

**PROCESSO** - A. I. Nº 108529.0010/18-1  
**RECORRENTE** - BRF S.A.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0011-04/20  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 01/04/2021

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0016-12/21-VD**

**EMENTA:** ICMS. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS, DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. BONIFICAÇÕES. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não há previsão, na legislação tributária estadual, no sentido de que as operações de saídas de mercadorias a título de remessas em bonificações sejam isentas ou que não ocorra incidência do imposto. Não acolhida a arguição de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte contra a decisão proferida pela 4ª JF, que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 14/12/2018, para exigir ICMS em decorrência da falta de recolhimento do imposto em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. “Débito a menor – Doação/bonificação sem tributação” - R\$176.328,50, acrescido da multa de 60%.

Na Decisão recorrida (fls. 144 a 149) inicialmente foi rejeitado a nulidade suscitada sob a alegação de existência de vício material e insegurança na determinação da base de cálculo, dos fatos geradores e da matéria tributável, fundamentando que o lançamento não se baseia em presunção como alegado, tendo como suporte a planilha “*Demonstrativo: Débito a menor – Doação/bonificação sem tributação – Relação de notas/itens*”, que relaciona notas fiscais emitidas e escrituradas pelo estabelecimento autuado, na qual foi apurado existência de mercadorias tributáveis que foram consideradas como não tributáveis, não presumindo que houve recolhimento a menos ou falta de recolhimento do tributo, estando a matéria tributável plenamente determinada, com indicação do cálculo do tributo devido e sua base de cálculo, que se encontram identificadas e que foi dado conhecimento ao autuado.

Não acolhido o pedido de nulidade do Auto de Infração, passou ao exame do mérito:

O principal argumento defensivo, é no sentido de que não há incidência do ICMS sobre operações de remessas em bonificação, porém, não indica onde se encontra tal fato previsto na legislação tributária estadual.

A este respeito, a Lei nº 7.014/96, através do seu Art. 3º, que trata justamente da não incidência do imposto, não faz qualquer menção a operações relacionadas a remessas de mercadorias em bonificação ou doação.

Por outro lado, o Art. 1º, inciso I da mesma Lei, estabelece que o ICMS tem como fato gerador “a realização de operações relativas à circulação de mercadorias”, enquanto que em seu Art. 2º, inciso I, está disciplinado que o ICMS incide sobre “a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, (...)”, logo, neste contexto, as operações de remessas de mercadorias em bonificação se inserem tanto no contexto do fato gerador do imposto, quanto na questão da incidência, até porque, apesar de não haver preço de venda sendo praticado, o valor da operação corresponde ao preço de aquisição ou de custo da mercadoria, sobre o qual, o contribuinte se beneficiou com o crédito fiscal incidente sobre a operação de entrada, e não existe previsão para a manutenção deste crédito. Logo, a operação de saída, mesmo a preço de aquisição, entendo que

deverá ser tributada.

No tocante à citação pelo autuado da Súmula nº 166 do STJ, vejo que não se aplica às operações de saídas em bonificação, já que a referida Súmula se refere especificamente a operações de transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, o que não é o caso presente.

Por outro ângulo, apesar do autuado citar em seu socorro decisões oriundas de respeitáveis Tribunais Superiores, considero que, por não se configurarem com efeitos vinculantes, deve ser observada a legislação tributária estadual em vigor, que não prevê isenção ou não incidência de ICMS nas operações de saídas de mercadorias a título de bonificações, mesmo porque, em se tratando de atividade vinculada, deve ser obedecido o disposto pela legislação tributária vigente.

E este é o entendimento que vem sendo consagrado neste CONSEF, razão pela qual, com a devida vênia, transcrevo parte do Voto proferido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0360-12/17, que trata de matéria semelhante à que ora aqui se enfrenta, cujos fundamentos nele contido, ficam incluídos neste voto:

*“Em consonância com o art. 169, I, “a” do RPAF/99, verifico que foi atendida a condição prevista na aludida alínea “a” do apontado regulamento, competindo a interposição do previsto recurso de ofício da decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão 1ª JF nº 0085-01/17).*

*A exigência tributária, constante do presente Auto de Infração, decorre da alegação de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, em razão de o sujeito passivo ter realizado operações de saídas de mercadorias em bonificação, doação ou brinde (CFOP 5910 e 6910) em valor inferior ao estipulado pela legislação do imposto, ocasionando um destaque menor do ICMS e, conseqüentemente, um recolhimento a menos.*

*Sustenta o impugnante que: “muito embora tenha submetido tais operações com bonificação à tributação pelo seu valor de custo, imposto algum seria devido na espécie, cabendo, inclusive o direito à restituição do valor já pago a este título, sendo este entendimento pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na sistemática de Recursos Repetitivos, conforme o Resp. nº 1111156/SP, de 24/10/2009, bem como nos tribunais administrativos federais e estaduais.”*

*A decisão a quo foi unânime pela improcedência do Auto de Infração, com a fundamentação de que, “apesar de haver incidência do ICMS nas operações de saídas de mercadorias concedidas em bonificação, constato que, no presente caso, a autuação não pode prosperar, pois o autuado destacou e recolheu o ICMS sobre o valor de custo das mercadorias, inexistindo, a meu ver, impedimento legal para que utilizasse tal base de cálculo, bem como obrigatoriedade para que utilizasse a base de cálculo adotada pela Fiscalização, no caso o preço de mercado.”*

*Verifico, em breve exame da jurisprudência desse Contencioso Administrativo Tributário, decisões no sentido de que há incidência do ICMS nas operações com mercadorias contempladas pela bonificação. Consta do ACÓRDÃO CJF Nº 0133-12/17, desta 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, entendimento, através do voto do relator de que: “Há de se ressaltar que se entende por bonificação ‘a realização de vendas por meio de concessão de desconto comercial disfarçado mediante entrega de uma quantidade adicional da mercadoria vinculada ao negócio realizado’. Todavia, se se atribui à operação de bonificação algum valor monetário, sobre ele incidirá o ICMS, do mesmo modo que há a incidência do tributo nas operações de doação, pois a Lei nº 7.014/96 estabelece, em seu artigo 1º, inciso I, c/c seus §§1º, inciso V, e 2º, que: (i) mercadoria é ‘qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica’; (ii) o ICMS incide sobre a ‘realização de operações relativas à circulação de mercadorias’, independentemente de haver “resultado financeiro obtido com a operação’.”*

*Nessa mesma linha, a 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, no ACÓRDÃO CJF Nº 0231-11/16, assenta o entendimento de que: “as bonificações se caracterizam como mercadorias distribuídas como bônus, por ter o cliente efetivado vendas em quantidades fixadas em metas anteriormente estabelecidas pelo fornecedor, mas que não se enquadram como amostra grátis, visto que apesar de não haver pagamento pelo fornecimento das mercadorias bonificadas, as mesmas são revendidas e o art. 54, I, ‘a’ do RICMS/97 prevê que se inclui na base de cálculo do ICMS, que literalmente indica ‘inclusive o valor das mercadorias fornecidas ou dos serviços prestados a título de bonificação’.”*

*Com a devida vênia, no que tange às mercadorias, cabe lembrar que o ICMS incide sobre operações relativas à sua circulação, ou seja, operações que têm mercadoria como objeto (art. 155, II da CF). Em consonância com a primeira decisão paradigma, a bonificação se concretiza através de um acréscimo da quantidade de mercadoria entregue, presumindo-se a existência de um desconto no negócio por unidade vendida. Quando ocorre a bonificação, estamos falando em uma quantidade de mercadoria adicional que se destina à revenda, portanto, ao examinarmos os aspectos do fato gerador do ICMS, verifica-se que há circulação jurídica, claramente*

*identificada que se materializou com a transferência da titularidade da mercadoria, ou seja, há “operação relativa à circulação de mercadoria”, que não necessita ser onerosa, resultando, dessa forma, na ocorrência do fato imponible (fato gerador in concreto).*

*Ocorrido o fato gerador, não há o que questionar quanto à sujeição passiva, na medida em que o autuado é quem tem relação direta com o fato gerador ao efetuar a saída da mercadoria. Já a alíquota e a base de cálculo quantificarão a obrigação tributária. A alíquota é a aplicada para as demais mercadorias da mesma espécie constantes dos documentos fiscais, em relação à qual não há controvérsia. Resta, contudo, o exame da base de cálculo. A base de cálculo do ICMS, nas saídas das mercadorias do estabelecimento do contribuinte, ainda que seja para outro do mesmo titular, é o valor da operação, conforme art. 13, I da Lei Complementar nº 87/96 e art. 17, I da Lei nº 7014/96, bem como consta do §1º da retro mencionada lei estadual, que integra a base de cálculo: o seguro, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como os descontos concedidos sob condição. No presente caso, o sujeito passivo fixou o valor de custo da mercadoria para determinar o valor da operação mercantil relativo aos produtos sob bonificação e, sobre essa base de cálculo, aplicou a alíquota correspondente, quantificando, assim, a obrigação tributária.*

*Destarte, não vejo o que retocar na decisão a quo pela improcedência da autuação, quando, apesar de sustentar, acertadamente, a incidência do ICMS nas operações com mercadorias sob bonificação, conforme já alinhado, não identifica qualquer impedimento legal para que o sujeito passivo fixe o preço de custo como valor da operação e base de cálculo do ICMS para tais mercadorias e recolha o imposto decorrente, como foi o presente caso, até porque o sujeito passivo, ao fixar o preço de custo, descaracteriza a alegação de inexistência do valor da mercadoria na forma do art. 17, §3º da Lei nº 7014/96, em que se ampara a fiscalização ao fixar o preço de mercado como base de cálculo.*

*No que alude à tese sustentada pelo sujeito passivo, acompanhada da jurisprudência colhida tanto na esfera judicial quanto na administrativa, sigo o entendimento da JJF, quando alinha que “a legislação tributária estadual aponta claramente a ocorrência do fato gerador do imposto nas saídas de bens/mercadorias, não importando se em operações onerosas ou não, excepcionando apenas as operações com energia elétrica, consoante o art. 2º, § 2º, da Lei Complementar nº 87/96, e art. 2º, inciso VIII, § 1º, inciso V, da Lei nº 7.014/96”.*

*No que diz respeito à multa aplicada no percentual de 60% observo que é legalmente prevista pela Lei nº 7.014/96, portanto, deve ser mantida, ao teor do Art. 167, I do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta.*

*Quanto ao pedido de redução da multa, esclareço que por se tratar de penalidade por descumprimento de obrigação principal, foge da competência das Juntas de Julgamento essa atribuição.*

*Finalmente, quanto ao pedido do autuado para que seus procuradores sejam intimados para efeito de efeito de sustentação oral na sessão de julgamento, esclareço que essas sessões são públicas e publicadas no site da SEFAZ, enquanto que os representantes legais das empresas, quando devidamente cadastrados, recebem as intimações informando a data e horário da realização das sessões. Quanto às intimações relacionadas ao presente processo, nada obsta que também sejam encaminhadas aos representantes legais do autuado, entretanto, tal procedimento obedece precipuamente ao previsto pelo Art. 108 do RPAF/BA.*

*Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.*

No Recurso Voluntário interposto por meio dos advogados Henrique Gaede, OAB/PR nº 16.036 e Roseli Isabel Pazzetto, OAB/PR nº 18.950 (fls. 159 a 171), inicialmente descreve a infração, ressalta a tempestividade do recurso, transcreve a ementa do Acórdão recorrido, que entende deva ser reformado conforme argumentos que passou a expor.

Reapresenta a nulidade suscitada que foi negada na Decisão proferida pela 4ª JJF, sob o argumento de que o Fisco deixou de analisar as remessas de mercadorias em bonificações, sem provar o lançamento tributário, concluindo que houve recolhimento a menor do ICMS. Entende que a acusação baseia-se em presunção, ferindo o disposto no art. 142 do CTN e os princípios expressos no art. 2º do RPAF/BA, em especial o da verdade material e da garantia de ampla defesa. Requer que seja declarado a nulidade do lançamento nos termos do Art. 18, IV do RPAF/BA, por não conter elementos suficientes para a determinação da infração e do infrator, incutindo em flagrante nulidade, por vício material, por ofensa ao art. 142 do CTN e art. 18, IV, “a” RPAF/BA.

No mérito, comenta que o Acórdão partiu da premissa que a Lei nº 7.014/96 que trata da não incidência, não faz menção a operações de remessa de mercadorias em bonificação, mas deve ser reformado por não se caracterizar hipótese de incidência de ICMS.

Em seguida, reapresenta os argumentos apresentados na defesa de que para fomentar suas operações e estreitar o relacionamento com seus clientes, adota a prática comercial de fornecer mercadorias em bonificação, conforme cópias de NFes nºs 1.932.567 e 2.393.445 (fl. 16).

Ressalta que a mercadoria remetida em bonificação não é cobrada do destinatário, não havendo preço de venda a ser praticado, cujo ônus econômico do custo é suportado pelo remetente e de forma equivocada a fiscalização entende que a bonificação estaria sujeita à incidência do ICMS.

Argumenta que a matriz constitucional do ICMS prevê que a operação de circulação de mercadorias tem como base de cálculo o valor da operação mercantil efetivamente realizada, (LC Nº 87/96) não se incluindo as remessas em bonificação, visto que não há “*preço de venda*”.

Afirma que a condição necessária para atrair a incidência do ICMS foi reconhecida pelo STJ, na Súmula nº 166 que afasta a incidência do ICMS nas transferências de mercadorias e que foi equivocada a fundamentação da 4ª JF de que não se aplica as bonificações, que caracteriza circulação física e não circulação econômica, como se fosse um desconto incondicional, quando ocorre a redução no preço da mercadoria sem exigência de qualquer contrapartida do comprador.

Transcreve as ementas de julgados do STJ (fls. 167/168), que manifestou entendimento de que as mercadorias remetidas em bonificação correspondem a uma espécie de desconto incondicional (REsp 1.111.156/SP/2009; AgRg no AREsp 170.516/SC/2013 e REsp 1366622/SP/2013).

Destaca que o Tribunal de Justiça deste Estado tem seguido o precedente do STJ, reafirmando a jurisprudência que o ICMS não pode incidir sobre os descontos incondicionais, bem como sobre as mercadorias remetidas em bonificação a exemplo do Apelação nº 0044237-58.2010.8.05.0001/2014 e Apelação nº 00382690-44.2013.8.05.0001/2016.

Requer que o Acórdão seja reformado, por se tratar de remessas em bonificações que equivalem aos descontos incondicionais e não se sujeitam ao ICMS, a teor da Súmula nº 457 do STJ: “*os descontos incondicionais nas operações mercantis não se incluem na base de cálculo do ICMS.*”

Manifesta que a Decisão do STJ em sede Recurso Especial Representativo de Controvérsia, REsp nº 1.111.156/SP e da Súmula nº 457, deve ser seguido pela administração pública, sob pena da cobrança ser posteriormente declarada ilegal caso venha a levar a discussão para a via judicial, destacando que o art. 180 do RPAF/BA prevê expressamente a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e o disposto no art. 927, III (Recurso Extraordinário e Repetitivos) do CPC.

Argumenta que caso não se entenda pela improcedência do lançamento, como argumento adicional requer que seja afastada a penalidade com percentual de 60%, considerada abusiva por afrontar o princípio da equidade e não-confisco (art. 108, IV do CTN e 150, IV da CF/88), conforme entendimento manifestado pelo STF. Requer anulação ou redução da multa aplicada.

Requer o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração por vício material, se não declarado, que seja julgado improcedente ou que seja afastada ou reduzida a multa aplicada.

Registra-se a presença na sessão de julgamento, via videoconferência, o advogado do Autuado, Dr. Wellington Felipe oliveira de Lima – OAB/PR nº 86.712 que fez uso da palavra para sustentação.

## VOTO

O Auto de Infração em lide, exige ICMS sobre operações com mercadorias remetidas em bonificação.

No Recurso Voluntário interposto, o sujeito passivo reapresentou os mesmos argumentos da defesa, que não foram acolhidos na Decisão ora recorrida, em síntese:

1. Nulidade do lançamento, por ter sido baseado em presunção;
2. As operações bonificadas têm circulação física, mas não econômica e fora do campo de incidência do ICMS;

3. Aplicar a jurisprudência do STJ e TJBA, de que a bonificação equivale a um desconto incondicional.
4. Cancelamento ou redução da multa.

No tocante à nulidade suscitada, observo que conforme fundamentado na Decisão recorrida, o lançamento tem como suporte a planilha intitulada *Débito a menor – Doação/bonificação sem tributação*, gravada na mídia à fl. 11, cuja cópia foi entregue ao autuado, na qual foi relacionado o número da nota fiscal, descrita a mercadoria, o valor consignado que não foi tributado pela empresa, e a fiscalização aplicou a alíquota pertinente (17%) e apurou o valor do ICMS devido.

Portanto, não foi apurado o tributo mediante presunção (art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96), e sim em fatos geradores conhecidos que a fiscalização identificou na escrituração do sujeito passivo, entendeu como operações tributáveis, apurou a base de cálculo e exigiu o ICMS aplicando a alíquota prevista para as operações, em conformidade com o disposto no art. 142 do CTN.

Assim sendo, fica rejeitada a nulidade suscitada.

No mérito, quanto ao argumento de que as operações bonificadas têm circulação física, mas não tem circulação econômica e fora do campo de incidência do ICMS, observo que na decisão recorrida, foi fundamentado que o art. 3º da Lei nº 7.014/96, trata da não incidência do imposto e não faz qualquer menção a operações de remessas de mercadorias em bonificação, bem como a saída da mercadoria do estabelecimento configura ocorrência do fato gerador, previsto no art. 1º, I e circulação de mercadoria estabelecido no art. 2º, I, tudo da mencionada Lei.

Da mesma forma, não é coerente o argumento de que a operação de bonificação se configura uma espécie de “*desconto incondicional*”, pois são eventos de natureza econômica e contábil distintos, que devem ter tratamentos diferenciados perante a legislação do ICMS.

Conforme fundamentado no ACÓRDÃO CJF Nº 0231-11/16:

*“as bonificações se caracterizam como mercadorias distribuídas como bônus, por ter o cliente efetivado vendas em quantidades fixadas em metas anteriormente estabelecidas pelo fornecedor, mas que não se enquadram como amostra grátis, visto que apesar de não haver pagamento pelo fornecimento das mercadorias bonificadas, as mesmas são revendidas e o art. 54, I, ‘a’ do RICMS/97 prevê que se inclui na base de cálculo do ICMS, que literalmente indica ‘inclusive o valor das mercadorias fornecidas ou dos serviços prestados a título de bonificação’.”*

Já o desconto incondicional, constitui uma parcela redutora do preço de vendas, quando constar na nota fiscal de venda das mercadorias.

Tomando por exemplo a NFe nº 1.932.567 juntada com o recurso à fl. 164, consigna bonificação de 60 Kg de linguiça mista com valor de R\$291,00, vejamos o tratamento tributário das operações contempladas com desconto incondicional e remessa em bonificação:

- A) Se o valor de R\$291,00 correspondesse a um desconto incondicional concedido pelo vendedor que correspondesse a um **desconto** de 10% na nota fiscal, o valor de fatura a ser paga seria o valor total da mercadoria com dedução do valor do desconto de R\$291,00. Neste caso, o desconto tem uma natureza financeira com valor de R\$291,00 que fica fora do campo de incidência do ICMS, configurando um redutor da receita da venda.
- B) No caso de o vendedor ter estabelecido uma meta de venda de seu produto que o destinatário tenha atingido, a remessa dos 60 Kg de linguiça de bonificação não será paga pelo comprador, mas as mercadorias recebidas em **bonificação** serão comercializadas pelo destinatário, gerando receita para a empresa, mesmo não tendo sido pago nenhum valor financeiro por elas.

Pelo exposto, conforme fundamentado no ACÓRDÃO CJF Nº 0231-11/16, “*apesar de não haver pagamento pelo fornecimento das mercadorias bonificadas, as mesmas são revendidas*” e não se caracteriza como um desconto financeiro e sim circulação de mercadorias, com transferência de titularidade e que serão posteriormente revendidas. Logo, ocorre o fato gerador do ICMS, cuja

base de cálculo do imposto é o valor das mercadorias que deram saída do estabelecimento do contribuinte, nos termos do art. 13, I da LC nº 87/96 e art. 17, I da Lei nº 7014/96.

Atente-se que o desconto é de natureza financeira, e a bonificação não, ou seja as unidades das mercadorias recebidas em **bonificação** serão objeto de revenda, constituindo fato gerador do ICMS e afetadas pelo sistema plurifásico de tributação do imposto, bem como pela não cumulatividade, compensando o débito gerado pela saída subsequente da venda (doação, ....) das unidades recebidas como bonificação, com os créditos das entradas das mercadorias das operações antecedentes.

Já com relação ao desconto **incondicional**, por ser de natureza financeira, não tem saída posterior, não afeta o débito e o crédito do ICMS nas operações subsequentes com relação a operação de aquisição da mercadoria. Neste contexto, em resposta a Solução de Consulta COSIT nº 34/2013, a Receita Federal informa que:

*BASE DE CÁLCULO. DESCONTOS CONDICIONAIS E INCONDICIONAIS. Os descontos incondicionais consideram-se parcelas redutoras do preço de vendas, quando constarem da nota fiscal de venda dos bens ou da fatura de serviços e não dependerem de evento posterior à emissão desses documentos; esses descontos não se incluem na receita bruta da pessoa jurídica vendedora e, do ponto de vista da pessoa jurídica adquirente dos bens ou serviços, constituem redutor do custo de aquisição, não configurando receita.*

Portanto, bonificação e desconto incondicional são eventos econômicos distintos, ou seja, a bonificação configura a entrega de uma quantidade adicional as mercadorias adquiridas sem que o comprador pague por elas e gera incidência do imposto de circulação das mercadorias em eventos posteriores de comercialização, enquanto o desconto incondicional configura uma parcela redutora do preço da venda, que não gera impacto em eventos subsequentes.

Ressalto ainda, que o art. 17, § 1º, II, “a” da Lei nº 7.014/96, prevê que integra a base de cálculo do ICMS os “descontos concedidos sob condição”, o que a contrário senso não integra a base de cálculo do desconto incondicional.

Como fundamentado na Decisão recorrida, o art. 3º da mencionada Lei, trata da não incidência e não faz referência a bonificação. Já o art. 54, I, ‘a’ do RICMS/1997, já revogado, previa que se incluía na base de cálculo do ICMS, *‘inclusive o valor das mercadorias fornecidas ou dos serviços prestados a título de bonificação’*.

Conforme citado na decisão da Primeira Instância, esta 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, manifestou entendimento no ACÓRDÃO CJF Nº 0133-12/17 de que:

*Todavia, se se atribui à operação de bonificação algum valor monetário, sobre ele incidirá o ICMS, do mesmo modo que há a incidência do tributo nas operações de doação, pois a Lei nº 7.014/96 estabelece, em seu artigo 1º, inciso I, c/c seus §§1º, inciso V, e 2º, que: (i) mercadoria é ‘qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica’; (ii) o ICMS incide sobre a ‘realização de operações relativas à circulação de mercadorias’, independentemente de haver “resultado financeiro obtido com a operação”.*

Portanto, mesmo que não haja pagamento pelas bonificações, a saída do estabelecimento configura operação de circulação de mercadoria, e há incidência do ICMS, bem como na operação subsequente de revenda das mercadorias bonificadas, que podem compensar o valor do imposto pago na operação anterior da remessa em bonificação.

Quanto à solicitação que seja aplicado o teor da Súmula nº 457 do STJ, observo que a mesma prevê que *“os descontos incondicionais nas operações mercantis não se incluem na base de cálculo do ICMS”*, observo que conforme apreciado anteriormente, a legislação do imposto prevê que integra a base de cálculo os descontos *“condicionais”* e descontos incondicionais não são equivalentes a bonificações, visto que tem natureza financeira e não de mercadorias em circulação contempladas com bonificação.

Com relação à solicitação de aplicar o entendimento das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e TJ-Ba, observo que conforme fundamentado na decisão ora recorrida, não possui efeitos vinculantes, devendo *“ser observada a legislação tributária estadual em vigor, que não prevê isenção ou não incidência de ICMS nas operações de saídas de mercadorias a*

*título de bonificações, mesmo porque, em se tratando de atividade vinculada, deve ser obedecido o disposto pela legislação tributária vigente”.*

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 60% é prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, portanto, é legal e de acordo com o artigo 167, I do RPAF/BA, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fl. 4), se atendido as condições estabelecidas no art. 45 da Lei nº 7.014/96, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado e atendida às condições estabelecidas, a multa pode ser contemplada com redução de até 70%, o que em termos efetivo gera ônus menor que o percentual indicado.

Por tudo que foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 108529.0010/18-1, lavrado contra **BRF S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$176.328,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS