

PROCESSO	- A. I. N° 281332.0001/20-6
RECORRENTE	- GABRIEL SCHIOCHET
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO - Acórdão 2ª CJF nº 0219-12/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 29/12/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0400-12/22-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO. Operações de vendas de bebidas energéticas industrializadas por encomenda, tratadas no Art. 280, § 4º, II do RICMS/12, com CFOP 5.405, que estariam de fato sujeitos à incidência do ICMS nas operações internas subsequentes. O Autuado é uma empresa atacadista de bebidas que compra insumos e matéria prima em quase sua totalidade de fora do Estado, e se credita do ICMS conforme previsto no Art. 309, I, “b” do RICMS/12, tendo remetido a matéria prima para industrialização por encomenda, sendo, por essa razão, equiparado a indústria, nos termos do Art. 9º, IV do Decreto nº 7.212/10 (RIP/10), com a remessa da matéria prima para industrialização feita com ICMS suspenso, conforme previsto no Art. 280, I do RICMS/12. Na operação foi utilizado o CFOP 5.901, no qual o Autuado recebe o produto final da indústria, principalmente de bebidas energéticas (NCM 2106.90.90), com destaque de ICMS Normal e ST apenas sobre o valor agregado ao produto pelo industrial, conforme disposto no Art. 280, § 4º, II do RICMS/12, e efetua saídas/vendas aos seus clientes sem o destaque do imposto, por entender, equivocadamente, que a tributação nesta fase se encontraria encerrada. Os fatos foram discutidos, bem como analisados os cálculos apresentados no demonstrativo, concluindo que a base de cálculo e o ICMS exigido estão corretos e a forma de apresentação não acarretou nenhum prejuízo ao Autuado, se mantendo, portanto, dentro da legalidade. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Pedido CONHECIDO e NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto em relação ao Acórdão CJF nº 0219-12/22-VD, que Proveu o Recurso de Ofício, julgando Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/03/2020, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributadas como não tributadas, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.149.278,06, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

A 4ª JJF decidiu pela Nulidade do Auto de Infração, em decisão não unânime, mediante o Acórdão JJF nº 0034-04/22-VD (fls. 94 a 108), com base nos votos a seguir transcritos:

“VOTO

Preliminarmente, o sujeito passivo argui nulidade do Auto de Infração em tela, sob o manto de que a descrição da infração não está em conformidade para apuração do suposto ICMS devido, haja vista que foram lavrados 02 (dois) autos de infração distintos, um para cobrar o ICMS Normal, e outro para cobrar o ICMS substituição tributária, tendo a descrição da infração totalmente iguais para ICMS de naturezas distintas, ou seja, diz que a metodologia aplicada pela Fiscalização foi irregular e se encontra desvinculada da legalidade para se apurar a base de cálculo, violando o direito de defesa do recorrente.

Vejo então restar procedente em parte a arguição de nulidade aventada pelo defendant, pois não há na legislação qualquer proibição do agente Fiscal em produzir mais de um Auto de Infração na constituição do crédito tributário, o qual se encontra em linha com o determinado no artigo 39 do RPAF/BA, que dispõe sobre o que se deve conter na autuação; entretanto, ao meu sentir, vejo restar razão ao defendant em relação à metodologia aplicada pela Fiscalização para apurar a base de cálculo do imposto lançado. É o que passo a descrever.

Cabe aqui destacar, que não obstante se estar na análise preliminar de nulidade do presente PAF, faz-se necessário entrar de forma parcial na arguição de mérito do defendant, por ser imprescindível ao entendimento da nulidade suscitada.

No mérito, o Auto de Infração em tela, lavrado em 30/03/2020, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditora Fiscal lotada na unidade Fazendária INFRAZ ATACADO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 501066/20, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de ICMS, por ter o Contribuinte Autuado deixado de recolher em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas na forma dos demonstrativos que são parte integrante do CD/Mídia de fl. 09 dos autos. Consta da descrição dos fatos, que se refere o presente PAF ao ICMS Normal incidente na saída das mercadorias da substituição tributária fabricadas sob encomenda. Lançado ICMS no valor R\$ 1.149.278,06, com enquadramento no art. 2º, inciso I; e art. 32 da Lei 7.014/96, c/c art. 332, inciso I do RICMS/BA, publicado no Dec. nº 13.780/2012, e multa aplicada de 60%, na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Em complementação à descrição dos fatos, têm-se o destaque de que a Empresa Autuada é atacadista equiparada à indústria (art. 9º, inc. IV, do Decreto Federal nº 7.212/2010), compra insumos e matérias-primas preponderantemente de fora do Estado, credita-se normalmente e remete para industrialização com ICMS suspenso, por conseguinte, recebe o produto final da indústria com destaque de ICMS Normal e ST apenas sobre o valor agregado, conforme previsão legal (art. 280 do RICMS/BA). Entretanto, deixa de recolher o ICMS próprio e o ICMS ST na saída dos produtos. Que é o objeto deste Auto de Infração de nº 281332.0001/20-6 e do Auto de Infração de nº 281332.0003/20-9, respectivamente, decorrente do cumprimento da mesma O.S.: 501066/20, que deu azo à presente ação fiscal.

A agente Fiscal Autuante, ao prestar a informação fiscal às fls. 41/44 dos autos, após descrever a que se refere a autuação, assim se posiciona:

A empresa atacadista de bebidas – GABRIEL SCHIOCHET -, Contribuinte Autuado, compra insumos e matérias primas preponderantemente de fora do Estado e se credita normalmente.

Em seguida, diz que remete a matéria prima para industrialização por encomenda e por essa razão é equiparada a indústria, de acordo com o Art. 9º Inciso IV do Decreto nº 7.212/2010 (RIP/2010), que destaca.

Aponta então, que a remessa da matéria prima para industrialização é feita com ICMS suspenso, conforme previsto no art. 280, inciso I do RICMS transcrita abaixo. Usa nessa operação o CFOP 5901. (Vide exemplo: Nota Fiscal nº 000.015.456, anexa pg. 34):

Art. 280. É suspensa a incidência do ICMS:

I - nas saídas internas, interestaduais e para o exterior, de mercadorias ou bens destinados a industrialização, conserto ou operações similares, bem como nos respectivos retornos, reais ou simbólicos, ressalvada a incidência do imposto quanto ao valor adicionado e às partes, peças e outras mercadorias fornecidas pelo prestador do serviço (Conv. AE 15/74);

Diz que recebe o produto final da indústria, preponderantemente energéticos (NCM 2106.90.90), com destaque de ICMS Normal e ST apenas sobre o valor agregado ao produto pelo industrial, conforme prevê o art. 280 § 4º, inc. II do RICMS. (Exemplo: Nota Fiscal nº 000.005.437, anexa pg. 36):

Art. 280. É suspensa a incidência do ICMS:

(...)

§ 4º Nas saídas de mercadorias em retorno ao estabelecimento autor da encomenda, o estabelecimento industrializador deverá (Convênio S/Nº, de 15/12/70):

I - emitir nota fiscal, que terá como destinatário o estabelecimento de origem, autor da encomenda, na qual, além dos demais requisitos, constarão:

a) o número, a série e a data da emissão, o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do emitente da nota fiscal que acompanhou as mercadorias recebidas em seu estabelecimento;

b) o valor das mercadorias recebidas para industrialização, o valor das mercadorias empregadas na industrialização e o valor total cobrado do autor da encomenda;

II - efetuar, na nota fiscal referida no inciso I deste parágrafo, o destaque do ICMS sobre o valor total cobrado do autor da encomenda, podendo este aproveitar o crédito, quando admitido.

Observa que apesar de receber a encomenda da indústria com destaque do imposto apenas sobre o valor agregado pelo industrial ao produto, conforme prevê o dispositivo legal transscrito acima, considera nessa fase encerrada a tributação e dá saída aos produtos sem destaque do imposto. (Exemplo: Nota Fiscal nº 000.014.919, anexa pg. 39).

Dessa forma, diz que o Contribuinte Autuado deixa de recolher o ICMS ST e o ICMS Próprio na saída dos produtos, conforme previsto no art. 8º, inc. II da Lei nº 7.014 de 04 de dezembro de 1996:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos 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:

(...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;

(...)

ANEXO I

MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO

(...)

2 Bebidas alcoólicas, exceto cervejas e chopes;

(...)

5 Bebidas energéticas, isotônicas, iogurtes e outras bebidas alimentares à base de leite ou de cacau, néctares e refrescos;

Consigna que esse procedimento com produtos da substituição tributária, especialmente energéticos, resultou em duas infrações desmembradas pelo SLCT (Sistema de Lançamento de Crédito Tributário), em dois autos de infração, que devem ser julgados em conjunto, por tratar-se de infrações correlatas:

1. AI 2813320003/20-9 (*Infração – 07.02.03 – Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados nesse estado*)
2. AI 2813320001/20-6 (*Objeto da presente informação fiscal (Infração - 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas)*)

Em sede de defesa, já no mérito, o sujeito passivo diz que fica parcialmente prejudicada sua análise, visto que a descrição da infração, nos termos em que está posta a legislação, é incompatível com a forma de apuração do imposto, tendo o Auto de Infração sido realizado de forma imprecisa, fato este que implica sua nulidade, consonte determina o art. 18 do RPAF/99.

Acrescenta também o sujeito passivo, objetivando fundamentar a insubsistência do crédito tributário constituído, anexa o Parecer nº 3363/2020, (Doc. 1), especificamente da Indústria que procedeu a industrialização por encomenda, a FERRARI FERREIRA INDUSTRIA DE ALIMENTOS EIRELI, para ratificar o equívoco de interpretação da operação, e também de nulidade do Auto de Infração em tela.

Antes de entrar na análise da nulidade arguida pelo defensor, este Relator Julgador traz à tona alguns trechos extraídos do Parecer nº 3363/2020 (fl. 23), cuja ementa é o seguinte:

ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Industrialização com fornecimento de insumos pelo autor da encomenda. Procedimentos e tributação. § 4º do art. 280 comb. c/art. 289 do RICMS/12.

“Os procedimentos relativos à remessa para industrialização por encomenda, seu retorno e referentes à saída de produtos que, por conta e ordem do autor da encomenda, for efetuada do estabelecimento industrializador diretamente a estabelecimento de contribuinte que os tiver adquirido do encomendante, estão previstos nos arts. 280 a 283 do RICMS/BA. O retorno dos produtos industrializados por encomenda é tratado no § 4º do art. 280 do RICMS/12”(Grifo acrescido)”.

“Quanto ao ICMS ST relativo aos produtos acabados, constantes no Anexo I do RICMS/12, itens 3.10; 3.12

e 3.13 (refrigerante de baixa caloria, **energético**, coquetel composto) conforme art. 289 do RICMS/12, está correto o entendimento de que a consulente, na condição de substituto tributário, deverá fazer a retenção do ICMS /ST, ficando desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, de acordo com a regra inserta no art. 290 do RICMS/12” (Grifos acrescidos)”.

Agora, manifestando sobre a metodologia aplicada pela Fiscalização para apurar a base de cálculo do imposto lançado no presente PAF, assim destaco:

Vê-se o arquivo Excel correspondente ao demonstrativo de débito da autuação, que é parte integrante do CD/Mídia de fl. 9 dos autos, com a seguinte denominação “**DemonstrativoSaídaMercadoriaTributadaComoNãoTributada**”, composto de 2 (duas) pastas: “**ICMSNormal**” e “**ResumoICMSNormal**”. Essa mercadoria negociada, objeto da autuação, foi toda com “CFOP 5.405 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído”.

A pasta “**ICMSNormal**” diz respeito às informações analíticas da autuação, que são decorrentes das notas fiscais de saídas internas do produto “energético”, emitidas pelo Contribuinte Autuado –**GABRIEL SCHIOCHET** – produzidos sob encomenda pela **FERRARI FERREIRA INDUSTRIA DE ALIMENTOS EIRELI**, composto por: “data”, “nº da nota fiscal”, “descrição do produto”, “CFOP”, “quantidade”, “unidade”, “valor do item”, “base de cálculo do ICMS Normal”, “alíquota” e “valor do ICMS Normal Calculado”.

Por sua vez, a pasta “**ResumoICMSNormal**” traz a informação do valor do “ICMS Normal mensal” calculado e oriundo da pasta “**ICMSNormal**”, bem como a informação de “Crédito ICMS Próprio”, que não se sabe a sua origem, além da informação do “Valor do ICMS Normal Devido”, que é o valor lançado na autuação, decorrente da operação aritmética abaixo reproduzido:

VlrIcmsNormal Calculado (A)	Crédito IcmsPróprio *** (B)	Crédito IcmsST *** (C)	VlrIcmsNormal Devido (D=A-B-C)
Nota: CRÉDITO PELA ENTRADA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS POR ENCOMENDA			

A pasta “**ICMSNormal**”, que diz respeito às informações analíticas da autuação, relativamente à formação da “Base de Cálculo do ICMS Normal Calculado”, e por conseguinte calculado o ICMS Normal devido, que corresponde ao valor do “ICMS Normal Calculado” e transferido para a pasta “**ResumoICMSNormal**” correspondente ao valor da “Coluna A” do quadro acima reconstituído, é decorrente da seguinte operação aritmética:

CFOP	InfComplemNf	VIItem	VIDesc	BCIcmsNormal	VIUnit	AliqIcms	VIIcmsNormal
		(A)	(B)	(C)	(D)	(E=20 ou 27%)	(F=C x E)

Da análise dos quadros reconstituídos, acima destacados, que dão fundamentação ao “**Demonstrativos de Débito**” da autuação, vê-se de pronto **uma incongruência na formação do Valor do ICMS Normal Devido**, pois na sua formação, a agente Fiscal Autuante diminui Créditos de ICMS ST, onde ao meu sentir, em que pese tratar-se do mesmo imposto, são de natureza diferente, em que não se vê na legislação autorização para assim proceder.

Ademais, não obstante a agente Fiscal Autuante destacar no demonstrativo da pasta “**ResumoICMSNormal**” a seguinte nota: “**CRÉDITO PELA ENTRADA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS POR ENCOMENDA**”, não se vê nos autos demonstrativo ou elemento probante indicando que de fato tais créditos se relacionam às entradas dos produtos industrializados por encomenda, objeto da autuação, ou seja, não se tem qualquer demonstrativo indicando como a agente Autuante levantou tais valores.

Além de tudo isso, há de se perquirir, como mais acuidade, inclusive acostando provas processuais, se tais operações – vendas de energéticos industrializados por encomenda tratados no art. 280 § 4º, inc. II, do RICMS/2012 com CFOP 5405 – não estariam de fato não sujeitas à incidência do ICMS nas operações internas subsequentes, como arguido pelo deficiente, dado à orientação do Parecer nº 3363/2020, de que o estabelecimento industrializador, na condição de substituto tributário, deve fazer a retenção do ICMS/ST, ficando desoneradas de tributação as operações internas subsequentes, com as mesmas mercadorias, que é o objeto da autuação, de acordo com a regra inserta no art. 290 do RICM/2012.

Diante dos fatos acima descritos, constata-se que realmente, a análise do mérito fica prejudicada face à incompatibilidade da forma de apuração do imposto com a descrição da infração nos termos em que está posta a legislação. Resta comprovado que a base de cálculo atribuída pela autoridade fiscal se encontra posta de forma insegura, não permitindo se aquilatar, de forma clara, a liquidez do lançamento.

Isto significa que o levantamento fiscal se apresenta com insegurança em relação aos valores indicados em sua base de cálculo, voto então com respaldo no Art. 18, inciso IV “a” do RPAF/BA, pela nulidade do presente Auto de Infração e recomendo que o procedimento fiscal seja renovado a salvo das falhas apontadas, caso a Autoridade Fiscal competente entenda que restam valores devidos ao Estado da Bahia, decorrentes das vendas de energéticos efetuadas pelo Contribuinte Autuado - **GABRIEL SCHIOCHET** - e industrializados por

encomenda tratados no art. 280 § 4º, inc. II do RICMS/2012, observando-se o prazo decadencial.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração em tela.

VOTO VENCEDOR [DIVERGENTE]

Em que pese a boa argumentação dispensida pelo i. Relator, divirjo do seu entendimento quanto à declaração de nulidade da autuação, em razão de ter sido lavrado 02 (dois) autos de infração distintos, um para cobrar o ICMS Normal, e outro para cobrar o ICMS substituição tributária, utilizar metodologia irregular para apurar a base de cálculo e cerceamento do direito de defesa.

Com relação ao argumento de que foi lavrado dois AIs sobre o mesmo período fiscalizado (2019), observo que o lançamento em questão data de 30/03/2020, já na vigência da redação atual do art. 40 do RPAF/BA, dada pelo Dec. 18.558/2018, com efeitos a partir de 18/08/2018, que estabelece:

Art. 40. O preposto fiscal poderá lavrar mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado.

Parágrafo único. Sempre que for constatada infração à legislação tributária cuja exigência de crédito tributário seja em valor igual ou superior a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) deverá ser lavrado um auto exclusivamente com esta infração, ficando admitida a inclusão de outras, que sejam dela consequentes.

Portanto, a lavratura de dois Autos de Infrações sobre o mesmo período fiscalizado é procedimento regular e não enseja a nulidade invocada pelo defendant.

Quanto à metodologia aplicada, o lançamento tributário exige o ICMS normal relativo à comercialização de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Na descrição dos fatos foi contextualizado que o sujeito passivo inscrito no cadastro com atividade de comercialização de bebidas em atacado, equipara-se a estabelecimento industrial ao adquirir matérias primas, creditar-se normalmente, remeter para industrialização com ICMS suspenso e receber o produto final da indústria com o destaque de ICMS Normal e ST “apenas sobre o valor agregado”, e nas saídas subsequentes considerou a tributação encerrada, deixando de recolher o ICMS próprio e o ST relativo a vendas dos produtos. Complementou ainda, que o estabelecimento acumula saldos credores e que foi lavrado outro AI exigindo o ICMS ST.

Já os demonstrativos gravados na mídia de fl. 9, indicam o valor de operação de saída, com aplicação da alíquota interna (20% e 27%; 18% ou 25% adicionado 2% do FECEPE), e na planilha resumo foi indicado:

- i) o montante do ICMS Normal calculado;
- ii) deduzido o crédito do ICMS próprio;
- iii) também do ICMS-ST (destacado pelo industrializador).

Pelo exposto, a fiscalização acusou que o estabelecimento autuado praticou operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, o sujeito passivo compreendeu e se defendeu apresentando argumento de que as operações objeto da autuação já se encontravam com fase de tributação encerrada, e que procedeu em conformidade com a resposta de consulta formulada pelo industrializador. Portanto, a descrição da infração e os demonstrativos que lhe dão suporte não impossibilitaram o exercício do contraditório por parte do defendant, cujas questões de mérito serão apreciadas no momento próprio.

Quanto à metodologia aplicada, entendo que faz parte da questão de mérito, para interpretar se o procedimento utilizado pela fiscalização se coaduna com a prescrição contida na legislação do ICMS, motivo pelo qual, na apreciação desta preliminar de nulidade, entendo que não deve ser apreciada, o que será feito quando da apreciação das razões de mérito, que passo a fazê-lo.

No mérito, conforme descrito no relatório, a exigência fiscal acusa o contribuinte de ter deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis.

Na defesa apresentada (fls. 14 a 20), o impugnante apresentou uma argumentação extensa arguindo nulidade, por a fiscalização ter equivocadamente exigido ICMS relativo a operações com mercadorias que já tinham encerrado a tributação, cerceando o seu direito de defesa, cuja nulidade foi apreciada acima e rejeitada.

No mérito, de forma sucinta, o impugnante alegou que:

- A) As mercadorias que foram objeto da autuação (exigindo ICMS normal sobre as vendas), decorrem de recebimento de mercadoria que foi industrializada por encomenda a terceiros, no caso a empresa FERRARI FERREIRA INDUSTRIA DE ALIMENTOS EIRELI;
- B) O industrializador (FERRARI), formulou consulta tributária quanto ao procedimento a ser adotado com a industrialização de mercadorias, e no Parecer 3.363/2020, cuja cópia foi juntada à fl. 23, foi respondido que deveria reter o ICMS-ST, encerrando as fases de tributação.

Inicialmente, ressalto que a ação fiscal foi iniciada em 03/02/2020, conforme documento de fl. 6, e o citado Parecer foi exarado em 13/04/2020 (fl. 23), depois da lavratura do auto de infração em 30/03/2020.

Na apreciação destes argumentos defensivos, (A) as operações autuadas tinham fase de tributação encerrada e (B) o Parecer orienta que deve reter o ICMS-ST sobre a industrialização de insumos, passo a contextualizar os elementos contidos no processo.

1. PARECER 3.363/2020:

- i) O industrializador (FERRARI – fl. 23) na consulta informa que industrializa ENERGÉTICO – NCM 2106.9090; COQUITEL COMPOSTO – NCM 2208.9000 e REFRIGERANTE – NCM 2202.1000, todos enquadrados na ST (itens 3.10, 3.12 e 3.13 do Anexo I do RICMS/BA);
- ii) Exemplifica que recebe do atacadista insumos (extratos) no valor de R\$ 100,00 (CFOP 5.901), e dá retorno simbólico da remessa com o CFOP 5.902 no valor de R\$ 100,00; Cobra industrialização (CFOP 5.124) no valor de R\$ 150,00 (energético), totalizando R\$ 250,00;
- iii) “E ainda supondo que o produto final acabado esteja sujeito à substituição tributária, o valor da mercadoria acabada seria de R\$ 200,00 (R\$ 150,00 da mercadoria mais R\$ 50,00 de ICMS-ST) ficando a nota fiscal de retorno no valor de R\$ 300,00”.
- iv) Na resposta da consulta foi indicado os procedimentos de remessa e retorno dos produtos para industrialização, contemplados com suspensão (art. 280 do RICMS/BA), com indicação dos CFOPs e na conclusão, que em se tratando de produto enquadrado no regime de substituição tributária: “está correto o entendimento de que a conselente, na condição de substituto tributário, deverá fazer a retenção do ICMS-ST, ficando desonerado da tributação nas operações internas subsequentes das mesmas mercadorias” (art. 290 do RICMS/BA).

2. OPERAÇÕES PRATICADAS. Conforme documentos juntados com a defesa:

- a) A NF 15.546 (fl. 34), emitido pelo estabelecimento autuado, remete matérias primas (ácido cítrico, açúcar, mix, preformas) para industrialização na FERRARI, com o CFOP 5.901, contemplado com suspensão da tributação do ICMS (art. 280, I do RICMS/BA);
- b) A NF 5.437 emitida pela FERRARI (fls. 36 e 37), indica retorno parcial das mercadorias utilizadas na industrialização (CFOP 5.902), sem tributação do ICMS (art. 280 do RICMS/BA), com valor de R\$ 1.796,15 e valor cobrado pela industrialização totalizando R\$ 1.734,00 que foi tributado pelo ICMS Normal (R\$ 346,80), e também pelo ICMS ST (R\$ 395,35). Entretanto, tendo indicado valor do PIS de R\$ 11,27 e Cofins de R\$ 52,02 e ICMS-ST de R\$ 395,35, foi indicado VALOR TOTAL DOS PRODUTOS de R\$ 7.512,14 (?) e VALOR TOTAL DA NOTA de R\$ 7.907,49 (?). conforme resumo abaixo:

Descrição	Valor	CFOP	
Tampas	138,72	5902	Retorno de mercadoria utilizada na industrialização por encomenda
Açúcar cristal	1.657,43	5902	Retorno de mercadoria utilizada na industrialização por encomenda
A) Total de retorno	1.796,15		Sem tributação
Energy Drink	234,00	5124	Industrialização efetuada para outra empresa
Energy Drink	1.500,00	5124	Industrialização efetuada para outra empresa
B) Total/industrialização	1.734,00		Tributado pelo ICMS: Normal e ST

- c) Na NF 5.437 (retorno de industrialização), foram indicados valores do ICMS Normal de R\$ 346,80 e de ICMS-ST no valor de R\$ 346,80, que decompondo o cálculo do ICMS, constata-se que foi aplicada a alíquota de 20% (18% + 2% do FECEPE) sobre o valor da industrialização que resultou no ICMS normal de R\$ 346,80 e sobre o valor da industrialização foi adicionado a MVA de 114% previsto no Anexo I do RICMS/12 (itens 3.10 e 3.11 – bebidas energéticas), e sobre a base de cálculo resultante, aplicado a alíquota de 20% e deduzido o ICMS Normal que resultou no ICMS-ST de R\$ 395,35, que foi destacado na NF 5.437, conforme abaixo:

CÁLCULO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA			VALORES
<i>Atividade de industrialização</i>			1.734,00
MVA	114%	R\$	1.976,76
BASE DE CÁLCULO/SUSBTITUIÇÃO	(5 + 6)	R\$	3.710,76
ICMS À ALÍQUOTA INTERNA	20%	R\$	742,15
(-) ICMS PAGO NA ORIGEM (R\$ 1.734,00 x 20%)	20%	R\$	346,80
ICMS SUBSTITUTO DEVIDO (R\$ 742,15 – R\$ 346,80)	(7 - 8)	R\$	395,35

3. CONCLUSÃO

- 3.1 O lançamento exige ICMS Normal relativo às operações de comercialização de mercadorias que foi industrializada por terceiros, que não foram tributadas pelo ICMS;

- 3.2 Na defesa apresentada, o impugnante argumentou que:

A) as operações autuadas tinham fase de tributação encerrada e

B) seguiu orientação de Parecer em consulta formulada pelo industrializador que deveria reter o ICMS-ST sobre a industrialização de insumos, e que encerrava a tributação nas operações subsequentes.

Neste contexto, a operação de comercialização do produto acabado sem tributação, por parte do estabelecimento autuado deve ser analisada à luz da legislação do ICMS, pelo conjunto de operações que resultou a comercialização do produto, a saber:

- i) Aquisição das matérias primas por estabelecimento atacadista, que equipara-se a estabelecimento industrial, fazendo uso do crédito fiscal;
- ii) Remessa das matérias primas para industrialização, pelo estabelecimento atacadista, com suspensão do ICMS;
- iii) Retorno do produto acabado, com devolução simbólica das matérias primas (incorporadas ao produto industrializado), contemplada com suspensão do ICMS;
- iv) Cobrança do valor da industrialização, operação tributada pelo ICMS, que na situação presente também foi onerada pelo ICMS-ST, com adição do valor agregado (MVA), **apenas sobre o valor da industrialização**, ficando de fora o valor das matérias primas;
- v) Venda da mercadoria pelo estabelecimento atacadista, equiparado a industrial, sem tributação pelo ICMS, sob alegação de encerramento das fases de tributação do imposto.

Por tudo quanto exposto, pode se concluir que:

Primeiro: a orientação contida no Parecer 3.363/2020, (fl. 23), em resposta à consulta formulada pelo industrializador (FERRARI) está correta, ou seja, como exemplificado por ele, recebendo matérias primas totalizando R\$ 100,00 (ICMS suspenso) e cobrado pela industrialização o valor de R\$ 150,00, totalizando R\$ 250,00, poderia devolver os R\$ 100,00 sem tributação, tributar normal o valor da industrialização (R\$ 150,00), e sobre o valor das matérias primas e do custo da industrialização (R\$ 250,00), aplicar a MVA (no caso 114%), e sobre a base de cálculo resultante aplicar a alíquota prevista e deduzir o ICMS Normal, fazendo a retenção do ICMS-ST.

Se assim tivesse procedido, as operações subsequentes seriam desoneradas de tributação, em razão da retenção do ICMS-ST englobar o custo das:

- i) matérias primas e
- ii) custo da industrialização, conforme exemplificado na consulta e orientação contida no citado Parecer.

Entretanto, a exemplo da Nota Fiscal 5.437, (fl. 37), o industrializador não procedeu como exemplificou na consulta e confirmado no Parecer 3.363/2020, ou seja, tendo recebido **R\$ 1.796,15** de matérias primas remetidas pelo estabelecimento autuado para industrialização, com suspensão do ICMS, deu retorno simbólico após a industrialização sem tributação, de forma correta (art. 280 do RICMS/BA), porém, diferentemente do que exemplificou na consulta, procedeu a retenção do ICMS-ST aplicando a MVA de 114% sobre o valor cobrado pela industrialização de **R\$ 1.734,00**, sem incluir na base de cálculo do imposto retido, o valor das matérias primas recebidas.

Consequentemente, sobre as operações autuadas de vendas de produtos industrializados por terceiros (energéticos e refrigerantes), como não tributadas (fase de tributação encerrada), pode se concluir que o Erário Público suportou:

- A) o crédito do ICMS relativo às aquisições de matérias primas que foram remetidas e retornadas com suspensão do imposto, que não teve débito na operação de comercialização do produto acabado, ficando acumulado no estabelecimento autuado, e
- B) Teve tributada pelo ICMS-ST apenas o valor da atividade de industrialização, o que configura sonegação pela não tributação do custo das matérias primas, que não integrou a base de cálculo do ICMS-ST, visto que na operação subsequente que foi objeto da exigência fiscal, não foi tributada.

Segundo: conforme dito pela autuante, o estabelecimento autuado exerce atividade de comercialização de mercadorias em atacado, e ao remeter matérias primas para ser industrializada em estabelecimento de terceiros, equipara-se a estabelecimento industrial nos termos do art. 9º, IV do Dec. 7.212/2010 (Regulamento do IPI), que estabelece:

Art. 9º Equiparam-se a estabelecimento industrial:

IV - os estabelecimentos comerciais de produtos cuja industrialização tenha sido realizada por outro estabelecimento da mesma firma ou de terceiro, mediante a remessa, por eles efetuada, de matérias-primas, produtos intermediários, embalagens, recipientes, moldes, matrizes ou modelos.

E tendo recebido as mercadorias industrializadas que são enquadradas no regime de substituição tributária, com tributação do ICMS apenas sobre o valor agregado pelo industrial às matérias primas que resultou no produto acabado, não pode ser considerado encerrada a tributação dos produtos que deu saída sem destaque do imposto, a exemplo da Nota Fiscal nº 014.919, (fl. 39), de BEB BAIXA CALORIA e ENERGY DRINK.

Como os produtos comercializados se submetem ao regime de substituição tributária, o estabelecimento autuado deveria proceder em conformidade com o disposto no art. 8º, II da Lei nº 7.014/1996:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos 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:

(...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no anexo I desta lei, **exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;** (grifo nosso).

(...)

ANEXO I

MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO

(...)

2 Bebidas alcoólicas, exceto cervejas e chopes;

(...)

5 Bebidas energéticas, isotônicas, iogurtes e outras bebidas alimentares à base de leite ou de cacau, néctares e refrescos;

Portanto, tendo o contribuinte alienado as mercadorias considerando “tê-las recebido já com o imposto antecipado”, (inciso II do art. 8º), e conforme anteriormente apreciado, de fato, só teve retido o ICMS-ST sobre o custo da industrialização, deveria proceder em conformidade com o disposto no art. 291 do RICMS/2012 que estabelece:

Art. 291. Na hipótese do sujeito passivo por substituição adquirir de terceiro uma mesma espécie de mercadoria com o imposto retido, para que se dê ao seu estoque e às suas operações tratamento fiscal uniforme, deverá utilizar como crédito fiscal tanto o ICMS da operação própria como o imposto retido, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto na operação interna subsequente com aquela mercadoria (grifo nosso).

Este foi o procedimento adotado pela fiscalização, conforme demonstrativo gravado na mídia de fl. 31, no qual:

a) Aplicou a alíquota interna sobre os produtos comercializados, que foi industrializado por terceiros, e

b) deduziu o ICMS próprio e do ICMS-ST destacado na nota fiscal emitida pelo industrializador (apenas sobre o valor cobrado pela industrialização), conforme quadro resumo elaborado pela autuante:

DEMONSTRATIVO SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA - 2019					
	VLR ICMS NORMAL CALCULADO	CRÉDITO ICMS PRÓPRIO ***	CRÉDITO SUBST. TRIBUT. ***	ICMS NORMAL DEVIDO	VLR ICMS NORMAL DEVIDO
JANEIRO	172.784,81	17.938,22	16.149,72	138.696,87	
FEVEREIRO	143.805,16	18.111,40	13.148,54	112.545,22	
MARÇO	122.054,98	21.047,89	15.832,60	85.174,49	
ABRIL	119.926,25	19.115,77	12.361,29	88.449,19	
MAIO	110.455,85	14.793,15	10.151,14	85.511,56	
JUNHO	116.514,24	13.325,55	11.205,85	91.982,84	
JULHO	73.283,50	15.911,88	15.645,72	41.725,90	
AGOSTO	75.798,40	7.469,45	6.025,53	62.303,42	
SETEMBRO	116.744,59	7.540,80	5.698,87	103.504,92	
OUTUBRO	115.532,42	18.788,32	17.373,17	79.370,93	
NOEMBRO	130.667,61	3.743,58	2.183,79	124.740,24	
DEZEMBRO	161.719,60	13.257,68	13.189,44	135.272,48	
TOTAIS	1.459.287,41	171.043,69	138.965,66	1.149.278,06	
*** CRÉDITO PELA ENTRADA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS POR ENCOMENDA					

Por tudo que foi exposto, concluo que está correto o procedimento fiscal de considerar tributável as operações de saídas de mercadorias de estabelecimento atacadista equiparada à indústria (art. 9º, inc. IV do Dec. 7.212/2010), que teve retenção do ICMS-ST apenas sobre o valor da industrialização realizada por terceiros, tendo assegurado o direito de utilização dos créditos fiscais relativos à tributação normal procedida pelo industrializador e do ICMS-ST destacado nos documentos fiscais emitidos pelo industrializador, como previsto no art. 291 do RICMS/BA.

Do exposto, voto pela Procedência do Auto de Infração.”

A 4^a JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99, tendo a 2^a CJF decidido pelo seu Provimento, modificando a Decisão para julgar Procedente o Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão CJF nº 0219-12/22-VD (fls. 131 a 147), com base no voto a seguir transcrito:

“Observo que, a 4^a JJF (Acórdão JJF N° 0034-04/22-VD) em decisão não unanime, desonerou o sujeito passivo do lançamento do crédito tributário com valores atualizados de R\$ 1.963.409,29, à data do julgamento sob às fls.110, fato este, que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Contemplando o Recurso de Ofício interposto pela 4^a JJF, contra a decisão que julgou NULO, em decisão não unânime o Auto de infração em epígrafe, constata-se que, a desoneração decorreu por insegurança na constituição da base de cálculo do imposto, gerando incerteza quanto ao valor do imposto lançado.

Verifico que, o presente lançamento se deu em razão da falta de recolhimento de ICMS pela prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas no que se refere ao ICMS normal incidente na saída das mercadorias da substituição tributária fabricada sob encomenda.

A Autuada é uma empresa atacadista equiparada a indústria (art. 9º, inc. IV do Decreto Federal nº 7.212/2010), compra insumos e matérias-primas quase na sua totalidade de fora do Estado, credita-se normalmente e remete para industrialização com ICMS suspenso (inc. I, art. 280 do RICMS/BA), por conseguinte, recebe o produto final da indústria com destaque de ICMS Normal e ST apenas sobre o valor agregado, conforme previsão legal (§ 4º, incisos I e II, art. 280 do RICMS/BA).

No entendimento da autuada, nessa fase, a tributação é encerrada, deixando o sujeito passivo de recolher o ICMS Próprio e o ICMS ST nas saídas internas dos produtos comercializados.

Verifico ainda, que esse procedimento utilizado pela autuada com os produtos da Substituição Tributária, especificamente energéticos e bebidas alcoólicas, produzem manutenção de saldo credor.

Neste sentido, tais procedimentos com produtos da Substituição Tributária, em especial os energéticos, resultou na lavratura de dois Autos de Infração, sendo o auto em lide para exigir o recolhimento do ICMS próprio, e o Auto de Infração nº 281332.0003/20-9, para exigir o recolhimento do ICMS por retenção na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Constato que, a 4^a JJF na Pauta Suplementar de 31.03.2021, em busca da verdade material converteu o presente processo em diligencia à Autuante para que sejam adotadas algumas providencias já citadas no relatório.

Em cumprimento a diligência solicitada, a autuante (fls.53/54), elabora resposta a diligencia fiscal declarando que optou por imprimir a informação fiscal e gravar os mesmos demonstrativos já entregues por ocasião da ciência do auto para remeter ao contribuinte novamente. Documentos foram entregue ao sujeito passivo sob as fls.55/64. O sujeito passivo apresenta em manifestação suas contrarrazões à informação fiscal apresentado as mesmas alegações defensivas da impugnação.

Em sessão de julgamento da 4^a JJF, o presente feito foi julgado Nulo em decisão não unânime, por não concordar com a metodologia aplicada pela fiscalização para lavratura do auto em lide, conforme trecho do voto que transcrevo abaixo:

“Agora, manifestando sobre a metodologia aplicada pela Fiscalização para apurar a base de cálculo do imposto lançado no presente PAF, assim destaco:

Vê-se o arquivo Excel correspondente ao demonstrativo de débito da autuação, que é parte integrante do CD/Mídia de fl. 9 dos autos, com a seguinte denominação “DemonstrativoSaídaMercadoriaTributadaComoNãoTributada”, composto de 2 (duas) pastas: “ICMSNormal” e “ResumoICMSNormal”. Essa mercadoria negociada, objeto da autuação, foi toda com “CFOP 5.405 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído”.

A pasta “ICMSNormal” diz respeito às informações analíticas da autuação, que são decorrentes das notas fiscais de saídas internas do produto “energético”, emitidas pelo Contribuinte Autuado –GABRIEL SCHIOCHET” – produzidos sob encomenda pela FERRARI FERREIRA INDUSTRIA DE ALIMENTOS EIRELI , composto por: “data”, “nº da nota fiscal”, “descrição do produto”, “CFOP”, “quantidade”, “unidade”, “valor do item”, “base de cálculo do ICMS Normal”, “alíquota” e “valor do ICMS Normal Calculado”.

Por sua vez, a pasta “ResumoICMSNormal” traz a informação do valor do “ICMS Normal mensal” calculado e oriundo da pasta “ICMSNormal”, bem como a informação de “Crédito ICMS Próprio”, que

não se sabe a sua origem, além da informação do “Valor do ICMS Normal Devido”, que é o valor lançado na autuação, decorrente da operação aritmética abaixo reproduzido:

VlrIcmsNormal Calculado (A)	Crédito IcmsPróprio *** (B)	Crédito IcmsST *** (C)	VlrIcmsNormal Devido (D=A-B-C)
Nota: CRÉDITO PELA ENTRADA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS POR ENCOMENDA			

A pasta “ICMSNormal”, que diz respeito às informações analíticas da autuação, relativamente à formação da “Base de Cálculo do ICMS Normal Calculado”, e por conseguinte calculado o ICMS Normal devido, que corresponde ao valor do “ICMS Normal Calculado” e transferido para a pasta “ResumoICMSNormal” correspondente ao valor da “Coluna A” do quadro acima reconstituído, é decorrente da seguinte operação aritmética:

CFOP	InfComplemNf	VlItem (A)	VlDesc (B)	BCIcms Normal (C)	VlUnit (D)	AliqIcms (E=20 ou 27%)	VlIcms Normal (F=C x E)

Da análise dos quadros reconstituídos, acima destacados, que dão fundamentação ao “Demonstrativos de Débito” da autuação, vê-se de pronto uma incongruência na formação do Valor do ICMS Normal Devido, pois na sua formação, a agente Fiscal Autuante diminui Créditos de ICMS ST, onde ao meu sentir, em que pese tratar-se do mesmo imposto, são de natureza diferente, em que não se vê na legislação autorização para assim proceder.

Ademais, não obstante a agente Fiscal Autuante destacar no demonstrativo da pasta “ResumoICMSNormal” a seguinte nota: “CRÉDITO PELA ENTRADA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS POR ENCOMENDA”, não se vê nos autos demonstrativo ou elemento probante indicando que de fato tais créditos se relacionam às entradas dos produtos industrializados por encomenda, objeto da autuação, ou seja, não se tem qualquer demonstrativo indicando como a agente Autuante levantou tais valores.

Além de tudo isso, há de se perquirir, como mais acuidade, inclusive acostando provas processuais, se tais operações – vendas de energéticos industrializados por encomenda tratados no art. 280 § 4º, inc. II, do RICMS/2012 com CFOP 5405 – não estariam de fato não sujeitas à incidência do ICMS nas operações internas subsequentes, como arguido pelo defendente, dado à orientação do Parecer nº 3363/2020, de que o estabelecimento industrializador, na condição de substituto tributário, deve fazer a retenção do ICMS/ST, ficando desoneradas de tributação as operações internas subsequentes, com as mesmas mercadorias, que é o objeto da autuação, de acordo com a regra inserta no art. 290 do RICM/2012.”

Vejo que, a 4ª JJF julgou o referido Auto em decisão não unânime, pela nulidade do presente feito, considerando que o ICMS exigido foi calculado de forma equivocada pela autuante causando insegurança na constituição da base de cálculo conforme demonstrado em trecho do voto vencedor abaixo:

“Diante dos fatos acima descritos, constata-se que realmente, a análise do mérito fica prejudicada face à incompatibilidade da forma de apuração do imposto com a descrição da infração nos termos em que está posta a legislação. Resta comprovado que a base de cálculo atribuída pela autoridade fiscal se encontra posta de forma insegura, não permitindo se aquilatar, de forma clara, a liquidez do lançamento.

Isto significa que o levantamento fiscal se apresenta com insegurança em relação aos valores indicados em sua base de cálculo, voto então com respaldo no Art. 18, inciso IV “a” do RPAF/BA, pela nulidade do presente Auto de Infração e recomendo que o procedimento fiscal seja renovado a salvo das falhas apontadas, caso a Autoridade Fiscal competente entenda que restam valores devidos ao Estado da Bahia, decorrentes das vendas de energéticos efetuadas pelo Contribuinte Autuado - GABRIEL SCHIOCHET - e industrializados por encomenda tratados no art. 280 § 4º, inc. II do RICMS/2012, observando-se o prazo decadencial.”

Em 15/06/2022, a autuante não concordando com decisão do julgamento da 4ª JJF apresenta manifestação ao CONSEF, através do Processo SIPRO nº 038474/2022-6, sob as fls.121/128, no sentido de dar maior clareza das discussões e reitera a descrição da operação do Contribuinte e as bases legais da presente autuação.

Da analise dos autos, tomando como base o entendimento do Voto Vencido (Divergente) do Conselheiro Eduardo Ramos de Santana, tendo em vista que restou comprovado que a autuação demonstrada na base de cálculo e a apuração do imposto cobrado no Auto de Infração em lide estão de acordo com o que disciplina a legislação estadual.

Neste sentido mantenho o entendimento no nobre relator Eduardo Ramos de Santana, o qual transcrevo abaixo na integra o voto vencido.

“Em que pese a boa argumentação dispendida pelo i. Relator, divirjo do seu entendimento quanto à declaração de nulidade da autuação, em razão de ter sido lavrado 02 (dois) autos de infração distintos, um para cobrar o ICMS Normal, e outro para cobrar o ICMS substituição tributária, utilizar metodologia

irregular para apurar a base de cálculo e cerceamento do direito de defesa.

Com relação ao argumento de que foi lavrado dois AIs sobre o mesmo período fiscalizado (2019), observo que o lançamento em questão data de 30/03/2020, já na vigência da redação atual do art. 40 do RPAF/BA, dada pelo Dec. 18.558/2018, com efeitos a partir de 18/08/2018, que estabelece:

Art. 40. O preposto fiscal poderá lavrar mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado.

Parágrafo único. Sempre que for constatada infração à legislação tributária cuja exigência de crédito tributário seja em valor igual ou superior a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) deverá ser lavrado um auto exclusivamente com esta infração, ficando admitida a inclusão de outras, que sejam dela consequentes.

Portanto, a lavratura de dois Autos de Infrações sobre o mesmo período fiscalizado é procedimento regular e não enseja a nulidade invocada pelo defendant.

Quanto à metodologia aplicada, o lançamento tributário exige o ICMS normal relativo à comercialização de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Na descrição dos fatos foi contextualizado que o sujeito passivo inscrito no cadastro com atividade de comercialização de bebidas em atacado, equipara-se a estabelecimento industrial ao adquirir matérias primas, creditar-se normalmente, remeter para industrialização com ICMS suspenso e receber o produto final da indústria com o destaque de ICMS Normal e ST “apenas sobre o valor agregado”, e nas saídas subsequentes considerou a tributação encerrada, deixando de recolher o ICMS próprio e o ST relativo a vendas dos produtos. Complementou ainda, que o estabelecimento acumula saldos credores e que foi lavrado outro AI exigindo o ICMS ST.

Já os demonstrativos gravados na mídia de fl. 9, indicam o valor de operação de saída, com aplicação da alíquota interna (20% e 27%; 18% ou 25% adicionado 2% do FECEPE), e na planilha resumo foi indicado:

- i) o montante do ICMS Normal calculado;
- ii) deduzido o crédito do ICMS próprio;
- iii) também do ICMS-ST (destacado pelo industrializador).

Pelo exposto, a fiscalização acusou que o estabelecimento autuado praticou operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, o sujeito passivo compreendeu e se defendeu apresentando argumento de que as operações objeto da autuação já se encontravam com fase de tributação encerrada, e que procedeu em conformidade com a resposta de consulta formulada pelo industrializador. Portanto, a descrição da infração e os demonstrativos que lhe dão suporte não impossibilitaram o exercício do contraditório por parte do defendant, cujas questões de mérito serão apreciadas no momento próprio.

Quanto à metodologia aplicada, entendo que faz parte da questão de mérito, para interpretar se o procedimento utilizado pela fiscalização se coaduna com a prescrição contida na legislação do ICMS, motivo pelo qual, na apreciação desta preliminar de nulidade, entendo que não deve ser apreciada, o que será feito quando da apreciação das razões de mérito, que passo a fazê-lo.

No mérito, conforme descrito no relatório, a exigência fiscal acusa o contribuinte de ter deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis.

Na defesa apresentada (fls. 14 a 20), o impugnante apresentou uma argumentação extensa arguindo nulidade, por a fiscalização ter equivocadamente exigido ICMS relativo a operações com mercadorias que já tinham encerrado a tributação, cerceando o seu direito de defesa, cuja nulidade foi apreciada acima e rejeitada.

No mérito, de forma sucinta, o impugnante alegou que:

- A) As mercadorias que foram objeto da autuação (exigindo ICMS normal sobre as vendas), decorrem de recebimento de mercadoria que foi industrializada por encomenda a terceiros, no caso a empresa FERRARI FERREIRA INDUSTRIA DE ALIMENTOS EIRELI;
- B) O industrializador (FERRARI), formulou consulta tributária quanto ao procedimento a ser adotado com a industrialização de mercadorias, e no Parecer 3.363/2020, cuja cópia foi juntada à fl. 23, foi respondido que deveria reter o ICMS-ST, encerrando as fases de tributação.

Inicialmente, ressalto que a ação fiscal foi iniciada em 03/02/2020, conforme documento de fl. 6, e o citado Parecer foi exarado em 13/04/2020 (fl. 23), depois da lavratura do auto de infração em 30/03/2020.

Na apreciação destes argumentos defensivos, (A) as operações autuadas tinham fase de tributação encerrada e (B) o Parecer orienta que deve reter o ICMS-ST sobre a industrialização de insumos, passo a contextualizar os elementos contidos no processo.

1. PARECER 3.363/2020:



i) O industrializador (*FERRARI* – fl. 23) na consulta informa que industrializa ENERGÉTICO – NCM 2106.9090; COQUITEL COMPOSTO – NCM 2208.9000 e REFRIGERANTE – NCM 2202.1000, todos enquadrados na ST (itens 3.10, 3.12 e 3.13 do Anexo I do RICMS/BA);

ii) Exemplifica que recebe do atacadista insumos (extratos) no valor de R\$ 100,00 (CFOP 5.901), e dá retorno simbólico da remessa com o CFOP 5.902 no valor de R\$ 100,00; Cobra industrialização (CFOP 5.124) no valor de R\$ 150,00 (energético), totalizando R\$ 250,00;

iii) “E ainda supondo que o produto final acabado esteja sujeito à substituição tributária, o valor da mercadoria acabada seria de R\$ 200,00 (R\$ 150,00 da mercadoria mais R\$ 50,00 de ICMS-ST) ficando a nota fiscal de retorno no valor de R\$ 300,00”.

iv) Na resposta da consulta foi indicado os procedimentos de remessa e retorno dos produtos para industrialização, contemplados com suspensão (art. 280 do RICMS/BA), com indicação dos CFOPs e na conclusão, que em se tratando de produto enquadrado no regime de substituição tributária: “está correto o entendimento de que a consulfente, na condição de substituto tributário, deverá fazer a retenção do ICMS-ST, ficando desonerado da tributação nas operações internas subsequentes das mesmas mercadorias” (art. 290 do RICMS/BA).

2. OPERAÇÕES PRATICADAS. Conforme documentos juntados com a defesa:

a) A NF 15.546 (fl. 34), emitido pelo estabelecimento autuado, remete matérias primas (ácido cítrico, açúcar, mix, preformas) para industrialização na *FERRARI*, com o CFOP 5.901, contemplado com suspensão da tributação do ICMS (art. 280, I do RICMS/BA);

b) A NF 5.437 emitida pela *FERRARI* (fls. 36 e 37), indica retorno parcial das mercadorias utilizadas na industrialização (CFOP 5.902), sem tributação do ICMS (art. 280 do RICMS/BA), com valor de R\$ 1.796,15 e valor cobrado pela industrialização totalizando R\$ 1.734,00 que foi tributado pelo ICMS Normal (R\$ 346,80), e também pelo ICMS ST (R\$ 395,35). Entretanto, tendo indicado valor do PIS de R\$ 11,27 e Cofins de R\$ 52,02 e ICMS-ST de R\$ 395,35, foi indicado VALOR TOTAL DOS PRODUTOS de R\$ 7.512,14 (?) e VALOR TOTAL DA NOTA de R\$ 7.907,49 (?). conforme resumo abaixo:

Descrição	Valor	CFOP	
Tampas	138,72	5902	Retorno de mercadoria utilizada na industrialização por encomenda
Açucar cristal	1.657,43	5902	Retorno de mercadoria utilizada na industrialização por encomenda
A) Total de retorno	1.796,15		Sem tributação
Energy Drink	234,00	5124	Industrialização efetuada para outra empresa
Energy Drink	1.500,00	5124	Industrialização efetuada para outra empresa
B) Total/industrialização	1.734,00		Tributado pelo ICMS: Normal e ST

c) Na NF 5.437 (retorno de industrialização), foram indicados valores do ICMS Normal de R\$ 346,80 e de ICMS-ST no valor de R\$ 346,80, que decompondo o cálculo do ICMS, constata-se que foi aplicada a alíquota de 20% (18% + 2% do FECEPE) sobre o valor da industrialização que resultou no ICMS normal de R\$ 346,80 e sobre o valor da industrialização foi adicionado a MVA de 114% previsto no Anexo I do RICMS/12 (itens 3.10 e 3.11 – bebidas energéticas), e sobre a base de cálculo resultante, aplicado a alíquota de 20% e deduzido o ICMS Normal que resultou no ICMS-ST de R\$ 395,35, que foi destacado na NF 5.437, conforme abaixo:

CÁLCULO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA		VALORES	
<i>Atividade de industrialização</i>		1.734,00	
MVA	114%	R\$	1.976,76
BASE DE CÁLCULO/SUSBITUIÇÃO	(5 + 6)	R\$	3.710,76
ICMS À ALÍQUOTA INTERNA	20%	R\$	742,15
(-) ICMS PAGO NA ORIGEM (R\$ 1.734,00 x 20%)	20%	R\$	346,80
ICMS SUBSTITUTO DEVIDO (R\$ 742,15 – R\$ 346,80)	(7 - 8)	R\$	395,35

3. CONCLUSÃO

3.1 O lançamento exige ICMS Normal relativo às operações de comercialização de mercadorias que foi industrializada por terceiros, que não foram tributadas pelo ICMS;

3.2 Na defesa apresentada, o impugnante argumentou que:

A) as operações autuadas tinham fase de tributação encerrada e

B) seguiu orientação de Parecer em consulta formulada pelo industrializador que deveria reter o ICMS-ST

sobre a industrialização de insumos, e que encerrava a tributação nas operações subsequentes.

Neste contexto, a operação de comercialização do produto acabado sem tributação, por parte do estabelecimento autuado deve ser analisada à luz da legislação do ICMS, pelo conjunto de operações que resultou a comercialização do produto, a saber:

- i) Aquisição das matérias primas por estabelecimento atacadista, que equipara-se a estabelecimento industrial, fazendo uso do crédito fiscal;
- ii) Remessa das matérias primas para industrialização, pelo estabelecimento atacadista, com suspensão do ICMS;
- iii) Retorno do produto acabado, com devolução simbólica das matérias primas (incorporadas ao produto industrializado), contemplada com suspensão do ICMS;
- iv) Cobrança do valor da industrialização, operação tributada pelo ICMS, que na situação presente também foi onerada pelo ICMS-ST, com adição do valor agregado (MVA), **apenas sobre o valor da industrialização**, ficando de fora o valor das matérias primas;
- v) Venda da mercadoria pelo estabelecimento atacadista, equiparado a industrial, sem tributação pelo ICMS, sob alegação de encerramento das fases de tributação do imposto.

Por tudo quanto exposto, pode se concluir que:

Primeiro: a orientação contida no Parecer 3.363/2020, (fl. 23), em resposta à consulta formulada pelo industrializador (FERRARI) está correta, ou seja, como exemplificado por ele, recebendo matérias primas totalizando R\$ 100,00 (ICMS suspenso) e cobrado pela industrialização o valor de R\$ 150,00, totalizando R\$ 250,00, poderia devolver os R\$ 100,00 sem tributação, tributar normal o valor da industrialização (R\$ 150,00), e sobre o valor das matérias primas e do custo da industrialização (R\$ 250,00), aplicar a MVA (no caso 114%), e sobre a base de cálculo resultante aplicar a alíquota prevista e deduzir o ICMS Normal, fazendo a retenção do ICMS-ST.

Se assim tivesse procedido, as operações subsequentes seriam desoneradas de tributação, em razão da retenção do ICMS-ST englobar o custo das:

- i) matérias primas e
- ii) custo da industrialização, conforme exemplificado na consulta e orientação contida no citado Parecer.

Entretanto, a exemplo da Nota Fiscal 5.437, (fl. 37), o industrializador não procedeu como exemplificou na consulta e confirmado no Parecer 3.363/2020, ou seja, tendo recebido **R\$ 1.796,15** de matérias primas remetidas pelo estabelecimento autuado para industrialização, com suspensão do ICMS, deu retorno simbólico após a industrialização sem tributação, de forma correta (art. 280 do RICMS/BA), porém, diferentemente do que exemplificou na consulta, procedeu a retenção do ICMS-ST aplicando a MVA de 114% sobre o valor cobrado pela industrialização de **R\$ 1.734,00**, sem incluir na base de cálculo do imposto retido, o valor das matérias primas recebidas.

Consequentemente, sobre as operações autuadas de vendas de produtos industrializados por terceiros (energéticos e refrigerantes), como não tributadas (fase de tributação encerrada), pode se concluir que o Erário Público suportou:

- A) o crédito do ICMS relativo às aquisições de matérias primas que foram remetidas e retornadas com suspensão do imposto, que não teve débito na operação de comercialização do produto acabado, ficando acumulado no estabelecimento autuado, e
- B) Teve tributada pelo ICMS-ST apenas o valor da atividade de industrialização, o que configura sonegação pela não tributação do custo das matérias primas, que não integrou a base de cálculo do ICMS-ST, visto que na operação subsequente que foi objeto da exigência fiscal, não foi tributada.

Segundo: conforme dito pela autuante, o estabelecimento autuado exerce atividade de comercialização de mercadorias em atacado, e ao remeter matérias primas para ser industrializada em estabelecimento de terceiros, equipara-se a estabelecimento industrial nos termos do art. 9º, IV do Dec. 7.212/2010 (Regulamento do IPI), que estabelece:

Art. 9º Equiparam-se a estabelecimento industrial:

IV - os estabelecimentos comerciais de produtos cuja industrialização tenha sido realizada por outro estabelecimento da mesma firma ou de terceiro, mediante a remessa, por eles efetuada, de matérias-primas, produtos intermediários, embalagens, recipientes, moldes, matrizes ou modelos.

E tendo recebido as mercadorias industrializadas que são enquadradas no regime de substituição tributária, com tributação do ICMS apenas sobre o valor agregado pelo industrial às matérias primas que resultou no

produto acabado, não pode ser considerada a tributação dos produtos que deu saída sem destaque do imposto, a exemplo da Nota Fiscal nº 014.919, (fl. 39), de BEB BAIXA CALORIA e ENERGY DRINK.

Como os produtos comercializados se submetem ao regime de substituição tributária, o estabelecimento autuado deveria proceder em conformidade com o disposto no art. 8º, II da Lei nº 7.014/1996:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos 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:

(...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado; (grifo nosso).

(...)

ANEXO I

MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO

(...)

2 Bebidas alcoólicas, exceto cervejas e chopes;

(...)

5 Bebidas energéticas, isotônicas, iogurtes e outras bebidas alimentares à base de leite ou de cacau, néctares e refrescos;

Portanto, tendo o contribuinte alienado as mercadorias considerando “tê-las recebido já com o imposto antecipado”, (inciso II do art. 8º), e conforme anteriormente apreciado, de fato, só teve retido o ICMS-ST sobre o custo da industrialização, deveria proceder em conformidade com o disposto no art. 291 do RICMS/2012 que estabelece:

Art. 291. Na hipótese do sujeito passivo por substituição adquirir de terceiro uma mesma espécie de mercadoria com o imposto retido, para que se dê ao seu estoque e às suas operações tratamento fiscal uniforme, deverá utilizar como crédito fiscal tanto o ICMS da operação própria como o imposto retido, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto na operação interna subsequente com aquela mercadoria (grifo nosso).

Este foi o procedimento adotado pela fiscalização, conforme demonstrativo gravado na mídia de fl. 31, no qual:

a) Aplicou a alíquota interna sobre os produtos comercializados, que foi industrializado por terceiros, e

b) deduziu o ICMS próprio e do ICMS-ST destacado na nota fiscal emitida pelo industrializador (apenas sobre o valor cobrado pela industrialização), conforme quadro resumo elaborado pela autuante:

DEMONSTRATIVO SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA - 2019				
	VLR ICMS NORMAL CALCULADO	CRÉDITO ICMS PRÓPRIO ***	CRÉDITO ICMS SUBST. TRIBUT. ***	VLR ICMS NORMAL DEVIDO
JANEIRO	172.784,81	17.938,22	16.149,72	138.696,87
FEVEREIRO	143.805,16	18.111,40	13.148,54	112.545,22
MARÇO	122.054,98	21.047,89	15.832,60	85.174,49
ABRIL	119.926,25	19.115,77	12.361,29	88.449,19
MAIO	110.455,85	14.793,15	10.151,14	85.511,56
JUNHO	116.514,24	13.325,55	11.205,85	91.982,84
JULHO	73.283,50	15.911,88	15.645,72	41.725,90
AGOSTO	75.798,40	7.469,45	6.025,53	62.303,42
SETEMBRO	116.744,59	7.540,80	5.698,87	103.504,92
OUTUBRO	115.532,42	18.788,32	17.373,17	79.370,93
NOEMBRO	130.667,61	3.743,58	2.183,79	124.740,24
DEZEMBRO	161.719,60	13.257,68	13.189,44	135.272,48
TOTAIS	1.459.287,41	171.043,69	138.965,66	1.149.278,06
*** CRÉDITO PELA ENTRADA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS POR ENCOMENDA				

Por tudo que foi exposto, concluo que está correto o procedimento fiscal de considerar tributável as operações de saídas de mercadorias de estabelecimento atacadista equiparada à indústria (art. 9º, inc. IV do Dec. 7.212/2010), que teve retenção do ICMS-ST apenas sobre o valor da industrialização realizada por terceiros, tendo assegurado o direito de utilização dos créditos fiscais relativos à tributação normal procedida pelo industrializador e do ICMS-ST destacado nos documentos fiscais emitidos pelo

industrializador, como previsto no art. 291 do RICMS/BA.

Do exposto, voto pela Procedência do Auto de Infração.”

Considerando que a autuada é uma Empresa Atacadista de bebidas e compra insumos e matéria prima em quase sua totalidade de fora do estado, a mesma se credita do ICMS conforme previsto no art. 309, I, “b” do RICMS/BA.

Considerando que a autuada remete a matéria prima para industrialização por encomenda e por essa razão é equiparada a indústria de acordo com o art. 9º, IV DO Decreto nº 7.212/2010-RIPI/2010.

Considerando que, a remessa da matéria prima para industrialização é feita com ICMS suspenso conforme previsto no art. 280, I do RICMS/BA. Operação usada foi o CFOP 5901.

Considerando que, a autuada recebe o produto final da indústria, principalmente de energéticos (NCM 2106.90.90) com destaque de ICMS Normal e ST, apenas sobre o valor agregado ao produto pelo industrial, conforme disposto no art. 280, § 4º, II do RICMS/BA.

Considerando que autuada recebe os produtos da encomenda da Indústria com destaque apenas do valor agregado pelo Industrial ao produto, e efetua saídas/vendas aos seus clientes sem o destaque do imposto, por entender equivocadamente que a tributação nesta fase se encontra encerrada.

Diante de tais considerações, entendo que a análise do mérito fica bem discutida, tendo em vista que os cálculos demonstrados na sua base de cálculo e o ICMS exigido estão corretos e não acarretou nenhum prejuízo ao contribuinte, portanto, dentro da legalidade.

Embora desconstitua a nulidade decretada pela JJF, deixo de devolver o processo para a Primeira Instância por entender que a questão se encontra madura para julgamento, o que permite avanço para apreciação do mérito, amparado no permissivo previsto no art. 1.013 do CPC (abaixo reproduzido), aplicável subsidiariamente ao processo administrativo.

“Art. 1.013 prevê que: A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

*...
§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:*

*...
II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;
...”*

Destarte, concluo como lícito o procedimento fiscal que adotou o critério para demonstrar a apuração da base de cálculo de forma simplificada, tendo em vista que os cálculos demonstrados e o ICMS exigido estão corretos e não acarretou nenhum prejuízo ao contribuinte, portanto, dentro da legalidade.

Isto posto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício no sentido de modificar a Decisão recorrida e julgar a PROCEDENTE o Auto de Infração.”

O Autuado apresentou Pedido de Reconsideração (fls. 155 a 167), nos termos do Art. 169, I, “d” do RPAF/99, no qual explicou que as operações fiscais se realizaram de acordo com as seguintes fases:

1ª Fase: Adquire matérias primas e as remete para industrialização na empresa Ferrari Ferreira com CFOP 5.901 e suspensão do ICMS, conforme previsto no Art. 280, I do RICMS/12.

2ª Fase: Recebe os produtos industrializados pela empresa Ferrari Ferreira, preponderantemente ENERGÉTICOS, NCM 2106.90.90, COQUETEL COMPOSTO, NCM 2208.90.90, e REFRIGERANTES DE BAIXA CALORIA, NCM 2202.20.00, todos enquadrados na substituição tributária, com destaque de ICMS normal e ST apenas sobre o valor agregado ao produto pelo industrial, conforme prevê o Art. 280, § 4º, I e II do RICMS/12.

3ª Fase: Há a comercialização das mercadorias, com a tributação encerrada, sem a possibilidade de utilização de quaisquer créditos, vez que indevidos, por falta de permissivo legal, de acordo com o comando dos Arts. 290 e 292 do RICMS/12.

Disse que, muito embora já tivessem sido efetuadas diversas consultas informais a fiscais e a plantões fiscais, a indústria destinatária da encomenda formalizou consulta à SEFAZ/BA, cujo Parecer Final nº 3.363/2020 ratificou as operações feitas conforme detalhado acima e quadro a

seguir.

Objeto da Consulta	solicitando orientação sobre procedimentos e tributação de produtos da substituição tributária nas remessas para industrialização com fornecimento de insumos, nos termos a seguir: A consultante informa que dentre os produtos que industrializa estão o energético, NCM 21069090, coquetel composto NCM, 22089000 e o refrigerante de baixa caloria NCM 22021000, todos enquadrados na substituição tributária, itens 3.10; 3.12 e 3.13 do anexo I do RICMS/BA.
Resposta	1ª Fase <i>Os procedimentos relativos à remessa para industrialização por encomenda, seu retorno e referentes à saída de produtos que, por conta e ordem do autor da encomenda, for efetuada do estabelecimento industrializador diretamente a estabelecimento de contribuinte que os tiver adquirido do encomendante, estão previstos nos arts. 280 a 283 do RICMS/BA.</i>
2ª Fase	<i>O retorno dos produtos industrializados por encomenda é tratado no art. § 4º do art. 280 do RICMS/12, a saber: Art. 280. É suspensa a incidência do ICMS: (...) § 4º Nas saídas de mercadorias em retorno ao estabelecimento autor da encomenda, o estabelecimento industrializador deverá (Convênio S/Nº, de 15/12/70):</i> <i>I - emitir nota fiscal, que terá como destinatário o estabelecimento de origem, autor da encomenda, na qual, além dos demais requisitos, constarão:</i> <i>a) o número, a série e a data da emissão, o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do emitente da nota fiscal que acompanhou as mercadorias recebidas em seu estabelecimento;</i> <i>b) o valor das mercadorias recebidas para industrialização, o valor das mercadorias empregadas na industrialização e o valor total cobrado do autor da encomenda;</i> <i>II - efetuar, na nota fiscal referida no inciso I deste parágrafo, o destaque do ICMS sobre o valor total cobrado do autor da encomenda, podendo este aproveitar o crédito, quando admitido</i>
CONCLUSÃO	<i>Quanto ao ICMS ST relativo aos produtos acabados, constantes no Anexo I do RICMS/12, itens 3.10; 3.12 e 3.13 (refrigerante de baixa caloria, energético, coquetel composto) conforme art. 289 do RICMS/12, está correto o entendimento de que a consultante, na condição de substituto tributário, deverá fazer a retenção do ICMS/ST, ficando desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, de acordo com a regra inserta no art. 290 do RICMS/12. (grifos)</i> <i>Respondidos os questionamentos apresentados, informamos que, conforme determina o artigo 63 do RPAF (Dec. nº 7.629/99), no prazo de vinte dias após a ciência da resposta à presente consulta deverá a Consulente acatar o entendimento apresentado neste opinativo, ajustando-se à orientação recebida. É o parecer</i>

Acrescentou que outra empresa do mesmo setor também formalizou consulta à SEFAZ/BA que, embora não tenha o mesmo objeto, lateralmente a resposta, Parecer Final nº 7.085/2020, corrobora e aquiesce a sua conduta escorreita.

INTERESSADO

IE./CNPJ/CPF	Razão Social	Situação Processo
63.953.099	TRUST INDUSTRIA E COMERCIO DE REFRIGERANTES LTDA. - RESPONDIDO	

PARECER FINAL

Número e ano: 7085 2020

Ementa:

ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Refrigerantes e bebidas energéticas. Margem de Valor Agregado (MVA) prevista para o produto no Anexo I do RICMS ou Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF), o que for maior. Lei Estadual nº 7.014/98, art. 23, § 6º. Industrialização com fornecimento de insumos pelo autor da encomenda. Procedimentos e tributação. RICMS/12, art. 280, § 4º, c/c art. 289 do RICMS/12.RICMS/12, art. 280, § 4º, c/c art. 289 do RICMS/12.

Asseverou ser notório que o Auto de Infração deve ser considerado improcedente, conforme voto do Relator da Decisão recorrida, uma vez que sempre cumpriu o disposto nos Arts. 280 a 283 e 290 a 292 do RICMS/12, embasado no Parecer nº 3.363/2020, que lhe identificou como sujeito substituído e o industrializador como sujeito passivo da substituição tributária.

Aduziu que se admitisse crédito fiscal sobre produtos substituídos na fonte pelo sujeito passivo, no caso a indústria, além de estar infringindo o Art. 292 do RICMS/12, teria um problema em sua escrituração, pois por se tratar de contribuinte substituído, é vedada a utilização de qualquer crédito fiscal relativo a ICMS, uma vez que o mesmo foi retido antecipadamente por outro contribuinte, designado “passivo por substituição tributária”.

Alertou que também deve ser observado o Art. 8º, II da Lei nº 7.014/96, vigente à época dos fatos geradores, que estabelece a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo à substituição tributária o “*contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado*”.

Ressaltou que outros contribuintes do mesmo segmento (bebidas) tem a mesma orientação da SEFAZ/BA referente ao modelo de tributação a ser adotado com bebidas, além das diversas decisões em acórdãos exarados pelo CONSEF, orientação essa discrepante do procedimento que a Autuante trouxe nos autos, o que lhe prejudica, uma vez que o valor do seu produto final estaria totalmente fora da real curva de mercado que seus concorrentes praticam no mercado interno.

Alegou que a infração não está em conformidade para a devida apuração do ICMS ST, caracterizando cerceamento do seu direito à ampla defesa, em razão da lavratura de 2 (dois) Autos de Infração distintos, um para cobrar o ICMS normal e outro para exigir o ICMS ST, sendo impossível efetuar o cálculo do ICMS ST, sem primeiro calcular o valor da operação própria.

Defendeu que os cálculos obtidos pelo demonstrativo do Auto de Infração também trazem insegurança jurídica pois não seguem a normativa da substituição tributária, apontando que deveria ter se creditado tanto do ICMS normal quanto do ICMS ST dos produtos recebidos da empresa industrial (sujeito “PASSIVO” de substituição tributária) e reter novamente esses tributos, mesmo estando ciente que, no Parecer nº 3.363/2020, foi caracterizado pela SEFAZ como contribuinte “SUBSTITUÍDO”, devendo se submeter ao que dispõe os Art. 290 e 292 do RICMS/12.

Demonstrou o exemplo do cálculo referente aos produtos COQUETEL MARAVILHA DE 750ML 12/1, linha 617 do demonstrativo, e ENERGY DRINK 3G DE 2010 ML 6/1, linha 619 do demonstrativo:

$$BC\ ST = (\text{VALOR DO PRODUTO}) * (1 + (\text{MVA}/100))$$

$$BC\ ST = 172,80 * (1 + 29,04/100) = 172,80 * 1,2904 = 229,80 \text{ (e não } 50,18 \text{ como indicado)}$$

$$BC\ ST = 172,80 * (1 + 114/100) = 172,80 * 2,14 = 369,79 \text{ (e não } 196,99 \text{ como indicado)}$$

Requeru que os Autos de Infração nºs 281332.0001/20-6 e 281332.0003/20-9, ambos originados na mesma Ordem de Serviço nº 501.066/20, sejam julgados simultaneamente, conforme efetuado pela JJJF, bem como o envio do PAF para análise e parecer da PGE/PROFIS e o julgamento do Auto de Infração improcedente ou nulo.

Após a publicação da pauta de julgamento, o Autuado apresentou memoriais, onde relatou que foi lavrado o Auto de Infração nº 206881.0018/17-9, que exigiu ICMS relativo a omissão de entradas de mercadorias, sendo calculado o valor devido da forma que o Autuado efetuou no exercício ora Autuado, em função do acolhimento daquela orientação, inclusive alicerçado no Parecer nº 3.363/2020, que apontou a alíquota zero nas saídas de produtos sujeitos à substituição tributária.

Pugnou pelo julgamento pela improcedência da autuação.

Registro a presença no julgamento do advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sr. Antonio Marcelo da Costa Pedreira, OAB/BA nº 60.956.

VOTO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração, lavrado para exigir imposto e multa, em razão da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributadas como não tributadas, regularmente escrituradas.

Inicialmente cumpre a este julgador analisar a admissibilidade do Pedido de Reconsideração

apresentado. O RPAF/99, no seu Art. 169, I, “d”, estabelece que o requisito ou pressuposto para a sua admissibilidade é que a decisão da Câmara de Julgamento Fiscal tenha reformado, no mérito, em julgamento de Recurso de Ofício, a de 1^a Instância em processo administrativo fiscal.

Da leitura da Decisão recorrida transcrita acima, se observa que a Decisão de 2º grau decorreu de Recurso de Ofício, e que este foi provido, razão pela qual voto pelo CONHECIMENTO deste Pedido de Reconsideração.

Saliento que as intimações são efetuadas nos termos do Art. 108 e seguintes do RPAF/99.

A remessa do processo para parecer da PGE/PROFIS depende da avaliação dos integrantes desta 2^a CJF sobre a necessidade de parecer jurídico, o que entendo não ser necessário no presente caso.

O Autuado requereu a nulidade da autuação em seu Pedido de Reconsideração, arguindo cerceamento de defesa e insegurança jurídica.

Constatou que o presente processo está revestido das formalidades legais, o demonstrativo foi detalhadamente apresentado, constando as notas fiscais e suas chaves de acesso, relação das mercadorias e valor da base de cálculo e do imposto devido.

Não há cerceamento de defesa na lavratura de 2 (dois) Autos de Infração, um para cada infração, muito menos insegurança jurídica, principalmente no tocante a esta autuação, que se refere ao imposto normal.

Ademais, assim como aconteceu nos julgamentos anteriores, os Autos de Infração nºs 281332.0001/20-6 e 281332.0003/20-9, ambos originados na mesma Ordem de Serviço nº 501.066/20, estão sendo avaliados conjuntamente na mesma sessão de julgamento.

Também verifico que o Autuado efetuou plenamente a sua defesa, não tendo resultado em nenhum prejuízo que redundasse em nulidade.

Portanto, não vejo motivo para a decretação de nulidade, estando equivocado o voto do Relator de piso neste sentido, e afasto a nulidade sugerida.

Passando a avaliar o mérito da autuação, verifico que o Autuado explicou as fases de sua operação conforme descrito abaixo:

1^a Fase: Adquire matérias primas e as remete para industrialização na empresa Ferrari Ferreira com CFOP 5.901 e suspensão do ICMS, conforme previsto no Art. 280, I, do RICMS/12.

2^a Fase: Recebe os produtos industrializados pela empresa Ferrari Ferreira, preponderantemente ENERGÉTICOS, NCM 2106.90.90, COQUETEL COMPOSTO, NCM 2208.90.90, e REFRIGERANTES DE BAIXA CALORIA, NCM 2202.20.00, todos enquadrados na substituição tributária, com destaque de ICMS normal e ST apenas sobre o valor agregado ao produto pelo industrial, conforme prevê o Art. 280, § 4º, I e II do RICMS/12.

3^a Fase: Há a comercialização das mercadorias, com a tributação encerrada, sem a possibilidade de utilização de quaisquer créditos, vez que indevidos, por falta de permissivo legal, de acordo com o comando dos Arts. 290 e 292 do RICMS/12.

Também alegou que os citados Pareceres nºs 3.363/2020 e 7.085/2020, exarados após a autuação, bem como a lavratura do Auto de Infração nº 206881.0018/17-9, e os Arts. 280, § 4º, I e II, 290 e 292 do RICMS/12, amparariam a sua operação.

Desde já, explico que o Autuado se equivocou na interpretação de tais dispositivos, por fazer uma interpretação particular da legislação tributária e dos referidos pareceres, tendo em vista que não foi explicitado que é equiparado a um estabelecimento industrial, de acordo com o Art. 9º, IV do Decreto nº 7.212/10 (RIP/10), *in verbis*:

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

IV - os estabelecimentos comerciais de produtos cuja industrialização tenha sido realizada por outro estabelecimento da mesma firma ou de terceiro, mediante a remessa, por eles efetuada, de matérias-primas,

produtos intermediários, embalagens, recipientes, moldes, matrizes ou modelos.”

Explicando: o Autuado adquire matéria prima, utiliza o crédito fiscal, envia tais matérias-primas, com suspensão do imposto, para industrialização por encomenda, recebe o produto industrializado com o imposto pago por substituição tributária apenas em relação ao custo do serviço e vende sem tributação para toda a cadeia subsequente.

É lógico, é claro, é cristalino, que não faz sentido tal operação do ponto de vista da tributação, da aplicação do instituto da substituição tributária e até do bom senso. Afinal, o que é o instituto da substituição tributária por antecipação em relação às operações subsequentes (já que não vou me referir aqui às antecedentes ou concomitantes, como o diferimento ou o serviço de transporte), previsto no Art. 8º, II da Lei nº 7.014/96?

A substituição tributária por antecipação é o regime pelo qual a responsabilidade pelo imposto devido em relação às operações ou prestações de serviços das operações subsequentes a serem realizadas pelos destinatários é atribuída ao contribuinte remetente, na condição de sujeito passivo por substituição, em regra, industrial ou importador.

Neste regime, quando não há preço para venda ao consumidor sugerido pelo fabricante ou importador ou definido por órgãos públicos, a base de cálculo da substituição tributária é formada pelo preço praticado pelo remetente, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de Margem de Valor Agregado (MVA), calculada na forma dos Convênios ICMS 70/97, 52/17 e 142/18.

Ou seja, para o estabelecimento da MVA, há uma lógica científica, pois a MVA é uma média percentual entre o preço médio ponderado praticado nos estabelecimentos varejistas e o preço médio ponderado utilizado pelos estabelecimentos industriais ou importadores.

Sendo assim, no caso em tela, a MVA tem que ser aplicada sobre o preço praticado pelo estabelecimento industrial, não pela parcela acrescida pelo estabelecimento industrializador, sem levar em conta o custo das matérias primas nem a margem de lucro do estabelecimento industrial.

Afinal, a substituição tributária não é um benefício fiscal, mas um regime de tributação que busca espelhar a mesma tributação que ocorreria via conta-corrente fiscal, mas trazendo uma maior segurança e eficiência para a arrecadação tributária, por concentrar esta no contribuinte substituto.

Como parâmetro, a operação relatada pelo Autuado seria como se uma empresa adquirisse as peças de um veículo, por cerca de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), e remettesse para uma montadora de veículos fazer o produto final, cobrando por este serviço o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), e a tributação final do veículo seria definido pela aplicação da MVA ao valor do serviço, sem considerar o custo das peças.

Não faz o menor sentido o encerramento da fase de tributação, conforme alegado pelo Autuado! No exemplo em tela, só para abranger o custo das peças e do serviço, sem contar o lucro da empresa e dos adquirentes substituídos (atacadistas e varejistas), teria que ser aplicada uma MVA de 700% (setecentos por cento).

E todo o arcabouço tributário há de fazer sentido. É por este motivo que a legislação prevê a utilização do crédito fiscal em relação ao imposto normal e ao da substituição tributária, quando o adquirente é industrial da mesma mercadoria, conforme o Art. 291 do RICMS/12, o obrigando a efetuar nova tributação relativa ao imposto normal e à substituição tributária nas suas efetivas operações destinadas a comercialização.

Ressalto que os referidos pareceres, bem como o Auto de Infração anteriormente lavrado, não analisaram a condição de equiparação a industrial do Autuado e não vinculam a decisão ora proferida quanto ao mérito da autuação.

Destaco que a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato, conforme previsto no Art. 40, § 2º da Lei nº 7.014/96, e que não restou competência a esta Câmara para efetuar a redução ou cancelamento de multas decorrentes de infrações à legislação tributária, principalmente quando se trata de obrigação principal, como o caso em tela.

Diante do exposto, voto pelo CONHECIMENTO e NÃO PROVIMENTO do Pedido de Reconsideração, de forma manter a Decisão ora recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **CONHECER** e **NÃO PROVER** o Pedido de Reconsideração apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281332.0001/20-6, lavrado contra **GABRIEL SCHIOCHET**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.149.278,06**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS