII da Resolução CGSN nº 15/2007), referente aos Editais nºs 01/2007 e 02/2007 (fls. 16 a 20).

Salienta que o autuado não apresentou os DAEs comprovando o recolhimento do ICMS (código 830), referente aos meses de julho a dezembro de 2007, conforme valores apurados no demonstrativo 1 (fl. 13), e limitou-se a apresentar 2 (dois) Documentos de Arrecadação do SIMPLES NACIONAL, dos meses 07/2007 e 09/2007, cujos valores não podem ser deduzidos nas parcelas lançadas no demonstrativo de débito da infração 1, pois os critérios de tributação, arrecadação e fiscalização do SIMPLES NACIONAL são disciplinados pela legislação federal específica, cuja responsabilidade é do Comitê Gestor do Simples Nacional, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda. Assim, caso o impugnante sinta-se prejudicado, deverá requerer a restituição de débito através de processo administrativo à parte.

Assevera que não procede a suposta confusão, referente aos fatos geradores das infrações 1 e 6, pois na primeira infração a cobrança do ICMS foi exigida com base nos lançamentos do imposto, não recolhido na escrita fiscal do contribuinte. Já na infração 6, foi decorrente da omissão do registro de saídas tributáveis nos documentos fiscais e por conseguinte na escrita fiscal.

Informou que as proporções das mercadorias tributadas e substituídas foram respeitadas conforme demonstrativo de fl. 130, com cópia recebida pelo autuado. Quanto ao período de 02/10/2007 a 26/10/2007 o autuado não utilizou o ECF, tendo, emitidos notas fiscais D-1, nas operações de saídas, com isso o autuante elaborou um demonstrativo (fls. 122/129), contendo planilhas comparativas entre as vendas através do cartão e os lançamentos de valor idêntico no livro Registro de Saídas de Mercadorias.

Sustentou que as vendas totais ou valores contábeis declarados e registrados na escrita contábil podem ser maiores do que as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, pois a mesma só envolve operações de transferência eletrônica de fundos (TEF).

Quanto à inclusão das operações referentes aos serviços prestados de manobrista e da taxa de 10% , destinadas aos garçons, não foram comprovados. Assim prevalece o art. 2º, § 3º, VI do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Frisa que o autuado não demonstrou, por meio de documentos fiscais, as supostas distorções decorrentes do fechamento do ECF, após as 24hs, e que justificaria as diferenças apontadas no Auto de Infração, assim a alegação da defesa é inconsistente.

Ressalta que na reabertura de prazo, concedido pelo autuante, a impugnante não juntou novos demonstrativos , mas limitou a sua tese na nulidade do Auto de Infração, sob os argumentos de que a intimação, que autorizou a reabertura do prazo da defesa estaria irregular. Contudo, apesar da defendente citar vários dispositivos, aprovados pelo Decreto nº 7.629/99 do RPAF, em nenhum deles existe proibição da dilatação do prazo, nem que a intimação

o autuado restabeleceu o exercício do contraditório e da ampla defesa, ditos prejudicados em sua peça defensiva com a subtração de dois dias para a apresentação da defesa.

Requer a Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Nego o pedido de diligência ou de perícia, haja vista que os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação de meu juízo de valor acerca das matérias trazidas na lide. Também os documentos fiscais e contábeis estão na posse do requerente que poderia ter trazido aos autos sua cópia, por ocasião da apresentação de sua defesa (art. 147, I, “a”, “b” do RPAF/99).

Inicialmente destaco que o autuante ao tomar conhecimento das razões da defesa, no que concerne ao fato, de que as planilhas referentes à infração 06 só foram entregues, ao contribuinte, dois dias após a data da ciência da autuação, solicitou a reabertura do prazo de defesa, de 30 dias, no que foi atendido pela Inspetoria Fazendária, que notificou a empresa. Este procedimento do autuante, antecipando-se a uma decisão deste Conseq, entrou em consonância com o princípio da celeridade processual, e nenhum prejuízo causou ao contribuinte, razão não há portanto para a declaração de nulidade do ato administrativo, que atingiu a sua finalidade: cientificar e dar nova oportunidade de defesa para o contribuinte. Em consequência o sujeito passivo ingressou com nova manifestação, ratificando as razões anteriormente apresentadas, e requereu que as intimações e notificações fossem encaminhadas ao endereço dos patronos, na “Rua Cel. Almerindo Rehem, 126, Edf. Empresarial Costa Andrade, Salas 412 a 414, Caminho das Árvores, Salvador, Bahia, Cep 41820-768”.

Quanto à alegação relativa ao Termo de Início de Fiscalização, este foi entregue, lavrado e colado no Livro de Ocorrências, juntamente com o Termo de Encerramento de Fiscalização, fls. 10 a 12 do PAF, procedimento de acordo com o estatuido no CTN (Lei nº 5.172/66), art. 196, e parágrafo único, que estatui: “A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas” e “Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se tregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo”. Todos os demonstrativos que integram este Auto de Infração foram recebidos pelo contribuinte em 29/07/2009, conforme assinatura neles aposta. (fls. 13, 16 a 21, 23/24, 47, 49, 51, 52, 122 a 130, além do Relatório Diário de Operações TEF).

Rejeitadas estas preliminares de nulidade, passo ao exame do mérito das infrações 1 e 6, pois as demais arguições de vícios no processo administrativo fiscal serão analisadas junto com o mérito, sendo que as demais infrações não foram objeto de contestação e ficam mantidas.

Não acolho a preliminar de nulidade dos Editais de Exclusão do Super Simples n^{os} 01/2007 e 02/2007, pelas razões a seguir:

De fato a recorrente era optante do Simples Nacional, e no Estado da Bahia, o Edital de Comunicação de Exclusão do Simples Nacional nº 01/2007 e o de nº 02/2007, ratificaram a decisão emanada do Poder Executivo.

O primeiro, Edital nº 01/2007, cópia anexa fls. 16 a 21, DOE de 14/11/2007, exclui a empresa daquele regime, pelo motivo de existencia de débito sem exigibilidade suspensa, quando foi inclusive concedido o prazo de 30 dias, a contar da data de publicação para regularização dos débitos ou apresentação de impugnação à exclusão; e decorrido o prazo citado sem que fosse apresentada impugnação ou regularizado os débitos, os respectivos termos de exclusão foram registrados no Portal do Simples Nacional da Receita Federal do Brasil e surtiram de 2008.

O segundo Edital nº 02/2007, publicado no DOE de 22/11/2007, cópia na fl. 20, notifica o contribuinte de sua exclusão, em virtude de ter auferido no ano calendário de 2006, receita bruta superior ao limite previsto no artigo 12, inciso I da Resolução CGSN Nº 04, de 30/05/2007, e surtiu efeitos retroativos a 1 de julho de 2007, na forma prevista no art 6º, inciso VII da Resolução CGSN 15/2007. Também cientifica o contribuinte de que fica concedido o prazo de 30 dias a contar da data de publicação, para apresentação de impugnação à exclusão.

Outrossim, o sujeito passivo requer a nulidade do ato de intimação por Edital, por ofensa do art. 26, III combinado com o art. 108, parágrafo único e incisos I a II, do RPAF/99, o que não acato, pois o art. 26 relaciona-se com o início do procedimento fiscal, que pode ocorrer com a intimação, por escrito ao contribuinte, e neste caso deve ser observado que, somente será efetivada por edital após tentativa de intimação, através das formas previstas nos incisos I e II deste artigo. Quanto aos Editais para Exclusão do Simples Nacional, estes seguem o determinado no art. 393-F do RICMS/97, que trata especificamente da exclusão do Simples Nacional. Portanto legítima a intimação via Edital no presente caso, e para referendar o entendimento reproduzo os dispositivos citados, como segue:

Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;

II - lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização, observado o disposto no parágrafo único do art. 108;

Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, poderá ser feita por qualquer uma das seguintes formas, independentemente da ordem:

I - pessoalmente, mediante aposição de data e assinatura do sujeito passivo ou interessado, seu representante ou preposto, no próprio instrumento que se deseja comunicar ou em expediente, com entrega, quando for o caso, de cópia do documento;

II - mediante remessa, por via postal ou qualquer outro meio ou via, com aviso de recebimento (“AR”) ou com prova de entrega, ao sujeito passivo ou interessado, de cópia do instrumento ou de comunicação de decisão ou circunstância constante de expediente;

III - por edital publicado no Diário Oficial do Estado.

Parágrafo único. A intimação de que trata o inciso III do art. 26 somente será efetivada por edital após tentativa de intimação através das formas previstas nos incisos I e II deste artigo.

Art. 393-F. Na hipótese de exclusão de ofício, será expedido termo de exclusão e o contribuinte será comunicado da exclusão por meio de edital publicado no Diário Oficial do Estado no Diário Oficial do Estado, identificando-se o contribuinte pelo seu número de inscrição no cadastro.

Outrossim, além da motivação da exclusão ter sido publicada no Diário Oficial do Estado, os demais dados de identificação do contribuinte e o motivo da exclusão serão disponibilizados pela Secretaria da Fazenda mediante acesso público ao endereço www.sefaz.ba.gov.br, consoante o que determina o parágrafo único do art. 393-F do regulamento do ICMS vigente.

Por outro lado, os Editais previam o direito de impugnação por parte do sujeito passivo, no prazo de 30 dias, adequando-se ao previsto no art. 393-G do RICMS/97, “*O contribuinte poderá impugnar a exclusão na repartição fazendária do seu domicílio fiscal, até 30 (trinta) dias após a publicação da comunicação, que será apreciada pelo Inspetor Fazendário*”. Portanto, se o contribuinte não o exerceu, assume o ônus de sua inércia, o que não fulmina de nulidade os citados Editais,

Assim, após a exclusão do Simples Nacional, a empresa está sujeita às normas de tributação aplicáveis aos demais contribuintes do ICMS, podendo, se for o caso, optar pelo regime de apuração em função da receita bruta, e passo à análise do mérito da

A infração 1 decorreu da falta de recolhimento do ICMS sob o regime de Receita Bruta, de acordo com os valores lançados nos documentos fiscais e registrados no livro Registro de Saídas, no período de julho a agosto de 2007, conforme demonstrativo de fl. 13, no qual estão apontados o valor contábil, a base de cálculo de onde foram subtraídas as mercadorias isentas/outras, a alíquota de 4%, e o ICMS a recolher.

Embora tenha afirmado que cumpriu com suas obrigações fiscais, o defendente limitou-se a apresentar dois documentos de arrecadação do SIMPLES NACIONAL, dos meses de julho e setembro de 2007, documentos de fls. 267 e 268, cujos valores recolhidos não poderão ser deduzidos das parcelas ora exigidas, devendo o contribuinte requerer a restituição junto ao Ministério da Fazenda, ente que efetivou o seu recolhimento.

Fica mantida a infração na íntegra.

Na infração 6, está sendo exigido ICMS decorrente de omissão do registro de saídas tributáveis apurada por meio de divergências entre as vendas realizadas por meio de cartões de crédito/débito, registradas nas Reduções Z, e os valores das operações fornecidas pelas administradoras de cartões, por meio do Relatório de Informações TEF, no exercício de 2007.

De acordo com o disposto no § 4º da Lei nº 7.014/96, *“o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”*

A planilha comparativa de vendas está anexa na fl. 51, e foi aplicada a proporcionalidade das mercadorias tributadas, e encontrado o ICMS devido. Os dados das reduções Z, estão no demonstrativo de fl. 52, o Relatório TEF anual, fl. 53, e o Relatório Diário de Operações TEF, nas fls. 54 a 121. Também foi elaborado o demonstrativo de saídas de mercadorias, conforme Livro de Apuração de ICMS, com resumo das vendas tributadas e isentas/não tributadas/outras, constante na fl. 130 do PAF.

Verifico que na planilha de fls. 122 a 129, na qual estão comparadas as vendas por meio de cartões e os lançamentos, de valor idêntico, no livro Registro de Saídas, o autuante aplicou a Instrução Normativa nº 56/07, no que pertine à proporcionalidade entre as mercadorias tributadas, e com imposto por substituição tributária, isentas, conforme demonstrativo de fl. 130. Também foram consideradas as saídas por meio de notas fiscais D1, no período de 02/10/2007 a 26/10/2007, quando não foi utilizado o equipamento de emissor de cupom fiscal (ECF).

O defendente alegou que estão incluídas parcelas referentes à prestação de serviços de “manobrista”, e da taxa de 10%, destinada aos garçons, e que deveriam ser abatidas da base de cálculo do ICMS exigido.

Contudo tratando-se de contribuinte com a atividade de restaurante, o ICMS incide sobre o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, incluídos os serviços prestados, conforme previsão do § 2º, I, do art. 1º do RICMS/97. Portanto, os serviços de manobrista e as gorjetas destinadas aos garçons, compõem a base de cálculo do ICMS, portanto legítimo o cálculo elaborado pelo autuante, mesmo porque são parcelas pagas pelos clientes do estabelecimento.

Também alegou a empresa que os supostos fechamentos de vendas após as 24 horas, teriam gerado distorções no ECF, fato não levado em consideração pelo autuante. Não acato este argumento, pois as vendas registradas após as 24 horas, também o seriam nas administradoras de cartões de crédito/débito e nas leituras Z, ou seja, nos respectivos cupons fiscais. Constatado que todas as vendas realizadas no período objeto da ação fiscal, foram r

de Operações TEF, que compreende o período de 01/01/2007 a 31/12/2007, sem solução de continuidade.

Em conclusão, considerando que os documentos fiscais, que estão em posse do contribuinte e não foram apresentados, aplico o disposto nos arts. 142 e 143 do RPAF/99:

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Infração mantida.

Destaco que em conformidade com o pedido constante na inicial, as intimações e notificações relativas ao feito devem ser endereçadas ao profissional que subscreve a peça de defesa, na Rua Coronel Almerindo Rehem, 126, Ed. Empresarial Costa Andrade, salas 411/414. Caminho das Árvores, Salvador- Bahia, CEP 41820-768, como consta na Procuração de fl. 258 do PAF.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206878.0023/09-9**, lavrado contra **D&W COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$54.398,62**, acrescido das multas de 50% sobre R\$45.511,25, 60% sobre R\$274,00 e 70% sobre R\$8.613,37, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, alíneas “d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR