

A. I. Nº - 207327.0005/04-4
AUTUADO - SALCO COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A
AUTUANTE - BRAZ ALVES GUIMARÃES
ORIGEM - INFAC IGUATEMI
INTERNET - 28.01.05

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0004-02/05

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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 13/08/2004, exige ICMS no valor de R\$ 22.339,50 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, ingressa com defesa, fls. 117/126, 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 as filiadas da conselente 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 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 presta a informação fiscal de fls. 246 a 249, onde informa 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 nº^{os} 207327.0007/04-7 e 207327.0008/04-3.

VOTO

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 defendant argumenta que as mercadorias não teriam sido destinadas à comercialização, pois o autuado, inscrito no cadastro estadual sob o código de atividade nº 5522000 – LANCHONETE, CASAS DE CHÁ, DE SUCOS E SIMILARES, equipara-se à indústria e como tal, as mercadorias adquiridas seriam insumos, não sujeitos à antecipação parcial do ICMS.

Em realidade a empresa autuada está classificada no CNAE-FISCAL, como estabelecimento prestador de serviço de alimentação.

Ademais, o Decreto nº 4.544/2002, que regulamenta o IPI, define industrialização em seu art. 4º, não se enquadrando a atividade do autuado naquela descrição. A seguir, no art. 5º, I, “a”, aquele mesmo diploma legal, estabelece que não se considera industrialização, o preparo de produtos alimentares, não acondicionados em embalagem de apresentação, na residência do preparador ou em restaurantes, bares, sorveterias, confeitorias, padarias, quitandas e semelhantes, desde que os produtos se destinem à venda direta a consumidor.

Assim, entendo que o argumento trazido na peça defensiva não prospera, sendo inclusive claramente refutado pela Secretaria da Fazenda, onde no site da Internet www.sefaz.ba.gov.br, na parte legislação e contencioso, sobre a ANTECIPAÇÃO PARCIAL, na pergunta 34 é levantada a questão se Restaurante é considerado indústria, sendo a resposta 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 contribuinte está obrigado ao pagamento da antecipação parcial.

Outrossim, verifico que das notas fiscais que foram anexadas pelo autuante, às fls. 09 a 113, 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207327.0005/04-4, lavrado contra **SALCO COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 22.339,50, 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, 25 de janeiro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR