

PROCESSO - A. I. Nº 207327.0003/04-1
RECORRENTE - SALCO COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0475-02/04
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 01/03/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0039-12/05

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Exigência de acordo com o instituído pela Lei nº 8.967/03. As mercadorias constantes das notas fiscais anexas ao PAF não estão compreendidas entre as hipóteses de exceção. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário em face da Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que decretara a Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 12/08/2004, em que se exige ICMS no valor de R\$ 19.596,14 e multa de 60%, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

O autuado através de patrono legalmente constituído, ingressara com defesa, fls. 97 a 106, sob os seguintes argumentos:

1. Que é notória a inaplicabilidade do novo regime instituído pela Lei nº 8.967/2003, aos produtos adquiridos, uma vez que não se trata de mercadorias de outros Estados da Federação, para fins de comercialização, como exige a lei, mas para integrar o processo produtivo do autuado.
2. O autuado é empresa cujo objeto social é a exploração e operação de restaurantes 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.
3. Neste contexto, adquire uma série de insumos, de outros Estados da Federação, os quais, após sofrerem um processo de transformação, resultam nos produtos finais colimados, direcionados ao consumo.
4. Assim, as mercadorias adquiridas, não são, a rigor, para fins de comercialização, como exige o art. 12-A da Lei nº 7.014/96, que regula a antecipação Parcial do ICMS no Estado da Bahia, mas compõem o processo produtivo do autuado, culminando após a devida transformação, em novo produto, este sim, comercializado.
5. Lembra que o autuado é compelido, por força de contrato, a adquirir de fornecedor específico, razão porque a nota marcante da sua atuação empresarial é a contínua (100%), aquisição interestadual de matéria prima para integrar o processo produtivo, realizado no Estado da Bahia.
6. Assim, os itens adquiridos não são destinados à comercialização, mas compõem o processo produtivo realizado pela impetrante, culminando após a devida transformação, em novos produtos, estes sim, comercializados.

7. Há na verdade um processo análogo ao empregado pela indústria, pois trata-se de atividade de produção, de transformação de matéria prima, que jamais poderia ser alcançada pela nova sistemática.
8. Cita o art. 359, § 1º, inciso III do RICMS/97, que contempla o processo de transformação/produção desenvolvido pelos restaurantes e congêneres, ramo de atividade do autuado, deixando consignado que as mercadorias são empregadas no preparo (produção) de refeições ou de produtos alimentícios (produtos finais).
9. Ainda mais claro é o art. 504, V, “c”, 1 do RICMS/97. Exatamente porque não há comercialização das mercadorias utilizadas como insumos ou ingredientes no preparo dos produtos, é que, mesmo tendo havido antecipação ou substituição do imposto em razão delas devido, seus valores entram no cômputo da receita bruta mensal.
10. Informa que a matéria já foi apreciada pela Secretaria da Fazenda, em Consulta formulada pelo Sindicato das Empresas de refeições Coletivas do Estado da Bahia, cuja conclusão foi no sentido de desobrigar às filiadas da consulente do pagamento da Antecipação parcial do ICMS.
11. Diz que a Ementa do Parecer nº 4898/2004, deixa bem claro que as mercadorias adquiridas para o preparo das refeições não se destinam à comercialização, mas são meros ingredientes que serão transformados em refeições coletivas prontas. Ou seja, as Empresas de Refeições Coletivas não estão sujeitas ao novo regime, pois não comercializam o que compram, mas produzem algo novo, o alimento preparado, este sim comercializado, cujas características são diversas dos insumos empregados.
12. De igual sorte, o autuado não comercializa o que adquire de outros Estados, mas emprega em seu processo produtivo. O princípio aplicável é o mesmo, vale dizer, em ambos os casos falta às operações interestaduais promovidas pressuposto indispensável previsto pela Lei nº 8.967/03, qual seja a finalidade específica de comercialização.
13. Anexa notas fiscais de aquisições de alface, gordura para fritura, tomate, molho tártaro, etc, o que prova que o autuado não revende tais mercadorias.
14. Pede a Improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestara informação fiscal de fls. 191 a 194, onde informara que de acordo com a pesquisa efetuada em nosso sistema de informações a empresa está na condição de normal, com código de atividade sob nº 5522000 – LANCHONETE, CASAS DE CHÁ, DE SUCOS E SIMILARES; e não como indústria. Faz citações de artigos do RICMS, e salienta que estabelecimentos concorrentes, que exercem a mesma atividade, estão recolhendo o ICMS referente à antecipação parcial conforme quitação dos autos de infração nºs 207327.0007/04-7 e 207327.0008/04-3.

Em seu voto o relator do processo em primeiro grau disse que:

“Da análise acerca das peças e comprovações que compõem o processo teço as seguintes considerações:

A antecipação parcial do imposto foi instituída através da Lei nº 8.967/2003, e corresponde à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, adquiridas fora do Estado para comercialização.

Assim, o adquirente, situado no Estado da Bahia está obrigado ao recolhimento do ICMS – antecipação Parcial, sendo que os contribuintes credenciados têm até o dia 25 do mês subsequente à entrada das mercadorias no Estado, para realizar o pagamento do ICMS.

A lei que instituiu a antecipação parcial no Estado, prevê as hipóteses em que não ocorre a antecipação parcial do imposto, tais como:

- Mercadorias isentas (listadas no art. 14 do Regulamento do ICMS);*
- Mercadorias enquadradas na Substituição Tributária, seja por antecipação ou retenção (listadas no art. 353, II do Regulamento do ICMS);*
- Mercadorias imunes (listadas no art. 6º do Regulamento do ICMS)*
- Mercadorias destinadas ao ativo fixo da empresa ou para uso e consumo do estabelecimento;*
- Mercadorias que possuem alíquota interna de 7%, a exemplo de produtos da cesta básica;*
- Mercadorias não destinadas à comercialização.*

O defendente argumenta que as mercadorias não teriam sido destinadas à comercialização, pois o autuado equipara-se à indústria e como tal, trata-se de insumos, não sujeitos à antecipação parcial do ICMS.

Entendo que este argumento não prospera, sendo inclusive claramente refutado pela Secretaria da Fazenda, no site da Internet www.sefaz.ba.gov.br, na parte legislação e contencioso, no item perguntas e respostas, sobre a ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Na pergunta 34 é questionado se Restaurante é considerado indústria.

A resposta é taxativa: Não. Restaurante é considerado um SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO, sujeito à incidência do ICMS. Portanto, não se trata de industrialização. Neste caso, o mesmo está obrigado ao pagamento da antecipação parcial.

Outrossim, verifica-se que das notas fiscais que foram anexadas pelo autuante, às fls. 09/93, somente foram consideradas para fins de cobrança do imposto, as mercadorias que não estão compreendidas na exceção acima descrita, ou seja, fora das hipóteses em que não ocorre a antecipação parcial.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Em sua peça recursal o autuado mantém o pedido antes feito na defesa para que não se considere que a antecipação parcial deva incidir sobre as operações interestaduais de aquisição da autuada, pois se destinam a transformação no processo produtivo por ela realizado.

Alega a recorrente que a decisão recorrida considera que restaurante não é indústria e sim serviço de fornecimento de alimentação e por isso não se trata de industrialização, concluindo a Decisão, que a recorrente entende estar embasada em fundamentos obtidos por uma ótica distorcida, pela antecipação, pois as mercadorias adquiridas pelo autuado não estaria fora das hipóteses em que não ocorre a antecipação parcial.

A recorrente alega que não discutira nos autos ser ou não ser a atividade da empresa industrialização, nem sua condição de contribuinte do ICMS. Entende o contribuinte que não cabe a antecipação porque não comercializa as mercadorias adquiridas em outros Estados, condição

que a Lei Baiana nº 8.967/03 exige para que se aplique a antecipação, e que o cerne da questão é a destinação das mercadorias adquiridas.

Afirma a recorrente que não comercializa as mercadorias que adquire, mas as que com elas obtém, ou seja, alimentos prontos.

A PGE/PROFIS, em parecer da Dra. Maria José Sento Sé, com base inclusive no RIPI, repele as alegações da peça recursal e opina pela manutenção da Decisão, com o Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Entendo que os argumentos da recorrente não podem ser acolhidos, pois as atividades de Restaurante são consideradas SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO, sujeito à incidência do ICMS. Portanto, não se trata de industrialização. Neste caso, o mesmo está obrigado ao pagamento da antecipação parcial.

O próprio autuado delimita os limites da questão a ser examinada, dizendo que o cerne da discussão é saber qual o destino das mercadorias. Nos estendermos, portanto, fora deste campo de discussão configurado pela autuada é fugir da questão central. Ocorre que a própria recorrente revela a destinação às fornece diretamente a consumidores depois de as transformar em alimentos prontos.

Entendo que a Decisão recorrida examinou o cerne da questão e a decidiu de acordo com a legislação em vigor. Por isso, voto pelo IMPROVIMENTO do Recurso Voluntário e mantenho a Decisão recorrida que decretou a PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207327.0003/04-1, lavrado contra **SALCO COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.596,14**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS