

A. I. N ° - 207327.0004/04-8
AUTUADO - SALCO COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A.
AUTUANTE - BRAZ ALVES GUIMARÃES
ORIGEM - INFAZ/IGUATEMI
INTERNET - 03.12.2004

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0472-01/04

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS SUJEITAS A ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. RESTAURANTE. A atividade de restaurante não está equiparada a uma industrialização, estando sujeito ao pagamento da antecipação parcial referente aos produtos que não estejam sujeitos a isenção, não-incidência ou substituição ou antecipação tributária com encerramento de fase. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 13/08/2004, exige ICMS no valor de R\$ 22.643,94, imputando ao autuado a infração de não ter recolhido o ICMS referente à antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

O autuado, às fls. 106/115, impugnou o lançamento tributário alegando que é uma empresa cujo objeto social é a exploração e operação de restaurante e lanchonetes e que, para alcançar seu fim econômico, celebrou contrato de franquia, através do qual se obriga a produzir, com exclusividade, os gêneros alimentícios criados pela franqueadora, não sendo aplicável o regime de antecipação parcial aos produtos adquiridos, posto que não são destinados à comercialização, mas para integrar o seu processo produtivo. Transcreveu o art. 12-A da Lei 7.014/96 e informou realiza uma série aquisições de insumos em outras unidades da federação, os quais, após sofrerem um processo de transformação, resultam nos produtos finais direcionados ao consumo.

Afirmou que o perfil do autuado é restaurante, aderente a contrato de franquia, cuja atuação empresarial requer, por obrigação contratual, a aquisição interestadual contínua de insumos para posterior transformação no Estado da Bahia. Disse que o autuado não adquire mercadorias, via de regra, com o fito de posterior revenda, mas para compor o produto final, o qual é diverso das mercadorias inicialmente adquiridas, havendo um processo análogo ao empregado pela indústria, sendo uma atividade de produção, de transformação de matéria-prima, que jamais poderia ser alcançada por esta sistemática. Transcreveu o art. 359, §1º do RICMS/97, ressaltando que o mesmo prescreve hipóteses de contribuintes que adquirem mercadorias para transformação, elencando, em seu inciso III, o ramo de atividade do autuado.

Asseverou que os valores relativos às mercadorias utilizadas como insumos ou ingredientes no preparo de produtos, mesmo quando sujeitas à substituição ou antecipação tributária, entram no cômputo da receita bruta mensal porque não há sua comercialização, transcrevendo o art. 504, V, “c”, 1º do RICMS/97. Alegou que quem está sujeito ao regime da antecipação parcial é o comerciante que revende os produtos adquiridos em outros Estados, não o autuado, que os emprega em processo produtivo, devendo ser submetido a tratamento similar ao que foi dispensado ao segmento industrial.

Disse que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, através da SAT/DITRI, emitiu o Parecer nº 4898/2004, em consulta formulada pelo Sindicato das Empresas de Refeições Coletivas do Estado da Bahia, concluindo pela desobrigação das filiadas do consulente do pagamento da antecipação parcial, sob o fundamento de que as mercadorias adquiridas não se destinam à comercialização, mas são meros ingredientes que serão transformados em refeições coletivas prontas. Ao final, requereu a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, às fls. 221/224, ao prestar a informação fiscal, ressaltou que o autuado encontra-se cadastrado na atividade de LANCHONETE, CASS DE CHÁ, DE SUCOS E SIMILARES e não como indústria como alegou. Ressalta que, com base na Ata da Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária com registro na Junta Comercial do Estado da Bahia sob nº 96093550, consta como objeto a exploração e operação de restaurante e lanchonete, comércio, importação e exploração de alimentos. Assim, o objeto da empresa, conforme consta do seu ato constitutivo, está corretamente cadastrado na SEFAZ, não se tratando de industrialização, como quer fazer entender em suas alegações defensivas. Salienta que a atividade desenvolvida pelo autuado consta na Classificação Nacional de Atividade Econômica-Fiscal (CNAE-FISCAL) como estabelecimento prestador de serviço de alimentação e não como indústria.

Em seguida, transcreveu o art. 359, § 1º, inciso III, do RICMS/97, aduzindo que o legislador ao admitir que os restaurantes utilizassem o crédito fiscal, simplesmente visou compatibilizar o tratamento tributário dispensado pela legislação do ICMS, àqueles contribuintes que apuram o imposto pelo Regime Normal – sistema débito/crédito.

Aduziu que as alegações defensivas em relação ao art. 504, do RICMS/97, não podem prosperar, pois a expressão insumos, não tem o condão de modificar o simples preparador de refeições em estabelecimento industrial. Apesar de afirmar que exerce a atividade de transformação/produção, evidentemente não encontra o contribuinte amparo legal do RICMS, nem no RIPI, par dizer-se industrial, transcrevendo o artigo 5º, o inciso I e as alíneas “a” e “b”, do regulamento do IPI.

Ao final, opinou pela ratificação da autuação.

Às folhas 227/228, à INFAZ-IGUATEMI, entregou ao autuado cópia da informação e o anexo correspondente, estabelecendo o prazo de lei para se pronunciar, entretanto, o contribuinte não se manifestou.

VOTO

O presente processo exige ICMS sob alegação de que o autuado não efetuou o recolhimento do imposto referente à antecipação parcial, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, a que estava obrigado por estar descredenciado.

A impugnação do autuado pode ser resumida na alegação de que não adquiriu as mercadorias para comercialização, pois, por estar cadastrado como restaurante, não revende as mesmas mercadorias, utilizando-as na preparação dos produtos que vende, devendo ter tratamento semelhante ao concedido às indústrias situadas neste Estado, ou seja, não ser obrigado ao pagamento do imposto referente à antecipação parcial.

Logo, a questão central reside na atividade do autuado constituir ou não uma industrialização, já que o regime de antecipação parcial tem sua incidência limitada às aquisições interestaduais para fins de comercialização, conforme dispõe o art. 12-A da Lei 7.014/97, incluído pela Lei 8.967/03, *in verbis*:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a

aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

I - isenção;

II - não-incidência;

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

§ 2º O regulamento poderá fazer exclusões da sistemática de antecipação parcial do imposto por mercadoria ou por atividade econômica.”

§ 3º Nas operações com álcool poderá ser exigida a antecipação parcial do imposto, na forma que dispuser o regulamento.

O autuado alegou que a Secretaria de Fazenda, no Parecer nº 4898/2004, concluiu pela desobrigação do pagamento da antecipação parcial pelas filiadas da consulente, Sindicato das Empresas de Refeições Coletivas do Estado da Bahia, por não comercializarem o que comprem, produzindo algo novo, o alimento preparado, o qual é comercializado e possui características diversas dos insumos empregados. Contudo, o referido parecer se baseou no fato das filiadas da consulente não efetuarem venda a consumidor final, mas o preparo de alimentos em cumprimento a obrigação contratual, conforme se depreende do seu texto transcrito a seguir:

“ICMS. Consulta. Antecipação parcial. Produção de refeição coletiva. Nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao preparo de refeições coletivas não incide a antecipação parcial, vez que essas mercadorias não se destinam à comercialização, tratando-se de ingredientes que serão transformados em refeições coletivas prontas, produzidas em escala industrial. Art. 352-A do RICMS-BA.

O SINDICATO DAS EMPRESAS DE REFEIÇÕES COLETIVAS DO ESTADO DA BAHIA - SINDEREC formula Consulta via Internet buscando esclarecimentos relativos a antecipação parcial.

Informa que as empresas representadas promovem a atividade de fornecimento de refeições coletivas, e para isto adquirem todo tipo de gêneros alimentícios, transformando-os em refeições prontas, para abastecimento de suas unidades industriais, onde serão processadas, para serem fornecidas aos funcionários de diversas empresas do Estado, hospitais públicos, presídios e órgãos da Administração Direta.

Questiona a Consulente "a cerca da possibilidade das empresas ao final identificadas, não recolherem o imposto de antecipação, instituído pela lei acima citada".

DA RESPOSTA

O Regulamento do ICMS do Estado da Bahia assim dispõe no seu art. 352-A:

‘Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição’.

A Consulente afirma na inicial que as empresas associadas realizam a atividade de preparo de refeições coletivas, adquirindo gêneros alimentícios e transformando-os em refeições coletivas prontas, que são produzidas em escala industrial.

As empresas firmam contratos com órgãos e entidades da Administração Pública, bem como, com empresas privadas, para o fornecimento de refeições a um grupo de pessoas ligadas a essas pessoas jurídicas. Não há nesta hipótese, o fornecimento de refeições direcionadas a determinados consumidores finais. As refeições são produzidas em escala industrial, as quais são fornecidas conforme o pré-estabelecido em contrato firmado entre as partes interessadas.

As refeições são preparadas utilizando diversos ingredientes, os quais passam por um processo de transformação, a fim de produzir as refeições coletivas em escala industrial. Como se vê, a produção de refeições não atende a um determinado cliente, consumidor final. As refeições se destinam a um grupo de pessoas em quantidade já pré-determinada, não atendendo a pedidos individualizados.

Isto posto, entendemos não ser aplicável a norma estatuída no art. 352-A supra transcrito, vez que as refeições não são destinadas a consumidor final, mas sim, produzidas em escala industrial em cumprimento a obrigação contratual, não caracterizando a destinação comercial.

Portanto, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao preparo de refeições coletivas não incide a antecipação parcial, vez que essas mercadorias não se destinam à comercialização.

Ressaltamos por fim, dentro de 20 (vinte) dias após a ciência da resposta à consulta, a Consulente deverá acatar o entendimento estabelecido na mesma, ajustando-se à orientação recebida, se for o caso, efetuando o pagamento das quantias porventura devidas, atualizadas monetariamente até 31/12/00, se o seu vencimento tiver ocorrido antes dessa data, mas sem acréscimos moratórios a partir da data da formulação da Consulta, nos termos do art. 63 do RPAF/99.

É o parecer.”

Ressalto que a atividade efetuada pelas filiadas da consulente difere da atividade do autuado, por não efetuarem venda a consumidor final, mas o preparo de alimentos em cumprimento a uma obrigação contratual, não caracterizando a destinação comercial.

Entendo que a atividade do autuado não se constitui em uma industrialização e, para embasar tal entendimento, transcrevo abaixo o art. 5º do Regulamento do IPI, Decreto nº 2.637/98:

“Art. 5º. Não se considera industrialização:

I - o preparo de produtos alimentares, não acondicionados em embalagem de apresentação:

a) na residência do preparador ou em restaurantes, bares, sorveterias, confeitarias, padarias, quitandas e semelhantes, desde que os produtos se destinem a venda direta a consumidor;”

Portanto, não se incluindo a atividade do autuado no conceito de industrialização, não pode receber o mesmo tratamento de uma indústria, sendo devido o pagamento da antecipação parcial.

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 **207327.0004/04-8**, lavrado contra **SALCO COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 22.643,94**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR