

PROCESSO - A. I. Nº 269358.0011/17-7
RECORRENTE - NESTLÉ BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0040-02/20
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/09/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0227-12/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Restou comprovado que o sujeito passivo aplicou alíquota de 7%, prevista para as operações destinadas a empresas optantes do Simples Nacional (ME e EPP), e aplicou a alíquota integral e redução da carga tributária equivalente a 10%, prevista para os estabelecimentos atacadistas que utilizam os benefícios fiscais previstos no Decreto nº 7.799/2000. Infração improcedente. Modificada a decisão recorrida. 2. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Documentos juntados aos autos comprovam que os destinatários são revendedores das mercadorias, conforme inscrição no Cadastro de Contribuintes. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. 3. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTA. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Não comprovada a alegação de que se trata de operações de devolução pela não entrega e retorno. Infração procedente. Mantida a Decisão recorrida deste item. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, com base no art. 169, I, “b” do RPAF/BA, contra a decisão da 2ª JJF que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado 22/09/2017, exigindo tributos no valor de R\$202.403,46, relativo a onze infrações, sendo que é objeto do recurso as infrações 5, 9 e 10 que acusam:

5. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (2014 e 2015). Consta na descrição dos fatos que “o estabelecimento não concedeu o desconto de 10,7527% em operações de saída para Estabelecimentos optantes pelo Simples Nacional, aplicando, indevidamente, a tais operações a redução de carga tributária para 10%, conforme instituído pelo Dec. nº 7.799/2000. Para tais operações, entretanto, é aplicável a alíquota de 7% conforme art. 16, I, § 1º, da Lei 7.014/96, o que afasta a aplicação do regime jurídico pelo referido decreto, uma vez que este se destina apenas às operações tributadas a 17% ou 18%, conforme seu artigo 5º (Anexo IV) - R\$98.135,20, acrescido da multa de 60%.

9. Deixou de proceder a retenção do ICMS e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (2014 a 2016), com descrição dos fatos: “o estabelecimento na qualidade de substituto tributário omitiu-se da retenção e consequente recolhimento do ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA incidente sobre operações de saída de produtos enquadrados” (Anexo VI) - R\$22.543,01, acrescido da multa de 60%.

10. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade por descumprimento de obrigação acessória de 1% sobre o valor do documento (2014 e 2015 - Anexo VII) - R\$ 973,51.

No tocante a estas infrações, a Decisão proferida pela 2ª JJF (fls. 739 a 752) inicialmente ressaltou

que foram impugnadas apenas as infrações 5, 9 e 10, visto que foram quitadas as infrações 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8 e 11. De ofício retificou o percentual de 150% da infração 7, em decorrência da promulgação da Lei nº 14.183/2019, que estabeleceu o percentual de 100%, atentando que o teor do artigo 106, II, “c” do CTN, reconhece a retroatividade benéfica da norma jurídica, motivo pelo qual, fez o reenquadramento de ofício.

Indeferiu o pedido para realização de diligência, fundamentando que resta prejudicado, não somente pela adoção de tal medida em duas oportunidades, bem como pela presença nos fólios de todos os elementos de convencimento para o deslinde da matéria em discussão, não cabendo mais qualquer averiguação ou esclarecimento em relação aos fatos da lide.

Com relação as infrações contestadas, apreciou que:

Na infração 05 os documentos acostados às fls. 118 a 146 se referem ao demonstrativo elaborado pelos autuantes, ao passo que às fls. 413 a 462, constam as condições de microempresas dos destinatários.

A discussão reside no fato da regra insculpida no artigo 16, inciso I, alínea “c” da Lei 7.014/96 determinar:

“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, optantes do Simples Nacional, 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”.

Este é o entendimento que motivou o lançamento, enquanto a empresa, signatária do Termo de Acordo previsto no Decreto 7.799/00 teria aplicado a redução de carga tributária para 10% em tais operações com alíquotas diferentes de 17% e 18%, seguindo os termos daquele instrumento normativo, em desatenção ao contido no seu artigo 5º:

“Art. 5º A redução de base de cálculo prevista no art. 1º não se aplicará às saídas internas de mercadorias cuja alíquota incidente na operação seja inferior ou superior a 17% (dezessete por cento).

A condição dos destinatários das mercadorias de empresas optantes pelo Simples Nacional está devidamente comprovada, através dos documentos colacionados ao feito, apenas cabe aqui se verificar a real condição das operações. Em primeiro lugar, a empresa apenas contesta que todos os destinatários se encontravam na condição de optantes do Simples Nacional, o que não vem a ser o cerne da autuação, e sim, a realização de operações nas quais a alíquota das mercadorias comercializadas é de 7%, e como tal, não deveriam ter a redução de base de cálculo para tributação equivalente a 10%, por vedação expressa, conforme acima visto.

E quanto a esse aspecto, a empresa nada alega, inclusive quando lhe foi oportunizada a possibilidade de se contrapor aos argumentos dos autuantes explicitados na informação fiscal, razão pela qual entendo ser possível a aplicação do disposto no artigo 143 do RPAF/99, segundo o qual a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Infração mantida.

Na infração 09 a tese da defesa se baseia no argumento de que não caberia a retenção e recolhimento do ICMS ST por serem operações para consumidor final ou não contribuintes do ICMS, ao passo que a argumentação dos autuantes se estriba na documentação acostada às fls. 158 a 197, onde demonstram que as notas fiscais emitidas pelo sujeito passivo o foram para contribuintes devidamente inscritos no cadastro do ICMS.

Assim, a resolução da mesma depende única e exclusivamente da prova material, diante do fato de que o artigo 8º, inciso I da Lei 7.014/96, determina serem responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados, o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito ou desabilitado no Cadastro, desde que as tenha recebido sem a cobrança antecipada do imposto.

Logo, em nome da verdade material, caberia aos autuantes provarem que as operações mencionadas no Anexo VI dos autos, efetuadas sem a retenção do imposto a título de substituição tributária se destinavam a contribuintes inscritos no cadastro do estado da Bahia, ou, em sentido contrário, o contribuinte comprovar que de fato, como alegado na peça defensiva, estes não eram contribuintes, e por via de consequência, operações a

elas destinadas não deveriam ter retenção do imposto.

Como já dito, a resolução da lide, em tal situação, depende apenas e tão somente de análise da verdade material, princípio basilar no processo administrativo fiscal, a qual foi buscada no feito.

Discorreu sobre o princípio da verdade material, citando texto de doutrinadores (Odete Medauar; Hely Lopes Meirelles) ressaltando que *“tal princípio impõe à Administração Pública o dever de provar os fatos alegados, sendo regra a vedação de aplicar-se como verdadeiros fatos fictícios ou de mera presunção da ocorrência de sua hipótese de incidência, devendo, portanto, buscar-se a descrição concreta dos fatos ocorridos”* em obediência ao disposto no art. 5º, LV e LXXVIII da Constituição Federal que assegura ao cidadão litigante, quer em processo judicial quer em processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa e a razoável duração do processo.

Destacou que no processo administrativo fiscal, prevalece os princípios da verdade material e do livre convencimento motivado do julgador, com a valoração das provas, buscando-se a maior verossimilhança possível dos fatos alegados pelo responsável pelo lançamento, e permitindo ao contribuinte utilizar-se da produção de todas e quaisquer provas a ele admitidas por direito aplicável ao caso concreto, sem qualquer restrição.

Sintetiza que no processo existirão sempre três verdades: a) verdade descrita no lançamento pela autoridade fiscal; b) verdade descrita na impugnação do contribuinte; c) verdade do julgador:

Prevalece a verdade do julgador, para quem as provas terão papel fundamental na formação da sua convicção. A essa autoridade incumbe determinar ou não a realização das diligências, inclusive perícias, podendo indeferir-las se as tiver por prescindíveis ou impraticáveis.

São os princípios que norteiam o Processo Administrativo Fiscal e que definem os limites dos poderes de cognição do julgador em relação aos fatos que podem ser considerados para a decisão da situação que lhe é submetida.

No caso dos autos, plenamente comprovado está que os destinatários das mercadorias eram contribuintes do imposto, o que implicaria na aplicação da regra contida no mencionado artigo 8º inciso I da Lei 7.014/96, ou seja, na obrigação da autuada reter e recolher o imposto a título de substituição tributária, consoante, inclusive prova da situação cadastral dos destinatários das mercadorias, na condição de contribuintes inscritos, sendo às fls. 464 a 503, encartados documentos que comprovariam tal condição dos destinatários das mercadorias.

Assim, por exemplo, posso mencionar alguns destes destinatários, a começar por comercial Estevão Ltda., inscrição estadual 094.241.201, com nome de fantasia “Supermercado Estevão” (fl. 465).

De igual modo, menciono à fl. 466, Gilberto Silva Brito de Medeiros Neto, inscrição estadual 052.555.945, com nome de fantasia “Oceano Frutas e Verduras”, Luís Carlos da Silva de Nazaré (Biscoitos Panilac), inscrição estadual 095.477.534 (fl. 473), Bruno Maremani Eireli, inscrição 051.749.473 (fl. 484), A J de Jesus Santana – ME, inscrição estadual 081.856.796, com nome de fantasia “Santana Salgados” (fl. 499), Zilma Helena de Araújo Silva, inscrição estadual 096.727.661, com nome de fantasia “Glacê Doçaria e Confeitaria” (fl. 492) e Norma N Alves Martins (Super Center Servbem Supermercado), inscrição estadual 100.452.026 (fl. 469).

Ainda assim, a empresa autuada, apesar de tais elementos probantes se encontrarem nos autos, e de cujo teor teve pleno conhecimento, insiste em sua tese de ser incabível lançamento de substituição tributária sobre tais operações, e tendo sido excluídas, em sede de diligência, as operações com o produto de NCM 1704.90.90, e diante da escusa do contribuinte em apontar qualquer outro item que entendesse equivocadamente incluído no levantamento, sustentando, unicamente o argumento acima exposto, acolho o demonstrativo de fls. 569 e 570, razão pela qual a infração 09 deve ser parcialmente mantida em R\$22.366,44.

Já na infração 10 os documentos que segundo os autuantes sustentam a mesma se encontram nas fls. 199 a 242, ao passo que a autuada argumenta que as mercadorias foram devolvidas sem adentrarem nos respectivos estabelecimentos, ou seja, se referem a operações de retorno de mercadoria, que ocorrem quando a mesma não é entregue ao destinatário final ou que, embora chegue ao destino desejado, é recusada antes mesmo de ingressar no estabelecimento do adquirente, o que ensejaria a aplicação do artigo 450 do RICMS/12, o qual assim determina:

“Art. 450. O contribuinte que receber, em retorno, mercadoria que por qualquer motivo não tiver sido entregue ao destinatário deverá:

I - emitir nota fiscal, por ocasião da entrada, com menção dos dados identificativos do documento fiscal originário: número, série, data da emissão e valor da operação;

II - lançar a nota fiscal emitida na forma do inciso I do caput no Registro de Entradas, consignando os respectivos valores nas colunas “ICMS - Valores Fiscais” e “Operações ou Prestações com Crédito do Imposto”, quando for o caso.

§ 1º O transporte da mercadoria em retorno será acompanhado pela própria nota fiscal originária, em cuja 1ª via deverá ser feita observação, antes de se iniciar o retorno, pela pessoa indicada como destinatária ou pelo transportador, quanto ao motivo de não ter sido entregue a mercadoria.

§ 2º O Conhecimento de Transporte originário poderá servir para acobertar a prestação de retorno ao remetente, desde que, antes de se iniciar o retorno, seja feita observação dessa circunstância na 1ª via do documento relativo à prestação do serviço”.

Já os autuantes se apoiam na disposição do artigo 451 do mesmo diploma:

“Art. 451. Na devolução de mercadorias, o contribuinte inscrito no cadastro emitirá nota fiscal com destaque do imposto, se for o caso, mencionando o motivo da devolução, o número, a série e a data do documento fiscal originário, e ainda o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto, tomando por base de cálculo e alíquota as mesmas consignadas no documento originário”.

Independente de tal discussão, em ambos os dispositivos regulamentares, a emissão de nota fiscal é fundamental, quer pelo remetente da mercadoria, oportunidade na qual a nota fiscal a ser emitida é de entrada, quer pelo destinatário, ao emitir nota fiscal de devolução. Em ambas as hipóteses, tais documentos deveriam vir ao feito, como elemento imprescindível para a resolução da lide.

Novamente, o cerne da discussão reside no fato de ser trazida a prova material de que as mercadorias foram devidamente retornadas ao estabelecimento do emitente, com anulação da operação, e consequentemente, sem tributação a ser feita, bem como comprovação do devido registro dos documentos emitidos nos respectivos livros fiscais.

A acusação se encontra devidamente provada, à vista da ausência de registro de tais documentos fiscais nos livros próprios. Todavia, a autuada, detentora de tais documentos, bem como responsável pela escrituração dos livros fiscais especialmente o Registro de Entradas de Mercadorias, não tendo trazido tal prova até o presente momento, faz com que, mais uma vez, se aplique a regra dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, segundo os quais, 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, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, respectivamente, o que faz manter a infração no lançamento, eis que procedente, diante de tal falta de elementos para desconstituição da mesma.

Concluiu manifestando quanto ao encaminhamento de comunicações concernentes ao andamento deste processo prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99 (art. 127 do CTN), mediante utilização do domicílio tributário eletrônico (DTE), com prévia indicação do “Perfil 3”, de procurador eletrônico, com acesso pelo e-CNPJ ou com e-CPF na qual o sistema verificará a lista dos estabelecimentos escolhidos no momento da criação da Procuração.

Apresentou demonstrativo de débito sintético à fl. 752 com indicação de valor remanescente de R\$200.844,04 de ICMS e R\$1.382,85 de multa.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 765 a 777) por meio do advogado Alisson dos Santos Moreira, OAB/BA nº 28.414, inicialmente ressaltou sua tempestividade e que o Auto de Infração cobra débitos de ICMS relativo a onze infrações, que mesmo discordando quitou a parcela referente às infrações 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8 e 11, impugnando apenas as infrações 5, 9 e 10 que no julgamento foi acolhido em parte apenas a infração 9.

No mérito quanto à infração 5, ressalta que foi mantida a exigência relativo à venda destinadas a empresas optantes do Simples Nacional no período autuado, que não merece prevalecer, visto que que a própria fiscalização reconheceu que “NÃO eram optantes do Simples Nacional”, sustentado que eram Empresas de Pequeno Porte (“EPPs”) ou Microempresas (“MEs”).

Alega que a maior parte das operações autuadas foram destinadas a optantes do Simples Nacional, conforme extratos de consulta juntados às fls. 351 a 399, a exemplo da empresa J. L. COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS (fl. 770).

Atenta que a fiscalização entende que a mera condição de EPP ou ME das destinatárias das mercadorias comercializadas pela Recorrente, bastaria para aplicação do tratamento fiscal previsto no artigo 16, inciso I, alínea “c” da Lei nº 7.094/1996, mas que não merece acolhida, visto que à época da ocorrência dos fatos geradores, não havia disposição expressa da aplicação da alíquota de 7% se somente às empresas optantes do Simples Nacional (LC 123/2006).

Afirma que o citado dispositivo legal, objetiva beneficiar as empresas do Simples Nacional com a aplicação de alíquota reduzida de 7%, mas que ao contrário do fundamentado na decisão, não é toda ME e EPP que pode ser optante do Simples Nacional (art. 17 da LC nº 123/2006) e não pode ser acolhido o entendimento da fiscalização de que a mera condição de ME e EPP bastaria para que fosse aplicada a alíquota de 7% prevista no art. 16, I, “c”, viabilizando o benefício de pessoas jurídicas que, visto que não poderiam fruir das benesses do Simples Nacional.

Argumenta que justamente para coibir interpretações duvidosas, o artigo 16, I, “c” da Lei nº 7.094/96 [7.014/96] foi alterado pela Lei nº 13.816, de 21.12.17 (“Lei nº 13.816/17”), fazendo constar de forma expressa o enquadramento no Simples Nacional como condição para a aplicação da alíquota de 7%, que transcreveu à fl. 773.

Destaca que o CONSEF tem posicionamento sedimentado de que as normas tributárias devem ser interpretadas de forma teleológica/finalística, a exemplo do julgamento do Auto de Infração nº 279463.0008/03-9 em sessão de 29.7.2004. Requer reforma da decisão recorrida, para cancelamento integral da infração 5.

Quanto a infração 9, que acusa falta de retenção do ICMS-ST, argumenta que a fiscalização exigiu o imposto sobre operações que não comportam a ST por ser destinadas a consumidor final e pessoa física não contribuintes do ICMS.

Ressalta que na decisão recorrida foi mantida a exigência de ICMS-ST relativa: (a) pessoas físicas/jurídicas com cadastro de contribuinte de ICMS e (b) que exerciam atividades relacionadas ao comércio varejista de alimentos (*“pela existência de volume ou habitualidade na prática de operações sujeitas ao ICMS”*), nos termos do artigo 5º da Lei nº 7.014/96.

Argumenta que trata-se de mera presunção fiscal, com base em elemento indiciário, motivo pelo qual a decisão deve ser cancelada, visto que as notas fiscais relacionam como destinatários “nome/razão social” clientes pessoa física e consumidor final não contribuinte (doc. 5).

No tocante a infração 10, que aplica multa pela falta de registro de nota fiscal na escrita fiscal na entrada, afirma que notas fiscais tidas como não escrituradas referem-se a emissão equivocada dos clientes, relativo a retorno de mercadoria não entregue, recusada, que é devolvida ao remetente por diversos motivos, acompanhada da própria nota fiscal de saída (art. 450, I do RICMS/BA), cuja obrigação acessória é transferida para o remetente da mercadoria.

Alega que diante de tal justificativa, não ocorreu a infração descrita pela fiscalização, motivo pelo qual deve ser cancelada.

Conclui requerendo provimento do Recurso Voluntário, para que seja reformado o acórdão recorrido pela improcedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente Recurso Voluntário contesta a Decisão relativa a infrações 5, 9 e 10.

Quanto à infração 5, que acusa a falta de concessão do desconto de 10,752%, nas vendas para empresas optantes do Simples Nacional no período autuado, o recorrente reapresentou o argumento de que as empresas destinatária “NÃO eram optantes do Simples Nacional”, a exemplo da empresa J. L. COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS (fl. 770), e aplicou a alíquota correta de 17% (18%), e a redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/2000.

Na informação fiscal (fls. 404 a 411), os autuantes afirmaram que não foi concedido o desconto de 10,7527%, nas saídas de mercadorias destinadas a empresas optantes pelo Simples Nacional e que foi aplicado indevidamente a redução da carga tributária para 10%, prevista no Decreto nº 7.799/2000. Entendem que a alíquota aplicável seria a de 7%, prevista no art. 16, I, § 1º da Lei nº 7.014/96, e como não foi concedido o desconto, a alíquota aplicável seria de 17%, sem direito a redução da carga tributária.

Na decisão proferida pela 2ª JF foi apreciado que o art. 16, I, “c” da Lei nº 7.014/96, que prevê que não se aplica a alíquota de 17% (18%), quando a saída da mercadoria de estabelecimento fabricante for destinada a empresas optantes do Simples Nacional e que sendo o autuado signatário do Termo de Acordo previsto do Decreto nº 7.799/00, a aplicação da redução de carga tributária para 10% foi indevida.

Pelo exposto, a questão que se apresenta, é que a fiscalização entende que sendo o estabelecimento autuado contemplado com o benefício fiscal de redução da carga tributária para 10% (Decreto nº 7.799/2000), não pode cumular com o benefício fiscal de aplicação da alíquota de 7%, nas operações de saídas de mercadorias destinadas a empresas optantes do Simples Nacional (art. 16, I, “c” da Lei nº 7.014/96), o que foi acolhido na decisão recorrida.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que o sujeito passivo juntou com a defesa no doc. 4 (fls. 351 a 399), cópia de consulta ao Portal do Simples Nacional, que foi contestado pelo autuante com a juntada do Anexo A (fls. 413 a 462), cujo confronto dos documentos demonstram que:

- i) O período autuado engloba março de 2014 a março de 2015;
- ii) O extrato da consulta do contribuinte J. L. COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS, CNPJ 00.853.202/0001-86 (fl. 351), indica que foi optante do Simples Nacional no período de **01/01/2013 a 31/12/2016**.

Pelo exposto, ao contrário do que foi alegado pelo recorrente, no período fiscalizado (2014/2015), o destinatário era optante do Simples Nacional, o que possibilitava ao estabelecimento autuado aplicar a alíquota de 7%, prevista no art. 16, I, “c” da Lei nº 7.014/96.

Entretanto, a questão que se apresenta neste processo não é a concessão do desconto, e sim, da acusação que aplicou indevidamente a redução da carga tributária prevista no art. 5º do Decreto nº 7.799/2000, cuja redação dada pelo Decreto nº 14.295, vigente de 01/02/13 a 09/03/16, estabelecia:

Art. 5º A redução de base de cálculo prevista nos arts. 1º, 3º-B e 3º-E não se aplicará às saídas internas de mercadorias cuja alíquota incidente na operação seja inferior ou superior a 17 % (dezesete por cento).

Constato, que pela análise do demonstrativo elaborado pela fiscalização, a exemplo da Nota Fiscal nº 172374, relacionada na planilha de fl. 120, foi consignado o produto NESTLE Cob Choc Leite com valor de R\$38,71, que foi tributado com redução de base de cálculo (R\$22,77), de modo que a carga tributária fosse equiparada a 10%, ou seja, R\$3,87, e a fiscalização exigiu o ICMS da diferença de R\$2,71, com a aplicação da alíquota integral de 17% (R\$6,58 – R\$3,87).

Portanto, restou comprovado que nas operações que foram objeto da autuação, o estabelecimento autuado não concedeu o desconto para o destinatário (art. 16, I, “c” da Lei 7.014/96), e aplicou a redução da carga tributária para 10% (Decreto nº 7.799/2000).

Com relação aos benefícios fiscais, entendo que possuem finalidades próprias, no caso da aplicação da alíquota de 7% para as operações destinadas a optantes do Simples Nacional, exige como condição que o sujeito passivo repasse ao destinatário (ME/EPP), o valor do ICMS que deixou de ser pago ao Estado (17% - 7% = 10%), ou seja, o benefício fiscal objetiva reduzir o valor da aquisição das mercadorias pelos destinatários de menor poder econômico, para lhes proporcionar competitividade com as empresas de porte maior.

Já o benefício fiscal concedido aos estabelecimentos que exercem atividades de vendas no atacado, a redução da carga tributária para 10%, tem como finalidade proporcionar menor carga tributária aos atacadistas, na intermediação da comercialização entre a cadeia de produção (indústria), e o varejo, cuja saída subsequente, tributada pela alíquota cheia, restabelece a carga tributária integral suportada pelo consumidor final.

Em conclusão, na situação em questão, o sujeito passivo poderia aplicar a alíquota de 7% nas operações destinadas a empresas optantes do Simples Nacional, desde que satisfizesse a condição prevista no § 1º, do art. 16, I, “c” da Lei nº 7.014/96, ou seja, repassasse *“para o adquirente da mercadoria, sob a forma de desconto, do valor correspondente ao benefício fiscal, devendo o desconto constar expressamente no documento fiscal”*. Caso tivesse feito isso, prevaleceria este benefício fiscal com a aplicação da alíquota de 7%, e não se aplica a redução da carga tributária para 10%, conforme previsto no art. 5º do Decreto nº 7.799/2000.

Na situação presente, o que motivou o lançamento por parte da fiscalização, foi que a empresa aplicou a redução de carga tributária para 10%, em operações de saídas destinadas a optantes do Simples Nacional, que tem previsão de aplicação de alíquota de 7%, sob condição.

Conforme acima exemplificado, o estabelecimento autuado não aplicou alíquota de 7% nas operações destinadas a optantes do Simples Nacional, tributou pela alíquota integral de 17% (18%), e aplicou a redução da carga tributária equivalente a 10%, com amparo no benefício fiscal do Decreto nº 7.799/2000. Portanto, o sujeito passivo na condição de atacadista não é obrigado a aplicar a alíquota de 7% nas vendas a optante do Simples Nacional, mesmo porque a legislação do ICMS estabelece condição (conceder desconto), e estando as mercadorias submetidas à tributação pela alíquota de 17% (18%), lhe é assegurado o direito de aplicar a redução da carga tributária que equivale a 10%, prevista no 1º do Decreto nº 7.799/2000, e improcedente a infração 5.

Acolho os argumentos recursivos e modifico a Decisão ora recorrida, de procedente para improcedente a infração 5.

No tocante à infração 9 (falta de retenção do ICMS-ST), o recorrente reapresentou o argumento de que foi exigido imposto de operações destinadas a consumidor final e pessoa física, conforme doc. 5 (fl. 401), juntado com a defesa, o que foi contestado pela fiscalização com a apresentação do Anexo B (fls. 464 a 503).

Constato que o documento juntado à fl. 401, relaciona o número da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, e na coluna de observação, a situação “indústria/consumidor final”, e “Contribuinte normal”.

Verifico que o primeiro da lista apresentada, Comercial Estevão Ltda., Inscrição Estadual nº 094.241.201, tem como nome fantasia “Supermercado Estevão” (fl. 465), que exerce atividade de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância em produtos alimentícios.

Na Decisão ora recorrida, foi indicada a situação de diversos outros que são contribuintes: *Gilberto Silva Brito de Medeiros Neto, inscrição estadual 052.555.945 (fl. 466) - “Oceano Frutas e Verduras”, Luís Carlos da Silva de Nazaré (Biscoitos Panilac), inscrição estadual 095.477.534 (fl. 473), Bruno Maremani Eireli, inscrição 051.749.473 (fl. 484), A J de Jesus Santana – ME, inscrição estadual 081.856.796, com nome de fantasia “Santana Salgados” (fl. 499), Zilma Helena de Araújo Silva, inscrição estadual 096.727.661, com nome de fantasia “Glacê Doçaria e Confeitaria” (fl. 492) e Norma N Alves Martins (Super Center Servbem Supermercado), inscrição estadual 100.452.026 (fl. 469).*

Pelo exposto, constato que foi excluída por determinação de diligência (fl. 560), o produto de NCM 1704.90.90, que a fiscalização reconheceu não integrar o Anexo 1 do RICMS/2012, o que implicou na redução do débito para R\$22.366,44 (569/570).

Portanto, não tendo apresentado no recurso interposto, qualquer fato novo ou fundamento de direito que já foi apreciado no julgamento da primeira instância, considero correta a Decisão

fundamentando que ao contrário do que foi alegado, os destinatários das mercadorias são contribuintes do ICMS, e conseqüentemente, cabível a exigência do ICMS-ST não retido por infringir o disposto no art. 8º, II da Lei nº 7.014/96. Mantida a procedência em parte da infração 9.

Com relação à infração 10 (multa pela falta de registro de nota fiscal), o recorrente reapresentou a alegação defensiva de que as notas escrituradas referem-se a retorno de mercadoria não entregue.

Verifico que esta alegação foi apresentada na impugnação inicial (fls. 308/309), alegando que se tratava do procedimento previsto no art. 450 do RICMS/12, que disciplina o retorno de mercadoria, que por qualquer motivo não tiver sido entregue ao destinatário, cujo § 1º prevê que:

O transporte da mercadoria em retorno será acompanhado pela própria nota fiscal originária, em cuja 1ª via deverá ser feita observação, antes de se iniciar o retorno, pela pessoa indicada como destinatária ou pelo transportador, quanto ao motivo de não ter sido entregue a mercadoria.

Os autuantes contestaram na informação fiscal, que se trata de procedimento previsto no artigo 451 do RICMS/BA, o que foi acolhido no julgamento da Primeira Instância.

Constato, que diante do demonstrativo de fls. 200 a 239, o recorrente não juntou qualquer documento para provar o foi alegado.

Tomando por exemplo a Nota Fiscal nº 65.470, relacionada no demonstrativo à fl. 200, a cópia juntada à fl. 240, comprova que foi emitido pela Comercial de Alimentos Frialy Ltda., IE 73.966.355, relativa à “Devolução de compra para comercialização – CFOP 5202”, por estar imprópria para o consumo. E da mesma forma, a Nota Fiscal nº 12.572 (fl. 241), emitida pelo Itão Supermercado Imp. E Exp. S.A., IE 64.351.086, referente à devolução de compras de mercadoria imprópria para consumo, relativo as Notas Fiscais nºs 133.247, 153.806 e 145.405, emitidas pelo estabelecimento autuado.

Assim sendo, restou comprovado que assiste razão à fiscalização, de acordo com o art. 451 do RICMS/BA:

Art. 451. Na devolução de mercadorias, o contribuinte inscrito no cadastro emitirá nota fiscal com destaque do imposto, se for o caso, mencionando o motivo da devolução, o número, a série e a data do documento fiscal originário, e ainda o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto, tomando por base de cálculo e alíquota as mesmas consignadas no documento originário.

Como não foi apresentada qualquer prova em contrário, não merece reparo a Decisão recorrida que julgou procedente a infração 110, fundamentando que o autuado não apresentou prova de ter escriturado as notas fiscais objeto da autuação nos livros fiscais próprios, nem qualquer prova de que se trata de operação de retorno de mercadoria que não foi entregue.

Mantida a Decisão pela procedência da infração 10.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, pela improcedência da infração 5. Assim, o montante remanescente do Auto de Infração, é conforme o demonstrativo abaixo:

INF	RESULTADO	VL LANÇADO	VL JULG-JJF	VL JULG-CJF	MULTA
01	RECONHECIDA/PAGA	396,35	396,35	396,35	60%
02	RECONHECIDA/PAGA	2.294,65	2.294,65	2.294,65	100%
03	RECONHECIDA/PAGA	42.000,17	42.000,17	42.000,17	60%
04	RECONHECIDA/PAGA	34.913,81	34.913,81	34.913,81	60%
05	PROVIDO/IMPROCEDENTE	98.135,20	98.135,20	0,00	60%
06	RECONHECIDA/PAGA	610,08	610,08	610,08	60%
07	RECONHECIDA/PAGA	95,50	95,50	95,50	100%
08	RECONHECIDA/PAGA	31,84	31,84	31,84	60%
09	N.PROVIDO/PROC. EM PARTE	22.543,01	22.366,44	22.366,44	60%
10	N.PROVIDO/PROCEDENTE	973,51	973,51	973,51	-----
11	RECONHECIDA/PAGA	409,34	409,34	409,34	-----
TOTAL		202.403,46	202.226,89	104.091,69	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário, apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269358.0011/17-7**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$102.708,84**, acrescido das multas de 60% sobre R\$100.318,69, e 100% sobre R\$2.390,15, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “e” e “f”, VII, “a”, III e V, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.382,85**, prevista nos incisos IX e XI do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios, conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo o órgão competente homologar os recolhimentos já efetuados.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS