

**PROCESSO** - A. I. Nº 117227.0030/07-6  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - AROMA E SABOR ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5º JJF nº 0318-05/10  
**ORIGEM** - INFRAZ VAREJO  
**INTERNET** - 01/11/2011

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0332-12/11**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. FALTA DE PAGAMENTO. Diligência fiscal atesta que a atividade comercial do autuado é fornecimento de refeições que, em conjunto com os contratos de fornecimento de refeições coletivas, enquadraria o fato acusado no entendimento de não-incidência da regra de antecipação tributária prevista no art. 352-A do RICMS-BA, em face das mercadorias adquiridas fora do Estado não se destinarem à comercialização no formato em que foram adquiridas, conforme Parecer DITRI nº 4898/2004. Infração improcedente. Mantida a Decisão recorrida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Modificada a Decisão recorrida. Superada a nulidade da infração tendo em vista que as mercadorias adquiridas não se destinaram à comercialização. Infração improcedente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. A mercadoria “copos plásticos” integram o valor da operação de fornecimento de refeição pronta do estabelecimento autuado, não constituindo “material de consumo” para efeitos de pagamento de ICMS decorrente da diferença de alíquotas. Infração Improcedente. Item mantido. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal em face da Decisão relativa ao Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2007, que exige ICMS no valor de R\$191.059,36, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1: Falta de recolhimento do ICMS de antecipação parcial no valor de R\$184.850,62, referente aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, relativo ao período outubro a dezembro de 2005, janeiro a agosto de 2006;

INFRAÇÃO 2: Recolhimento a menos de ICMS por antecipação no valor de R\$5.430,36, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/externo, relacionadas nos anexos 69 e 88. Período janeiro, abril, maio, julho e setembro de 2005, abril, julho e agosto de 2006;

INFRAÇÃO 3: Falta de recolhimento de ICMS no valor de R\$778,38, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da

Federação destinadas ao Ativo Fixo do próprio estabelecimento. Período fevereiro, maio e setembro de 2005, janeiro, março e junho de 2006.

A recorrida interpôs defesa inicial às fls. 545 a 564, na qual contesta as acusações contidas na autuação em lide, no qual conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente. Em seguida, o autuante, nos termos consignados às fls. 643 a 645, produziu sua Informação Fiscal, combatendo os argumentos trazidos na peça defensiva e mantendo sua autuação.

A 1<sup>a</sup> Instância, mas precisamente a 5<sup>a</sup> JJF determinou que se convertesse o PAF em diligência à INFRAZ de origem para as seguintes providências:

#### ***I – AUTUANTE***

*Preste nova Informação Fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, inclusive se pronunciando a respeito dos documentos juntadas pelo contribuinte às fls. 571 a 630, especialmente quanto à pertinência em relação à acusação fiscal, mostrando e explicando as inconsistências dos argumentos da defesa conforme diz na Informação Fiscal de fls. 643 a 645.*

#### ***II – INSPETORIA FAZENDÁRIA***

- 1. Fornecer ao autuado, cópia da nova Informação Fiscal, demonstrativos refeitos, mediante recibo juntado ao PAF;*
- 2. Conceda prazo de dez dias para o contribuinte se manifestar, caso queira.*

*Caso o autuado apresente nova impugnação, o processo deve ser encaminhado para o autuante prestar nova informação fiscal.*

Consta, às fls. 655 a 657, nova Informação Fiscal do autuante, no qual manteve a sua posição quanto à procedência do Auto de Infração.

Às fls. 664 a 667, o representante legal da recorrida voltou aos autos, manifestando-se em relação à diligência “*dizendo que em relação à infração 1 o autuante contraria o Parecer nº 4898/2004 emanado pela DITRI e, portanto, com efeito vinculante para a Fiscalização, excluindo a infração 1, como feito, por exemplo, o Auditor responsável pelo Auto de Infração nº 180503.0150/07-5, onde ocorreu caso análogo. Em relação à infração 2, a recorrida “insiste na tese que ao não relacionar os produtos supostamente sujeitos à antecipação do ICMS (rotulando-os genericamente como “diversos”), não prejudica o lançamento de ofício e não traz segurança necessária para identificar a infração e o infrator, como exige o art. 18 do RPAF”*. Portanto, entende que houve cerceamento de defesa e que a referida infração é nula. No que tange a infração 3, embora o autuante tenha se manifestado, expressamente, acerca desta infração na sua última Informação Fiscal, a recorrida reitera seu entendimento e “*diz ser risível a tese do autuante, pois não disse que o copo é comido pelo consumidor final, mas que integra o produto “refeição coletiva” no sentido financeiro, comercial e fiscal (já que é tributado na saída), de modo que se trata de um insumo, não sendo devido, assim, o diferencial de alíquotas, entendimento, inclusive, do próprio CONSEF, como se extrai do Acórdão JJF Nº 0029-01/03, cuja ementa transcreve*”. Por fim, a recorrida conclui arguindo a improcedência das infrações 1 e 3, à exceção da infração 2, que ao seu ver deve ser declarada nula.

Em face às considerações da recorrida o autuante repisa seus argumentos e mantém sua posição em favor da autuação em sua inteireza

Após análise dos fatos e documentos acostados, inclusive à diligência realizada, a 5<sup>a</sup> JJF exarou a Decisão, a seguir transcrita, *in verbis*:

“ (...) O presente auto cuida das seguintes infrações: 1. Falta de recolhimento do ICMS de antecipação parcial referente aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização; 2. Recolhimento a menos de ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou exterior, relacionadas nos anexos 69 e 88; 3. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao Ativo Fixo do próprio estabelecimento.

*Em razão da disciplina do art. 154 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF, antes do mérito da autuação, de logo aprecio a preliminar de nulidade suscitada em relação à infração 2.*

*Os requisitos obrigatórios que deve conter o Auto de Infração estão relacionados no art. 39 do RPAF. Dentre estes estão “a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principais e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta (inciso III)” e “outras ocorrências ou informações consideradas úteis para esclarecimento da ação fiscal (inciso VI). Isto se faz indispensável porque o Auto de Infração aponta a prática de ilícito fiscal, ao qual a ordem jurídica comina sanção pecuniária”.*

*Há que se considerar, portanto, que o Auto de Infração formaliza proposta de exigência de tributo e imposição de sanção tributária, o que leva ao reconhecimento da necessidade de expedição, a propósito, de um juízo por parte de outra autoridade, distinta da que praticou o lançamento, pois, que ele aplica, de ofício, a norma legal supostamente infringida a um caso concreto.*

*Deve, pois, o Auto de Infração conter a descrição minuciosa da conduta ilícita, bem como indicar, detalhando as circunstâncias em que ela ocorreu, de modo a demonstrar, de forma inequívoca, os fatos apontados como ocasionadores do ilícito tributário. Tudo, para que o contribuinte autuado tenha elementos aptos a que, quando for o caso, exerça seu direito de defesa de forma ampla e seja facultado ao órgão judicante o convencimento da procedência ou não do lançamento no exercício do autocontrole do ato administrativo.*

*No caso em tela, constato que ao expor como objeto de exigência tributária o item “div” no demonstrativo de fls. 39 a 73 que respalda a infração, sem identificar de que mercadorias se compõe esse item, não é possível, ou ao menos não se faz fácil e claro, de fato, saber se tais mercadorias constam dos anexos 69 e 88, para serem passíveis de recolhimento de ICMS por antecipação. Neste particular, o Auto de Infração é omissivo. Ora, nem nas manifestações posteriores à lavratura do auto, o preposto fiscal esclareceu a composição desse item. Ao contrário, até explicita mais ainda a sua incerteza ao dizer na informação fiscal de fl. 656 que “a identificação dos produtos como diversos decorre da descrição de vários produtos constantes nos documentos fiscais com a mesma forma de tributação” acrescentando que “o mesmo acontece com os produtos tipo doce e suco”. Neste caso, clareza há, sim, para entender que o contribuinte está prejudicado para exercer seu direito de ampla defesa de modo que o contraditório seja estabelecido com substância no sentido de formatar minha plena convicção sobre a materialidade da infração, dentro do devido processo legal.*

*Assim, a infração 2 carece de objetividade e clareza, uma vez que nos autos não estão devidamente identificadas as mercadorias que compõem o item “div”, contido no demonstrativo de fls. 39 a 73 que suporta a infração, razão pela qual concordo que o contribuinte restou cerceado para o exercício de seu direito de defesa.*

*De fato, a descrição da referida infração na peça inicial do lançamento de ofício, em cotejo com o demonstrativo do qual decorre, e a ausência nos autos de outros objetivos elementos esclarecedores que me levem ao entendimento de que a infração ocorreu no valor exigido, demonstram a incerteza e insegurança na exigência fiscal, calcada em obscura e incompleta prova da sua efetiva ocorrência.*

*Não tenho dúvida que a forma como foi firmada a exigência fiscal da infração 2, dificultou o exercício pleno do direito à ampla defesa, o estabelecimento do contraditório, e não se apresenta com a necessária segurança para que se possa determinar com certeza a liquidez do crédito tributário que dela pode decorrer. Repito, tal incerteza impede que se possa determinar, com segurança, a ocorrência da infração, merecendo, assim, a decretação da nulidade, ex vi o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAFBA, abaixo transscrito.*

*“Art. 18. São nulos:*

*IV - o lançamento de ofício:*

*a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;”.*

*Assim, neste particular, conlui pelo acolhimento da preliminar de nulidade, em todos os seus termos, visto que se vislumbra na infração 2, mácula que inquia de insanável vício a exigência fiscal.*

*Ampliado no que dispõe o art. 21 do RPAF/BA, recomendo à INFRAZ de origem que determine a repetição dos procedimentos fiscais, relativos à infração 2, a salvo de falhas.*

*Superada a questão preliminar, passo a examinar o mérito das restantes infrações.*

## *INFRAÇÃO 1*

*No sentido de se verificar a pertinência da alegação defensiva acerca da atividade comercial do autuado, os autos foram baixados em diligência ao autuante, obtendo-se dele a seguinte resposta: “Quanto a alínea “a”, do item 1 – o autuante, intimou a contribuinte a apresentar as notas fiscais, dos meses de janeiro, junho e novembro dos exercícios de 2005 a 2005 (sic), escolhidos aleatoriamente que, e após verificação concluiu que a atividade da empresa é, de fato, de fornecimento de refeições” (fl.655).*

*Ora, essa informação em conjunto com os demais elementos probatórios carreados aos autos pelo Impugnante, em especial os documentos de fls. 567 a 569 (Alteração e Consolidação Contratual da empresa), 585 a 633 (contratos de fornecimento de refeições preparadas celebrados entre a Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos e a empresa autuado) dão robustez aos argumentos defensivos, os corroborando.*

*Isto posto, me resta examinar, portanto, a influência do Parecer DITRI nº 4898/2004 (fls. 571/2), no caso.*

*O citado Parecer resulta de consulta feita pelo SINDICATO DAS EMPRESAS DE REFEIÇÕES COLETIVAS DO ESTADO DA BAHIA – SINDERC, conforme assegurado pelo art. 55 do RPAF.*

*Neste aspecto, tem-se que a consulta tributária serve ao propósito de prevenir litígios, afastando controvérsias na interpretação e aplicação da legislação tributária. Neste sentido Eros Roberto Grau reflexiona que “precisamente em razão disso o nosso direito positivo contempla o instituto da consulta em matéria tributária, via do qual se permite ao contribuinte buscar a certeza do Direito aplicável a determinada situação que relata a Administração. E complementa: “Por certo, é ao Poder Judiciário que incumbe definir a certeza conclusiva a respeito do Direito. O instituto da consulta, no entanto, possibilita ao contribuinte reclamar da Administração orientação a respeito de como deve proceder em situação de dúvida, no entendimento da Administração. Ela, Administração, afinal, é o sujeito ativo da relação jurídico-tributária.” (cit. Eduardo Domingos Bottallo, *Curso de Processo Administrativo Tributário*, 2ª Ed. Malheiros, pg. 110).*

*Ora, a resposta à consulta fiscal é Decisão do Fisco-Administração que a ela fica vinculada. No caso da Bahia, tal garantia se extrai do art. 65 do RPAF, que abaixo transcrevo.*

**Art. 65.** *A observância, pelo consulente, da resposta dada à consulta, enquanto prevalecer o entendimento nela consubstanciado, exime o contribuinte de qualquer penalidade e exonera-o do pagamento do tributo, que se considera não devido no período.*

*O entendimento da Administração Tributária da Bahia sobre a matéria consultada exposto no Parecer citado é clara e indubitável: Entende não ser aplicável a norma de antecipação tributária parcial estatuída no art. 352-A do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao preparo de refeições coletivas, vez que essas mercadorias não são destinadas a consumidor final, mas sim à produção em escala industrial, em cumprimento à obrigação contratual, não caracterizando a destinação comercial como exigido no citado dispositivo legal.*

*Ora, no caso em apreciação, como já acima exposto, o próprio autuante atestou que a atividade comercial do contribuinte autuado é, de fato, o fornecimento de refeições e os contratos de fornecimento de refeições coletivas presentes nos autos consubstanciam a alegação defensiva de que o caso em exame se subsume na regra de não-incidência, conforme o entendimento da Administração Tributária exposto no Parecer DITRI nº 4898/2004.*

*Considerando que não há nos autos elementos a provar que as mercadorias objeto da Infração 1, elencadas no demonstrativo de fls.18 a 38 que suporta a acusação fiscal, foram comercializadas pelo autuado na mesma formatação que adquiridas para que se sujeitem à exigência de ICMS por antecipação tributária prevista na regra do art. 352-A, como reclama o autuante, a pretensão fiscal revela-se insubstancial em face de carecer de prova de sua ocorrência.*

### **INFRAÇÃO 3**

*Conforme menciona o Impugnante, de fato, há um equívoco na descrição da infração no Auto de Infração que nele consta como sendo falta de recolhimento de ICMS decorrente de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, pois sendo essas mercadorias, copos plásticos, conforme confirma o próprio autuante na informação fiscal de fl. 645, se fosse o caso, seria obrigação tributária devida por aquisição de material para uso e consumo do próprio estabelecimento. Se apenas fosse essa a incorreção contida na infração, de fato, como entende o autuante, o lançamento não restaria prejudicado, pois que ambas as situações constam do mesmo dispositivo legal citado como infringido, qual seja o art. 5º, inciso I, do RICMS-BA.*

*Entretanto, este não é o cerne da questão em lide. Este se aloca na definição de os copos plásticos, mercadoria objeto da infração, ser ou não material de consumo, no caso concreto.*

*Ora, essa questão no âmbito de autuações a empresas similares à autuada não é novel neste Conselho, que tem se pautado em linha com o entendimento exposto pelo Impugnante, como consta do julgado, cuja ementa JJF Nº 0029-01/03, transcreveu, bem como do Acórdão JJF Nº 0297-05/09, onde se constata exclusões efetuadas pelo próprio autuante, na informação fiscal, dos produtos copos que estão inseridos na atividade de fornecimento de alimentação. Neste particular, alinho-me ao Impugnante quanto ao entendimento de que a mercadoria em questão no presente caso, não se encaixa no conceito de mercadoria adquirida para uso e consumo do estabelecimento, emprestando ao caso, o conceito de mercadoria para uso e consumo contida nos dispositivos que cita, quais sejam, art. 34 da Lei nº 3.956/81, art. 82 do Decreto nº 28.593/81 e Parecer Normativo nº 01/81, já que a atual legislação tributária da Bahia não muito bem define tal conceito.*

*Considerando que nos contratos de fornecimento de refeições preparadas que o Impugnante coloca aos autos, integra a obrigatoriedade do contratado (autuado) em servir os líquidos que compõem as refeições em copos plásticos (fl. 606), entendo que estes, como materiais descartáveis postos à disposição do consumidor, integram o valor da refeição, não constituindo “material de consumo” para pagamento de diferença de alíquotas, pelo que, também, considero insubstancial a infração 3.*

*Deste modo, por todo o exposto, voto pela NULIDADE do item 2, com a recomendação de renovação fiscal a salvo de falhas, e IMPROCEDÊNCIA dos itens 1 e 3 do Auto de Infração (..).*

Por conta desta Decisão, a 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

## VOTO

Compulsando os autos, pude constatar que se trata de Recurso de Ofício interposto pela 5<sup>a</sup> JJF em face da Decisão que julgou Nula a infração 2 e Improcedentes as infrações 1 e 3.

No que tange a análise da Decisão de 1º grau em relação infração 1, passo a tecer as seguintes considerações. Como pude constatar o fulcro desta acusação cinge-se ao entendimento do autuante de que o recorrido deixou de recolher o ICMS de antecipação parcial no valor de R\$184.850,62, referente aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, relativo ao período outubro a dezembro de 2005, janeiro a agosto de 2006.

Apesar da diligência realizada ter reconhecido que a atividade da empresa é, de fato e exclusivamente, o fornecimento de refeições, ainda assim insistiu com seu entendimento de que é devido o ICMS Antecipação Parcial. Todavia, analisando os documentos acostados aos autos e a legislação aplicável, pude verificar que o Parecer DITRI nº 4898/2004 (fls. 571/2) - resultante da consulta feita pelo SINDICATO DAS EMPRESAS DE REFEIÇÕES COLETIVAS DO ESTADO DA BAHIA - SINDERC, conforme assegurado pelo art. 55 do RPAF - deixa patente que nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao preparo de refeições coletivas, não-incide ICMS por antecipação parcial, já que as mesmas não se destinam a comercialização, mas apenas integram o rol de ingredientes necessários a formação das refeições coletivas prontas e produzidas em escala industrial.

Constatei que o recorrido, de fato, exercia a atividade de empresa de fornecimento de refeições coletivas e que as mercadorias constantes das notas fiscais, que foram objeto do lançamento de ofício para fins de cobrança de ICMS Antecipação Parcial, diziam respeito a insumos para o necessário preparo das refeições industriais, a exemplo de óleo, queijo, leite, manteiga, dentre outros de mesmo gênero e finalidade. Tais ingredientes apenas entravam na composição da receita para o preparo das refeições que são o objeto de comercialização. É mister ainda aduzir que, como bem pontou a 5<sup>a</sup> JJF, a resposta de uma consulta fiscal é “*Decisão do Fisco-Administração que a ela fica vinculada*”. No caso estrito do Estado da Bahia, tal garantia provém do que se depreende do art. 65 do RPAF/99, abaixo transcrito:

**Art. 65.** *A observância, pelo consulente, da resposta dada à consulta, enquanto prevalecer o entendimento nela consubstanciado, exime o contribuinte de qualquer penalidade e exonera-o do pagamento do tributo, que se considera não devido no período.*

Portanto, lastreado no exposto, entendo que não merece qualquer reparo a Decisão de 1<sup>a</sup> Instância que julgou improcedente a infração 1.

No que se refere à infração 2, julgada Nula, pude constatar que a referida infração foi lavrada por conta de recolhimento a menos de ICMS por antecipação no valor de R\$5.430,36, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação Estado/exterior, relacionadas nos anexos 69 e 88. Período janeiro, abril, maio, julho e setembro de 2005, abril, julho e agosto de 2006.

No decorrer do processo, a recorrida reiteradamente argui, como preliminar, a nulidade da referida infração, fato que foi, de logo, apreciado pela 5<sup>a</sup> JJF no bojo do seu julgamento, antes de qualquer análise de mérito da acusação em lide.

Ao me debruçar sobre os documentos acostados aos autos, ultrapasso a nulidade decretada pela 1<sup>a</sup> Instância e, me permito, com base no que preceitua o art. 155 do RICMS/BA, superar a nulidade e adentrar no mérito por entender que tal infração, obedece a mesma esteira jurídica que embasou meu posicionamento acerca da infração 1. Isto posto, com fulcro nos mesmos

argumentos concernentes a infração anterior julgo improcedente a infração 2, ficando, assim, reformada a Decisão recorrida quanto a este item.

No que se refere à infração 3, na análise do seu mérito entendo que, de igual modo, a 5ª JJF agiu acertadamente ao julgar improcedente a referida infração. Como se depreende dos autos, esta infração refere-se ao não recolhimento de ICMS no valor de R\$778,38, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, referente ao período de fevereiro, maio e setembro de 2005, janeiro, março e junho de 2006. As mercadorias que integram a acusação são copos plásticos adquiridos pela recorrida. Portanto, o cerne da questão está em saber se tais copos plásticos descartáveis são ou não material de consumo do sujeito passivo.

A arguição do recorrido é de que tais mercadorias integram o processo de produção das refeições e “não se destinavam ao ativo fixo ou uso e consumo”. Na realidade, constatei que, de fato, tais copos plásticos foram adquiridos por exigência contratual de seus clientes, adquirentes das refeições. Inclusive apurando os documentos acostados, pude verificar com base no doc. 04 colacionado aos autos, que no período autuado, por força contratual, o sujeito passivo estava obrigado a fornecer gêneros alimentícios líquidos, a exemplo de sucos, que exigem o acondicionamento em copos, no caso em tela, plásticos descartáveis.

Analizando a legislação aplicável a matéria em tela, entendo que tais mercadorias não se configuram material de uso e consumo, mas efetivo insumo indispensável à refeição fornecida ao consumidor, ressalvando que o custo dos copos plásticos descartáveis integram a formação do preço da refeição, esta sim se constitui o produto final comercializado pela recorrida.

No meu entendimento ora firmado falece de fundamento a imputação fiscal de falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais na aquisição de tais mercadorias, as quais, no entendimento do autuante, eram destinadas ao ativo fixo do estabelecimento da recorrida, na **condição de fornecedora de refeições industriais**, condição esta que o próprio autuante reconhece em sua informação fiscal. Portanto, não há por que se falar em mercadorias destinadas ao ativo fixo da recorrida, mas sim de insumos no processo de formação da refeição. Assim sendo, é, por consequência, descabida a cobrança de ICMS decorrente da circulação de tais mercadorias, como bem decidiu a 5ª JJF, ao julgar improcedente a referida infração, Decisão com a qual me alinho.

Em conclusão, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício para modificar a Decisão recorrida em relação à infração 2, alterando-a de NULA para IMPROCEDENTE e manter o julgamento quanto às demais infrações.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida apenas quanto à segunda infração e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 117227.0030/07-6, lavrado contra AROMA E SABOR ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2011.

CARLO FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS