

A. I. Nº - 279459.0021/21-8
AUTUADO - SEARA ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - FERNANDO ANTÔNIO CÂNDIDO MENA BARRETO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03.03.2022

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0011-01/22-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO. Autuado deixou de efetuar retenção de ICMS nas saídas de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Descrição da infração e enquadramento legal expressos de forma correta. Base de cálculo e apuração do imposto claramente informada no demonstrativo de débito. Rejeitada arguição de nulidade. Auto de infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 06/09/2021, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$1.254.401,37, em decorrência da falta de 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 neste Estado (07.02.03), ocorrido nos meses de junho de 2018 a dezembro de 2019, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “e” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Acrescentou que o autuado não reteve o ICMS por substituição tributária nas saídas de pizza.

O autuado apresentou defesa das fls. 22 a 35. Destacou que da leitura do campo “Descrição dos Fatos”, a acusação se limita a afirmar que a empresa autuada teria deixado de recolher ICMS-ST, citando dispositivos legais genéricos. Por isso, considerou de extrema dificuldade entender qual é a real motivação da autuação, pois não pôde concluir quais as circunstâncias em que se deu a infração tida por cometida e qual a metodologia utilizada para se apurar os valores lançados.

Acrescentou que do lançamento devem constar os fundamentos, os motivos, as provas e a legislação pertinente ao fato impositivo. Alegou que a mera indicação de que não teria recolhido ICMS-ST nas operações internas com “pizza” não tem o condão de confirmar a ocorrência de uma infração.

Ressaltou que da análise do “Demonstrativo do Débito” não é permitido ao contribuinte vislumbrar como a fiscalização chegou ao montante devido, tampouco se a autoridade fiscal levou em consideração os benefícios fiscais a que faz jus, na medida em que é detentora de Termo de Acordo Atacadista, regulado pelo Decreto n.º 7.799/2000 e que prevê, entre outros benefícios, a prática de uma alíquota máxima de 10,59% em detrimento dos 18% indicados no auto de infração, o que apenas corrobora com a falta de precisão e clareza da presente autuação.

Alertou que o CONSEF já manifestou entendimento de que é nulo o procedimento fiscal quando não é demonstrado como o autuante encontrou os valores exigidos por ocasião do lançamento, conforme Acórdão CJF Nº 0379-12/18.

Concluiu que, em virtude da impossibilidade de se identificar a suposta conduta irregular, tornou-se inviável o exercício do direito de defesa, não sendo difícil reconhecer a nulidade do presente lançamento, uma vez que lhe falta demonstração objetiva acerca dos fatos autuados.

No mérito, disse que a inclusão de pizzas no item 11.28.1 do Anexo 1 do RICMS conduz ao entendimento que, para fins de exigência de ICMS-ST nas operações internas destinadas a contribuintes do imposto em questão, o Estado da Bahia equiparou as PIZZAS PRONTAS

CONGELADAS a meros itens de panificação, o que, de forma alguma pode subsistir.

Explicou que por se tratar de mercadorias que se destinam à alimentação humana, cabe à ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços em questão. Acrescentou que a inspeção de alimentos para consumo humano está inserida nas atribuições do SUS, exercida por meio de sistemas de vigilância sanitária, nos termos da Lei nº 8.080/90. Daí, a ANVISA diferencia MASSA para PIZZA da PIZZA PRONTA.

Destacou, ainda, que a Receita Federal do Brasil já se posicionou no sentido de que as PIZZAS PRONTAS CONGELADAS não podem ser consideradas como simples itens de panificação, conforme consulta das fls. 57 a 61. Anexou consulta respondida pela SEFAZ/BA onde afirma que as PIZZAS PRONTAS CONGELADAS, justamente por não serem simples produtos de panificação, não estão sujeitas ao ICMS-ST, conforme Parecer nº 18.928/2016 (fls. 63 e 64).

Afirmou que ao tentar equiparar a PIZZA PRONTA CONGELADA a meros produtos de panificação, o legislador, nitidamente, está a proceder uma alteração do conceito de direito privado para fins de exigir tributo, o que é expressamente vedado pelo art. 110 do CTN.

Alegou, também, que a presente autuação não merece prosperar em razão da inconstitucionalidade e ilegalidade do Regime de Antecipação previsto na legislação baiana, pois a exigência em questão é veiculada em Decreto, ao arrepio dos ditames da legalidade, o que já foi reconhecido pelo E. STF em sede de repercussão geral.

Alegou que por não haver regulamentação suficiente, quer por lei Complementar (LC 87/96), quer por lei ordinária, os Estados lançaram mão do Convênio ICMS 52/17 para tentar viabilizar tal exigência em operações interestaduais. Diante do exposto, concluiu que a Fiscalização não poderia, exigir o recolhimento do ICMS Antecipação, devendo ser integralmente cancelado o Auto de Infração impugnado.

Por fim, requereu que todas as intimações e notificações sejam encaminhadas ao seu patrono Dr. Fabio Augusto Chilo, advogado inscrito na OAB/SP sob o nº 221.616, com endereço profissional no município de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Marginal Direita do Tietê, nº 500, Vila Jaguara, CEP 05.118-100, inclusive para se fazer presente no julgamento para realização de sustentação oral.

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 68 a 71. Explicou que a pizza foi incluída no Anexo 1 do RICMS a partir de 01/06/2018 em decorrência da alteração do Convênio ICMS 52/17, que relacionava os códigos CEST dos produtos sujeitos à antecipação tributária. Destacou que relacionou, dentre outras coisas, todos os números das notas fiscais com identificação da data de emissão, CNPJ do destinatário, descrição da mercadoria e apuração do imposto devido por substituição tributária, conforme CD à fl. 14.

Presente à sessão de julgamento, a representante do autuado, a Advogada Mônica Nunes, OAB/SP nº 231.402.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Apesar de não se constituir em problema o envio das intimações referentes a este processo diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF.

Rejeito o pedido de nulidade do auto de infração sob a alegação de que teve seu direito de defesa prejudicado em razão da falta de possibilidade de identificar a suposta conduta irregular. A descrição da infração é clara quanto à irregularidade cometida pelo autuado: deixou de proceder a retenção do ICMS nas vendas de pizza a partir de 01/06/2018. O enquadramento aponta o dispositivo da lei que atribui a responsabilidade pela retenção ao autuado.

No demonstrativo de débito em CD à fl. 14 foram identificados, dentre outros dados, o número das notas fiscais, a data de emissão, o CNPJ do destinatário, a descrição da mercadoria e a apuração do imposto devido por substituição tributária, de modo a permitir que o autuado compreendesse de forma clara a base de cálculo e o valor do débito exigido. Ademais, a apresentação dos argumentos da defesa em relação ao mérito comprova que o autuado entendeu perfeitamente do que estava sendo acusado.

Quanto ao não aproveitamento do benefício de que trata o Decreto nº 7.799/00 na apuração do imposto devido, também não se aplica ao caso, pois não se aplica o referido benefício quando as mercadorias estiverem sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme inciso I do art. 4º do Decreto nº 7.799/00.

No mérito, o objeto da lide consiste em definir se as pizzas prontas congeladas estariam sujeitas ao regime de substituição tributária a partir de 01/06/2018. A redação do subitem 11.28.1 do Anexo 1 do RICMS estabelecia até 31/05/2018 a seguinte redação:

“Outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados pães, exceto casquinhas para sorvete e pão francês de até 200g”.

A redação do subitem “11.28.1” foi alterada pelo Decreto nº 18.406, de 22/05/18, DOE de 23/05/18, com efeitos a partir de 01/06/18, passando a ter a seguinte redação:

“Outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente, incluindo as pizzas; exceto os classificados nos CEST 17.062.02 e 17.062.03”.

Embora o autuado tenha conduzido um dos pontos de sua defesa em demonstrar que a pizza não se enquadra como itens de panificação, entendo que tal discussão não se aplica ao caso. O texto do subitem “11.28.1” manifestou de forma clara a inclusão de mais um produto no rol daqueles sujeitos ao regime de substituição tributária, independentemente de ser ou não produto de panificação. Se a pizza fosse produto de panificação, não seria necessária a sua inclusão de forma expressa. Assim, a inclusão de forma expressa afasta qualquer discussão em relação à sujeição do produto ao regime de substituição tributária. Aliás, a inclusão da pizza de forma expressa se mostrou necessária diante do entendimento da própria SEFAZ, manifestada na resposta à consulta de que trata o Parecer nº 18.928/2016, emitida antes da alteração do subitem “11.28.1”.

No site da empresa Aduaneiras (<https://www.aduaneiras.com.br>), especializada em classificação fiscal de mercadorias, a pizza está incluída na posição 1905, conforme item 14 da nota explicativa anexada à fl. 79/80, transcrita a seguir:

“Encontram-se compreendidos na presente posição:

14) As pizzas (pré-cozidas ou cozidas), constituídas por uma base de massa de pizza recoberta de diversos outros ingredientes, tais como queijo, tomate, azeite, carne, anchovas. As pizzas não cozidas são, todavia, classificadas na posição 19.01”.

As massas das pizzas da Seara são previamente assadas em forno de pedra, conforme anunciado pelo fabricante no endereço eletrônico <https://www.seara.com.br/produto/pizza-de-mussarela> e transcrito a seguir:

“A Pizza Seara de Mussarela é coberta com queijo mussarela e azeitonas pretas. A massa é fermentada de forma tradicional e assada em forno de pedra, ficando no ponto certo: macia por dentro e crocante por fora!”.

De acordo com a subdivisão da posição 1905, a pizza entra como outros produtos da subposição 1905.90, mais especificamente na subposição 1905.90.90, de acordo com o indicado no item 11.28.1. do Anexo 1 do RICMS, estando, portanto, enquadrado no regime de substituição tributária.

A consulta nº 98.459, de 15 de outubro de 2019, emitida pela Coordenação Geral de Tributação do Ministério da Economia, deixou expresso que o código NCM da pizza pré-assada é 1905.90.90, conforme trecho a seguir e documento à fl. 81.

“Assunto: Classificação de Mercadorias

Código NCM: 1905.90.90 sem enquadramento no Ex 01 da Tipi

Mercadoria: Massa concebida para servir como base para pizza, em forma de disco, pré-assada, composta de farinha de trigo (95%), água mineral, gordura animal, óleo de soja, sal comum, açúcar, fermento biológico e conservante, acondicionada em embalagem de plástico de 400g com 2 unidades”.

No estabelecimento autuado é exercida atividade atacadista de produtos fabricados pela própria empresa em outras unidades localizadas pelo Brasil, razão pela qual a antecipação tributária deve ocorrer na saída interna subsequente com a mercadoria, nos termos do inciso I do § 8º do art. 8º da Lei nº 7.014/96.

A responsabilidade tributária do autuado em efetuar a retenção do imposto nas saídas internas realizadas com pizza está expressa no inciso II do art. 8º da Lei nº 7.014/96, conforme a seguir:

“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;”.

Destaco que, da leitura desse artigo, está claro que a exigência do ICMS pelo regime de antecipação tributária não foi estabelecida mediante decreto. É o Anexo I da Lei nº 7.014/96 quem estabelece o universo das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação. A publicação do art. 289 e do Anexo 1 do RICMS atende a dispositivo legal que admite que o regulamento exclua qualquer item do referido regime atendendo ao interesse da Administração Tributária, conforme texto a seguir do § 2º do art. 8º da Lei nº 7.014/96:

§ 2º O regulamento poderá deixar de considerar incluída no regime de substituição tributária qualquer das mercadorias constantes no Anexo I desta Lei, ou restringir a aplicação do regime em relação a determinadas operações ou prestações.

Dessa forma, voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279459.0021/21-8**, lavrado contra **SEARA ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.254.401,37**, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “e” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR