

PROCESSO - A. I. Nº 207098.0004/19-7
RECORRENTE - BETÂNIA LÁCTEOS S. A.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0022-03/20
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0271-12/20-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. VENDA DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%, EM VEZ DE 17%. FALTA DE REPASSE DO BENEFÍCIO. A adoção da alíquota de 7%, por estabelecimento industrial, nas vendas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, inscritos como tais no cadastro estadual, é condicionada, dentre outras coisas, a que o estabelecimento vendedor repasse para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício da redução da carga tributária, resultante da adoção da alíquota de 7%, em vez da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se o presente de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela 3ª JJF Nº 0022-03/20 que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 25/06/2019, para exigir o valor de R\$410.521,60 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de março a agosto de 2015. Valor do débito: R\$408.817,72.

Em complemento, consta a informação de que o contribuinte realizou operações comerciais com mercadorias destinadas a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual, com aplicação do benefício previsto no art. 16, inciso I, alínea “c” da Lei 7.014/96, contudo, sem preencher as condições estabelecidas no mesmo, face a alteração implementada pela lei nº 13.207, de 22/12/2014, DOE de 23/12/2014, efeitos de 23/03/2015 a 21/12/2017, que condicionou as saídas diretamente do estabelecimento fabricante situado neste Estado, o que não é a situação do contribuinte auditado. Tudo conforme Demonstrativo constante do Anexo 1, referente aos meses de março a agosto de 2015.

Infração 02 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a março de 2015. Valor do débito: R\$1.703,88.

Consta, ainda, que o contribuinte realizou operações com mercadorias destinadas a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual, com aplicação do benefício previsto no art. 16, inciso I, alínea “c” da Lei 7.014/96, sem, contudo, repassar para os adquirentes das mercadorias, o valor correspondente do benefício fiscal sob forma de desconto, não fazendo constar o referido desconto de forma expressa no documento fiscal, conforme determina o § 1º do art. 16 da referida Lei, tudo explicitado no demonstrativo constante do Anexo II, referente aos meses de janeiro a março de 2015.

A 3ª JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgando Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

VOTO

O defendente alegou que houve equívoco na metodologia utilizada para apuração do imposto exigido no presente lançamento.

Observo que a descrição dos fatos, o enquadramento legal e os demonstrativos anexados ao Auto de Infração, permitem o conhecimento das acusações fiscais imputadas ao contribuinte e o imposto lançado, possibilitando o pleno exercício do direito de defesa. Os fatos descritos no Auto de Infração, estão materialmente comprovados por meio dos demonstrativos elaborados pelo autuante, e se fosse comprovado erro na apuração do imposto, poderia ser providenciada a necessária retificação, inexistindo motivo para a alegada nulidade.

Vale ressaltar, que a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário pelo lançamento deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado. No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação.

O Sistema de Fiscalização adotado pela SEFAZ/BA, compreende normas de planejamento, execução, avaliação e controle de tributos estaduais. São executados roteiros de fiscalização, que são instrumentos pelos quais se definem todas as etapas dos serviços a serem executados pelos prepostos fiscais. Neste caso, pode ser efetuada verificação de livros, documentos, papéis e mercadorias.

Esses roteiros de fiscalização estabelecem metodologia e técnica de atuação fiscal, de modo que o desenvolvimento dos trabalhos fiscais esteja em conformidade com a legislação tributária, podendo a auditoria fiscal ser realizada através de contagem física ou análise físico-documental ou digital, inclusive por meio de arquivos eletrônicos enviados à base de dados da SEFAZ, podendo ser aplicados os mencionados roteiros a qualquer estabelecimento.

Não foi constatado qualquer prejuízo ao defendente na indicação das infrações, e a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas; não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Não se verificou equívoco no enquadramento legal, embora não implicasse nulidade da autuação se fosse constatado algum erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II do RPAF/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada perícia, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de perícia formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, a infração 01 trata de recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de março a agosto de 2015.

Consta a informação de que o contribuinte realizou operações comerciais com mercadorias destinadas a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual, com aplicação do benefício previsto no art. 16, inciso I, alínea "c" da Lei 7.014/96, contudo, sem preencher as condições estabelecidas no mesmo, face a alteração implementada pela lei nº 13.207, de 22/12/2014, DOE de 23/12/2014, efeitos de 23/03/2015 a 21/12/2017, que condicionou as saídas diretamente do estabelecimento fabricante situado neste Estado, o que não é a situação do contribuinte auditado.

O defendente alegou que o autuante entendeu por bem cobrar ICMS tão somente com base no valor das operações supostamente calculadas com benefício equivocado, quando, na verdade, o fiscal deveria ter realizado a reapuração do ICMS com base na escrita fiscal. O autuante deveria ter encontrado o valor devido e verificado o resultado na apuração do período, pois eventualmente o contribuinte pode apresentar saldo credor em tal montante que, mesmo após a glosa dos créditos, não resulte qualquer montante a ser pago.

Disse que ao contrário do alegado pelo autuante, a operação foi realizada observando todos os requisitos legais, tendo em vista que a saída ocorreu por seu estabelecimento fabricante, o qual se localizava na Bahia.

O autuante informou que o autuado não preencheu as condições estabelecidas no art. 16, inciso I, alínea “c” da Lei 7.014/96, face a alteração implementada pelo art. 2º da Lei 13.207, de 22/12/2014, publicada no Diário Oficial do Estado no dia 23/12/2014, com efeitos a partir de 23/03/2015 até 21/12/2017, que condicionou o benefício da aplicação da alíquota de 7%, exclusivamente para as mercadorias saídas diretamente do estabelecimento fabricante situado neste Estado, com destino a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual.

Para melhor compreensão, vale reproduzir o dispositivo legal da matéria questionada pelo defendente:

Lei 7.014/96

Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% (sete por cento) nas operações com:

...

c) mercadorias saídas diretamente do estabelecimento fabricante situado neste Estado com destino a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual, exceto em se tratando das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e das mercadorias não enquadradas no regime de substituição relacionadas nos incisos II, III e IV do caput deste artigo.

Obs.; Redação dada à alínea “c”, do inciso I, do caput do art. 16 pela Lei 13.207, de 22/12/14, DOE de 23/12/14, efeitos de 23/03/15 a 21/12/17:

O defendente explicou que o CD dá saída de bens produzidos pela empresa Betânia, e é situado no Estado da Bahia, ou seja, está seguindo os requisitos do art. 16, inciso I, alínea “c” da Lei 7.014/96. Mencionou que o estabelecimento autuado é equiparado a estabelecimento industrial, conforme prevê o art. 9º, inciso III do Decreto nº 7.212/2010.

O autuante esclareceu que em relação ao argumento do defendente de que na época era fabricante de todos os bens comercializados e que comercializa os itens produzidos, conforme consta em sua inscrição cadastral e foi verificado em visita realizada no estabelecimento autuado, tratar-se de contribuinte cuja atividade econômica é Comércio Atacadista de Produtos Alimentícios em geral, conforme cópia do INC acostado aos autos.

Ressaltou que o autuado, desde a sua inscrição estadual, nunca teve atividade econômica de fabricação de produtos de laticínios, como se pode verificar na tela do INC.

O defendente apresentou o entendimento de que o autuante deveria ter encontrado o valor devido e verificado o resultado na apuração do período pois, eventualmente o contribuinte pode apresentar saldo credor. Não acato a alegação defensiva, considerando que os alegados créditos podem ser objeto de compensação quando da quitação do débito, mediante requerimento próprio à Inspetoria Fazendária.

Constato que assiste razão ao autuante, considerando a condição prevista na legislação de que, para fruição do benefício, as mercadorias deveriam sair diretamente do estabelecimento fabricante neste Estado, e a mencionada exigência legal esteve em vigor no período objeto do lançamento, ou seja, de 23/03/2015 a 21/12/2017.

Dessa forma, entendo que está caracterizada a infração apurada, sendo devido o imposto exigido neste item do presente lançamento.

Infração 02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a março de 2015.

Consta, ainda, que o contribuinte realizou operações com mercadorias destinadas a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual, com aplicação do benefício previsto no art. 16, inciso I, alínea “c” da Lei 7.014/96, sem, contudo, repassar para os adquirentes das mercadorias, o valor correspondente do benefício fiscal sob forma de desconto, não fazendo constar o referido desconto de forma expressa no documento fiscal, conforme determina o § 1º, do art. 16 da referida Lei, tudo explicitado no demonstrativo constante do Anexo II, referente aos meses de janeiro a março de 2015.

O autuado alegou que houve descumprimento de uma mera formalidade, que não afasta o fato de o desconto estar sendo efetivamente repassado para o comprador da mercadoria.

Assegurou que em todas as notas fiscais foi aplicada uma alíquota de 7%, situação que por si já comprova que o desconto foi repassado para o comprador da mercadoria, tendo em vista que, em outra situação, seria cobrado sobre o mesmo valor de mercadoria uma alíquota de 18%.

O autuante destacou que o repasse do valor aproximado do benefício da aplicação da alíquota de 7% em vez de 17%, para o adquirente inscrito no cadastro de contribuinte deste Estado, não é facultativo ou através de uma suposta redução do preço da mercadoria, e sim uma obrigação do estabelecimento vendedor.

Disse que foi editada a Instrução Normativa nº 38/94, que orienta o contribuinte para efetuar o cálculo aproximado do valor do desconto, com a aplicação da alíquota de 7% em vez de 17%, e que o CONSEF, vem julgando de forma reiterada pela procedência da autuação, quando o contribuinte não calcula o valor da diferença entre as alíquotas de 17% e 7%, conforme acórdãos que citou.

Conforme estabelecido no § 1º, do art. 16 da Lei 7.014/96, “a aplicação da alíquota de 7% (sete por cento), prevista na alínea “c” do inciso I do caput deste artigo, fica condicionada ao repasse para o adquirente da mercadoria, sob a forma de desconto, do valor correspondente ao benefício fiscal, devendo o desconto constar expressamente no documento fiscal”

Neste caso, o mencionado dispositivo regulamentar prevê que ao aplicar a alíquota de 7%, o estabelecimento vendedor deve repassar ao adquirente, sob a forma de desconto o valor correspondente ao benefício resultante da adoção da redução, estando comprovado que não foi considerado o mencionado desconto na forma prevista na legislação.

Entendo que a previsão da alínea “c”, do inciso I, do art. 16 da Lei 7.014/96, não tem qualquer vinculação com a formação dos preços fixados pelo contribuinte, nem com o preço unitário da mercadoria. Normalmente, a empresa fixa preços em função dos custos de produção ou de aquisição, do volume de operações, prazos de pagamento e outros fatores. A regra do mencionado dispositivo regulamentar, é no sentido de que, uma vez estabelecido o preço, o estabelecimento industrial que efetuar vendas para microempresas ou empresas de pequeno porte, caso pretenda que a operação seja tributada a 7%, deverá, independentemente do critério adotado na formação de seu preço, repassar ao adquirente, sob forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício da redução da carga tributária, fazendo constar em cada nota fiscal o referido desconto (§ 1º, do art. 16 da Lei 7.014/96).

Se tal desconto não consta nas notas fiscais, não foi cumprida a condição para a fruição do benefício fiscal. Neste caso, não basta a indicação apenas na nota fiscal da alíquota de 7% e a informação de que fora aplicado o desconto. É indispensável que fique comprovada a efetiva aplicação da redução no preço praticado pelo autuado, sob a forma de desconto, e não se trata de mero descumprimento de obrigação acessória, como entendeu o autuado.

Independente das questões levantadas pelo defendente, o benefício fiscal é condicionado, e quando o reconhecimento de benefício depende de condição que não foi satisfeita, o tributo deve ser considerado devido. Portanto, se o contribuinte não comprovou que foi concedido o desconto na forma prevista na legislação tributária, não acato as alegações defensivas, e concluo pela subsistência desta infração.

O autuado requereu que todas as notificações, informações e intimações, inclusive para realização de sustentação oral sejam feitas em nome de seu advogado Francisco Alexandre dos Santos Linhares, no endereço que indicou.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade, se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

A recorrente inconformada com a decisão de piso interpôs Recurso Voluntário trazendo as seguintes razões de defesa.

Quanto a infração 1, manifesta entendimento que o Auto é totalmente improcedente diante do equívoco da metodologia utilizada para apuração do ICMS, transcreve o art. 305 do RICMS/BA. Entende que o autuante só poderia exigir ICMS se confirmado diferença entre o valor corretamente apurado na sistemática da não-cumulatividade e o valor efetivamente recolhido pelo contribuinte.

Isto porque, entende a recorrente que não seria pertinente exigir ICMS com base no valor das operações supostamente calculadas com benefício equivocado, sem, contudo, observar a escrita fiscal como um todo, haja vista a possibilidade de o contribuinte apresentar saldo credor em sua escrita fiscal.

Alega que não procede a alegação do autuante quanto ao descumprimento dos requisitos estabelecidos no art. 16, I, “c” da Lei nº 7.014/96, qual seja, “mercadorias saídas de estabelecimento fabricante situado neste Estado da Bahia”.

Explica que a Betânia, na época chamada de CBL Alimentos, é fabricante de todos os bens comercializados. Explica que várias unidades da empresa produzem os bens e enviam para o centro de distribuição que, por sua vez, comercializa os itens produzidos.

Acrescenta que referido estabelecimento é equiparado ao estabelecimento industrial, conforme estabelece o art. 9º, inciso III do Decreto nº 7.212/10.

Reprisou as alegações trazidas na infração 1 para a infração 2.

Complementa afirmando que o mero descumprimento de formalidade não afasta a possibilidade de utilização do benefício. Contesta que o autuante lavrou o auto, tendo em vista que a empresa não fez constar o referido desconto de forma expressa no documento fiscal.

Alerta, contudo, que referida ausência não afasta o fato de o desconto está sendo efetivamente repassado para o comprador da mercadoria. Sinaliza que em todas as notas fiscais foi aplicada a alíquota de 7%, situação que por se já comprova que o desconto foi repassado ao comprador. Aduz que referida situação pode ser facilmente comprovada por meio de perícia fiscal.

Requer a realização de perícia sobre as planilhas da autuação e os documentos da recorrente para que sejam respondidas questões formuladas pela recorrente.

Há de ser observado se dentre os produtos objeto da presente infração está inserido o Leite Longa Vida, considerando que até janeiro de 2017 há previsão para aplicação de alíquota de 7%, conforme art. 268, XXIX do RICMS/12, cuja redução de base de cálculo é aplicável, caso referido produto tenha sido produzido aqui neste Estado da Bahia.

Isto porque o patrono na sentada de julgamento alegou que parte dos produtos objeto do presente lançamento advém de transferências de seu estabelecimento industrial sediado no Estado da Bahia.

Julgamento foi adiado, aguardando prova neste sentido.

Registra-se a presença na sessão de julgamento do patrono do recorrente que efetuou a sustentação oral, Dr. Gustavo Bevilaqua Vasconcelos - OAB/CE nº 22.128.

Este é o relatório.

VOTO

Por meio do Auto de Infração em referência, o fiscal autuante constituiu o crédito tributário por entender indevida a utilização da alíquota especial de 7% (sete por cento), prevista na alínea “c”, inciso I, art. 16 da Lei nº 7.014/96, nas saídas realizadas pela Recorrente (Centro de Distribuição) destinadas à microempresas e empresas de pequeno porte optantes do Simples Nacional e inscritas no cadastro estadual.

O crédito fiscal foi exigido através da constituição de 02 infrações, ambas com fatos geradores do exercício de 2015 e fundamentadas no suposto descumprimento dos requisitos e condições estabelecidas na norma legal vigente aos fatos geradores, vinculados à redução da alíquota do ICMS, prevista no art. 16 da Lei nº 7.014/96.

Ainda de acordo com as informações complementares apresentadas pelo Autuante, é possível compreender que o fundamento da sua autuação partiu da simples análise das notas fiscais emitidas pela Recorrente destinadas à contribuintes ME e EPP.

A infração 01 reclama crédito fiscal do ICMS, por entender que a autuada não preenche especificamente o requisito estabelecido na letra “c”, que assim dispõe: “*mercadorias saídas diretamente do estabelecimento fabricante situado neste Estado*”.

A infração 02, por sua vez, exige diferença de ICMS por constar que a recorrente não repassou para os adquirentes das mercadorias o valor correspondente do benefício fiscal sob forma de desconto, e não fez constar o referido desconto de forma expressa no documento fiscal. Ou seja, não constam o expresso desconto dado aos contribuintes ME e EPP nos documentos fiscais objeto do presente levantamento.

Suscita preliminar de nulidade por entender que a metodologia aplicada pelo fiscal autuante desrespeitou o princípio da não cumulatividade do ICMS, tendo em vista que exigiu o ICMS sem sequer observar a conta corrente fiscal da recorrente, sendo certo que a recorrente poderia apresentar saldo credor no período fiscalizado.

No tocante à arguição de nulidade por aplicação de metodologia não prevista em lei, cabe reiterar que o levantamento fiscal foi realizado em consonância com as disposições legais, pois, com fulcro na Lei nº 7.014/96, RICMS/BA/12 e RPAF/99, tendo sido identificado o crédito tributário para cada período de apuração em que ocorreram os fatos.

Quanto a alegação defensiva de necessidade de apuração do imposto efetivamente devido, mediante o refazimento da escrita fiscal, não vislumbro a necessidade de refazimento de sua Escrituração Fiscal Digital - EFD, haja vista que o objeto da autuação diz respeito à utilização indevida de alíquota do ICMS destacado nos documentos fiscais, conforme demonstrado no levantamento levado a efeito pelo autuante, fundamentado nos valores constantes na escrita fiscal da empresa. Na realidade, no presente caso, conforme será explicitado mais adiante no exame do mérito da autuação, não há necessidade de um refazimento da escrita fiscal, mas sim de se analisar se o destaque indevido implicou em descumprimento de obrigação principal, ou seja, em falta de recolhimento do imposto ou não, no período objeto da autuação.

Não acolho, portanto, a nulidade arguida.

No mérito, importante sinalizar para o conteúdo da norma vigente à época dos fatos geradores. Transcrevo abaixo o art. 16, inciso I, alínea “c” da Lei nº 7.014/96 vigente à época, sendo certo afirmar que referida norma legal sofreu alterações significativas em seu conteúdo a saber:

Redação anterior dada à alínea "c", do inciso I do caput do art. 16 pela Lei 7.357, de 04/11/98, DOE de 05/11/98, efeitos de 01/01/99 a 22/03/15:

*“c) mercadorias **saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado** e destinadas a empresas de pequeno porte, microempresas e ambulantes, quando inscritas no cadastro estadual, exceto em se tratando das mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária e das mercadorias relacionadas nas alíneas "a" a "j" do inciso II;” grifo nosso.*

Os fatos geradores autuados são do exercício de 2015, cujo conteúdo assim dispõe:

Redação anterior dada à alínea "c", do inciso I, do caput do art. 16 pela Lei 13.207, de 22/12/14, DOE de 23/12/14, efeitos de 23/03/15 a 21/12/17:

*“c) mercadorias **saídas diretamente do estabelecimento fabricante situado neste Estado** com destino a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual, exceto em se tratando das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e das mercadorias não enquadradas no regime de substituição relacionadas nos incisos II, III e IV do caput deste artigo;” grifo nosso.*

Observando o que dispõe o art. 9º, inciso III do RIPI, aprovado pelo Decreto nº 7212/2010, verifico que a recorrente, de fato, se enquadra nas hipóteses de equiparação, haja vista restar comprovado que comercializa mercadorias industrializadas por outro estabelecimento da mesma empresa, estando, portanto, equiparada a industrial perante a legislação federal. Eis abaixo o fundamento legal:

“Art. 9º - Equiparam-se a estabelecimento industrial:

I - os estabelecimentos importadores de produtos de procedência estrangeira, que derem saída a esses produtos (Lei nº 4.502, de 1964, art. 4º, inciso I);

II - os estabelecimentos, ainda que varejistas, que receberem, para comercialização, diretamente da repartição que os liberou, produtos importados por outro estabelecimento da mesma firma;

III - as filiais e demais estabelecimentos que exerceram o comércio de produtos importados, industrializados ou mandados industrializar por outro estabelecimento da mesma firma, salvo se aqueles operarem exclusivamente na venda a varejo e não estiverem enquadrados na hipótese do inciso II (Lei nº 4.502, de 1964, art. 4º, inciso II, e § 2º, Decreto-Lei no 34, de 1966, art. 2º, alteração 1ª, e Lei no 9.532, de 10 de dezembro de 1997, art. 37, inciso I);”

Ocorre que, diante do requisito estabelecido no ordenamento estadual vigente aos fatos geradores acima referidos, entendo que a mera equiparação do estabelecimento como indústria não garante, por si só, o direito ao benefício de redução de alíquota.

Veja que a normativa trata da fabricação neste Estado da Bahia, não sendo admitido, portanto, estender esse requisito para os contribuintes industriais aqui sediados.

Não se pode ignorar o intuito do legislador ao alterar o conteúdo da lei em referência. O propósito econômico está amparado no mecanismo de atração de agentes econômicos e dinamização da economia como forma de atrair capitais e promover o desenvolvimento de uma região.

Acatar a tese de defesa fere o princípio do protecionismo do Estado da Bahia, sendo que a mera equiparação industrial não satisfaz as condicionantes ali dispostas.

Em referência à infração 02, alega a recorrente que suas operações de saída objeto da autuação foram todas realizadas com o efetivo repasse do benefício fiscal previsto no art. 16, I, “c” da Lei nº 7.014/96, na medida em que as notas fiscais emitidas confirmam o repasse dos descontos por dispor do destaque da alíquota de 7%.

Todavia, as notas fiscais que compõe a autuação não evidenciam qualquer informação de que houve aplicação do desconto especial para ME e EPP, bem como não traz destacado qualquer desconto, ainda que, de fato, conste informado a utilização da alíquota de 7% em decorrência do regime favorecido dessas operações.

No caso em análise, a recorrente ao aplicar a alíquota de 7% nas vendas realizadas a empresas enquadradas no Regime do Simples Nacional, não menciona no campo “OBSERVAÇÕES COMPLEMENTARES” que a referida redução foi concedida em desconto financeiro à empresa adquirente, conforme obrigação disposta no parágrafo 1º, inciso II da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrita:

§ 1º A aplicação da alíquota de 7% (sete por cento), prevista na alínea “c” do inciso I do caput deste artigo, fica condicionada ao repasse para o adquirente da mercadoria, sob a forma de desconto, do valor correspondente ao benefício fiscal, devendo o desconto constar expressamente no documento fiscal.

Se observados os demonstrativos, suportes da presente autuação, é possível concluir que constam apenas listadas as operações objeto da presente infração. Não há, portanto, confronto dos valores supostamente aplicados nas vendas realizadas pela recorrente submetidas à alíquota reduzida e integral do ICMS. Isto porque, este é um critério técnico que supostamente permitiria identificar se a condição permissiva da tributação com a alíquota reduzida foi ou não cumprida mediante uma redução em torno de 10,75269%, no comparativo dos valores recebidos das vendas para os contribuintes optantes pelo Simples Nacional.

A postura da recorrente, contudo, não foi proativa no sentido de provar que os preços aplicados nas operações junto a contribuintes do Simples Nacional são, em verdade, inferiores aos aplicados aos contribuintes normais e, portanto, elucidar os fatos questionados. Todavia, não se observa qualquer prova acostada aos autos, se restringindo a recorrente a requerer perícia técnica.

Ou seja, o princípio da verdade material incumbe à autuada o ônus probante que lhe é atribuído, sendo perfeitamente possível que fosse trazido aos autos a prova real do repasse aos contribuintes (micro e EPP) através de simples confronto entre os dois tipos de operações distintas: a primeira enquadrada no benefício fiscal do art. 16, inciso I, “c” da Lei nº 7.014/94, e a segunda não (operações normais), o que não se vê nos autos.

Não trouxe, contudo, a recorrente, nem por amostragem, qualquer elemento de prova que infirme o quanto alegado pelo fiscal autuante.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO DISCORDANTE

Peço licença à nobre Relatora e aos Conselheiros que, à minha exceção, em uníssono a seguirem, mas em relação à Infração 01 tenho dificuldades de acolher como não ofensiva à isonomia tributária o tratamento dispensado ao contribuinte que, situado no Estado da Bahia, adquire e comercializa os produtos derivados de leite.

Temo, na fundamentação, que estejamos a tratar de princípios eventualmente incompatíveis com a ordem do ICMS: “mecanismo de atração de agentes econômicos e dinamização da economia como forma de atrair capitais e promover o desenvolvimento de uma região”, ou “princípio do protecionismo do Estado da Bahia” é algo deveras arriscado de chamar à fundamentação, considerando que no âmbito do ICMS o que impera é justamente o oposto: para utilizar o imposto como política de atração de investimentos, é necessária a aprovação dos meios desonerativos junto ao CONFAZ.

Pelo exposto, sou pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para julgar parcialmente procedente o Auto de Infração, apenas no que concerne à Infração 02, e julgar insubsistente a Infração 01.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207098.0004/19-7, lavrado contra **BETÂNIA LÁCTEOS S. A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$410.521,60**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Leila Barreto Nogueira Vilas Boas, Marcelo Mattedi e Silva, Eduardo Ramos de Santana, Carlos Henrique Jorge Gantois e Maurício Souza Passos.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiro: Henrique Silva Oliveira.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

HENRIQUE SILVA OLIVEIRA – VOTO DISCORDANTE

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS