

**A. I. N.º** - 123559.0006/11-9  
**AUTUADO** - MASTERCLIMA AQUECIMENTO E REFRIGERAÇÃO LTDA  
**AUTUANTE** - GERALDO CALASANS DA SILVA  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 29.06.2012

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO JJF Nº 0128-02/12**

**EMENTA:** ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Acolhida parte dos argumentos defensivos. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor exigido. Infração mantida parcialmente; **b)** VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. Acolhida parte dos argumentos defensivos, cujas notas fiscais apresentadas repercutiram na exigência tributária. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor exigido. Infração mantida parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/12/2011, imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, conforme segue:

Infração 01 – efetuou recolhimento a menos de ICMS declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos. ICMS no valor de R\$ 13.610,96, multa de 75%, prevista no art. 35 da Lei Complementar 123/06, art. 44, I da Lei Federal número 9.430/96 de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07;

Infração 02 – omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumidas por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira. ICMS no valor de R\$981,83. Multa de 150%, prevista do art. 35 da Lei Complementar 123/06, art. 44, I e §1º da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/2007.

O autuado, às fls. 119 a 121 dos autos, apresenta defesa afirmando que, em relação à infração 01, houve erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor. Aduz que o autuante nesta infração deixou de considerar as devoluções existentes e saídas que não integram a base de cálculo, principalmente as vendas de mercadorias isentas segregadas no extrato do simples nacional, apurando assim, diferenças inexistentes. Assim, conforme demonstrativo abaixo ajustou esta infração.

Apresenta planilha que reconhece na infração

Mês	Vencimento	Base de calculo	Alíquotas	Valor em real
abr/08	09/05/2008	801,0	2,82	22,59
set/08	09/10/2008	2496,0	2,82	70,31
jan/09	09/02/2009	398,3	2,82	11,23
abr/09	09/05/2009	28,0	2,84	0,8
jul/09	09/08/2009	3604,0	2,84	102,35
out/09	09/11/2009	1295,0	2,84	36,78

nov/09	09/12/2009	216,1	2,84	6,14
dez/09	09/01/2010	915,0	2,84	25,99
Total				276,19

Quanto à infração 02, afirma que as diferenças apresentadas, na verdade, não representam omissões de saídas. Acontece que como é de conhecimento de quem transita no comércio, que a venda com cartão tem peculiaridades próprias, como por exemplo o que aconteceu neste caso: se faz a venda em uma data e posteriormente é efetivado o pagamento com o cartão; parte da venda é feita a vista e a diferença é efetivada com o cartão, assim distorções acontecem, sendo necessário sensibilidade ao autuante.

Requer a procedência parcial do Auto de Infração. Apresenta à fl. 122 planilhas relativas às diferenças de receitas.

O autuante, às fls. 306 a 307 dos autos, apresenta a informação fiscal aduzindo que trata o presente Processo Administrativo Fiscal, das infrações relativas ao recolhimento a menor de ICMS declarado, referente ao SIMPLES NACIONAL nos termos das infrações 01 – 07.02.01 e 02 – 17.03.02 e legislação pertinente, descritas às fls. 01/02 do presente processo.

Afirma que a Autuada apresentou impugnação (SIPRO: 018912/2012-7), às fls. 119/120, informando, quanto à infração 01, que o autuante “deixou de considerar...”, apresentando uma planilha e demais documentos de fls. 122/304, reconhecendo valores constantes do PAF, bem como, com relação à infração 02, apenas relata fatos sem qualquer fundamentação legal.

Consigna que, o impugnante, contudo, não contestou a autuação nos termos regulamentares (RPAF/BA), pedindo apenas e somente a procedência parcial do Auto de Infração em apreço.

Aduz que, efetivamente e por equívoco, consta da presente autuação, como integrante da base de cálculo do ICMS-SN, valores referentes à devolução de mercadorias pela autuada, devidamente comprovadas conforme documentos de fls. 156/198, o que levou-nos a efetuar as devidas correções-retificações a que ora fazemos juntada ao presente processo. Alude que, por outro lado, a Lei Complementar nº 123/06, estabelece em seu art. 24, que as microempresas e as empresas de pequeno porte inscritas no regime ali proposto (Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – SN), não poderão utilizar ou destinar qualquer valor a título de incentivo fiscal, bem assim, na nossa legislação estadual (art. 385 RICMS/BA) veda expressamente a utilização de qualquer benefício fiscal, incluído aí a isenção do ICMS, como não poderia deixar de ser em atenção aos dispositivos já citados.

Conclui que, conforme PARECER-DITRI Nº 05931/2009, em resposta à consulta a fato semelhante, a comercialização de mercadorias com esse tipo de benefício fiscal não serão desoneradas do imposto, devendo as receitas relativas a estas saídas integrar a receita bruta mensal auferida pelo estabelecimento para fins de recolhimento do Simples Nacional.

Isto posto, requer que o presente Auto de Infração sob nº 123559.0006/11-9 seja julgado procedente em parte, para condenar a autuada ao pagamento do tributo devido, nos termos constantes do processo em apreço, observando-se as retificações já devidamente efetuadas conforme prevê a legislação pertinente, porque lavrado e verificados os requisitos previstos na legislação tributária atinente à matéria enfocada.

Apresenta planilhas retificadoras das infrações 01 e 02, às fls. 308 a 317 dos autos.

O autuado volta a se manifestar, à fl. 327, alegando sobre a manifestação, que o autuante reconhece o equívoco de integrar a base de cálculo as devoluções de mercadorias corrigindo e retificando-o. Quanto a segregação das receitas de mercadorias isentas, ao evoca a lei Complementar nº 123/2006 em seu art. 24 que as microempresas e as empresas de pequeno porte, não poderão utilizar ou destinar qualquer valor a título de incentivo fiscal e o “art. 385 do RICMS-BA/97” – não farão jus à apropriação nem transferirão créditos fiscais relativos ao ICMS, bem como não poderão utilizar qualquer valor a título de incentivo fiscal - o nobre autuante ao fazer

essas considerações não está levando em conta que trata-se de venda de mercadoria específica ou seja aquecedores solares de água constante no convênio ICMS 101/97 que vem sistematicamente prorrogado, até 31.12.2015, pelo Conv. ICMS 75/11. Na cláusula primeira inciso III – aquecedores solares de água – 8419.19.10 NCM/SM.

Ademais, afirma o autuante, faz parte das isenções elencadas na Subseção XIX das Demais Hipóteses de Isenção, Inciso XVIII – até 31.12.2015 “nas operações com equipamentos e acessórios para aproveitamento das energias solar e eólica constantes do Convênio ICMS 101/97, desde que beneficiadas com isenção ou tributada com alíquota zero do (Convênio ICMS 101/97)”.

Conclui pela manutenção quanto à natureza da retirada da base de cálculo para o ICMS no Regime do Simples Nacional, além de fomentar a diferenciação de Benefício Fiscal (ou tributário) e o Incentivo Fiscal (ou tributário).

O autuante, à fl. 330 dos autos, apresente nova informação fiscal aduzindo que o autuado apresenta manifestação com fatos e fundamentos totalmente contrários a legislação pertinente, conforme já alinhado na aludida informação fiscal, ratificando, portanto, a informação já prestada.

#### **VOTO**

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, traz a exigência de 02 infrações, já devidamente relatadas e ora resumidas: Infração 01 – efetuou recolhimento a menos de ICMS declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos. Infração 02 – omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumidas por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira.

Verifico que se de infrações relativas ao recolhimento a menor de ICMS declarado, referente ao SIMPLES NACIONAL.

O autuante, acertadamente, reconhece o equívoco e acolhe os valores, quanto à infração 01, referentes às devoluções de mercadorias pela autuada, devidamente comprovadas conforme documentos de fls. 156/198, efetuando as devidas retificações, conforme demonstrativo anexado aos autos. Quanto à exclusão das isenções, a Lei Complementar nº 123/06 estabelece, em seu art. 24, que as microempresas e as empresas de pequeno porte inscritas no regime ali proposto (Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – SN), não poderão utilizar ou destinar qualquer valor a título de incentivo fiscal, bem assim, o art. 385 RICMS/BA, veda expressamente a utilização de qualquer benefício fiscal, incluído aí a isenção do ICMS.

Destaca o autuante PARECER-DITRI Nº 05931/2009, em resposta à consulta a fato semelhante, a comercialização de mercadorias com esse tipo de benefício fiscal não serão desoneradas do imposto, devendo as receitas relativas a estas saídas integrar a receita bruta mensal auferida pelo estabelecimento para fins de recolhimento do Simples Nacional.

No que alude à infração 02, o autuado argui que as diferenças apresentadas, na verdade, não representam omissões de saídas e que a venda com cartão tem peculiaridades próprias, tendo, como por exemplo, o pagamento que se faz, parte em dinheiro e parte em cartão, o que provoca as distorções.

A infração em lume se ampara na alínea “b” inciso VI, § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, ao determinar, salvo prova em contrário, por presunção a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar valores das operações ou prestações declaradas pelo contribuinte, inferiores aos informados por administradoras de cartões de crédito ou débito.

Com exceção das notas fiscais acolhidas pelo autuante que modificaram e reduziram a infração 02, os argumentos do autuado não trazem as provas materiais necessárias que elidam a infração,

na medida em que não restou comprovada quais as vendas por ele efetuadas que foram parte em dinheiro e parte em cartão.

Assim, considero a infração 02 procedente em parte, na medida em que não trouxe o autuado qualquer outro elemento probatório que elidisse a presunção acima alinhada, além das aludidas notas que repercutiram na redução dessa exigência.

As infrações 01 e 02, portanto, ficam modificadas, conforme planilhas apresentadas na informação fiscal, às fls. 308 a 317 dos autos, de acordo com os demonstrativos de débitos ajustado a seguir, consoante alíquotas para o exercício de 2009, à fl. 316, exercício de 2008, à fl. 313, exercício de 2007 à fl. 310, indicadas na coluna "D":

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico/Julgado (R\$)
17.02.01	1	31/07/2007	09/08/2007	705,01
17.02.01	1	31/08/2007	09/09/2007	0,00
17.02.01	1	30/09/2007	09/10/2007	100,71
17.02.01	1	31/10/2007	09/11/2007	26,66
17.02.01	1	30/11/2007	09/12/2007	43,09
17.02.01	1	31/12/2007	09/01/2008	245,37
17.02.01	1	31/01/2008	09/02/2008	939,64
17.02.01	1	29/02/2008	09/03/2008	10,09
17.02.01	1	31/03/2008	09/04/2008	0,01
17.02.01	1	30/04/2008	09/05/2008	23,27
17.02.01	1	31/05/2008	09/06/2008	389,48
17.02.01	1	30/06/2008	09/07/2008	104,05
17.02.01	1	31/07/2008	09/08/2008	103,45
17.02.01	1	31/08/2008	09/09/2008	41,37
17.02.01	1	30/09/2008	09/10/2008	415,76
17.02.01	1	31/10/2008	09/11/2008	174,76
17.02.01	1	30/11/2008	09/12/2008	479,29
17.02.01	1	31/01/2009	09/02/2009	2.475,90
17.02.01	1	28/02/2009	09/03/2009	237,82
17.02.01	1	31/03/2009	09/04/2009	210,38
17.02.01	1	30/04/2009	09/05/2009	512,51
17.02.01	1	31/05/2009	09/06/2009	1,14
17.02.01	1	30/06/2009	09/07/2009	699,93
17.02.01	1	31/07/2009	09/08/2009	544,83
17.02.01	1	31/08/2009	09/09/2009	991,76
17.02.01	1	30/09/2009	09/10/2009	1.575,30
17.02.01	1	31/10/2009	09/11/2009	202,07
17.02.01	1	30/11/2009	09/12/2009	292,47
17.02.01	1	31/12/2009	09/01/2010	86,72
TOTAL DA INFRAÇÃO 01				11.632,84

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico/Julgado (R\$)
17.03.02	2	31/07/2007	09/08/2007	0,83
17.03.02	2	31/08/2007	09/09/2007	39,65
17.03.02	2	30/09/2007	09/10/2007	0,00
17.03.02	2	31/10/2007	09/11/2007	0,00
17.03.02	2	30/11/2007	09/12/2007	27,74
17.03.02	2	31/12/2007	09/01/2008	21,42
17.03.02	2	31/01/2008	09/02/2008	94,16
17.03.02	2	31/03/2008	09/04/2008	15,89
17.03.02	2	30/04/2008	09/05/2008	144,61

17.03.02	2	31/05/2008	09/06/2008	90,24
17.03.02	2	30/06/2008	09/07/2008	10,76
17.03.02	2	31/07/2008	09/08/2008	0,71
17.03.02	2	30/09/2008	09/10/2008	17,89
17.03.02	2	31/10/2008	09/11/2008	57,63
17.03.02	2	30/11/2008	09/12/2008	36,19
17.03.02	2	31/01/2009	09/02/2009	43,17
17.03.02	2	28/02/2009	09/03/2009	7,90
17.03.02	2	31/03/2009	09/04/2009	37,65
17.03.02	2	30/04/2009	09/05/2009	12,75
17.03.02	2	31/05/2009	09/06/2009	5,22
17.03.02	2	31/07/2009	09/08/2009	62,04
17.03.02	2	31/08/2009	09/09/2009	24,68
17.03.02	2	31/10/2009	09/11/2009	46,97
17.03.02	2	30/11/2009	09/12/2009	104,82
17.03.02	2	31/12/2009	09/01/2010	51,61
TOTAL DA INFRAÇÃO 02				954,53

Diante do exposto voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **123559.0006/11-9**, lavrado contra **MASTERCLIMA AQUECIMENTO E REFRIGERAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.587,37**, acrescido das multas de 75% sobre R\$11.632,84, e de 150% sobre R\$954,53, previstas no art. 35 de LC 123/06: art. 44, I, § 1º da Lei Federal número 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR