

PROCESSO - A. I. Nº 028924.0038/12-0
RECORRENTE - BGMAXX COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. (BURGER KING)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0096-0213
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 02/10/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0270-11/13

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. ART. 352-A DO RICMS/BA. Tem o contribuinte à opção pela discussão da exigência na via judicial. Desistência do Recurso interposto nos termos do artigo 117, §1º, inciso I, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF. Encerramento do processo administrativo nos termos do disposto no artigo 27, IV do mesmo regulamento. Remessa dos autos à DARC para inscrição do débito nele consubstanciado em Dívida Ativa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de lançamento de ofício, levado a efeito em 27/07/2012, com o objetivo de exigir do ora recorrente ICMS, no valor histórico de R\$ 9.614,33, em decorrência de recolhimento a menor dos valores devidos a título da antecipação parcial de que trata o artigo 352-A do RICMS/BA, no período compreendido entre os meses de janeiro a dezembro de 2010.

Concluída a instrução do feito, os autos foram submetidos à apreciação por parte da 2ª JF, que, na assentada de julgamento datada de 24/05/2013, entendeu por bem, à unanimidade, julgar Procedente o Auto de Infração, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

No presente lançamento está sendo exigido ICMS em decorrência do recolhimento a menos do ICMS Antecipação Parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização.

Compulsando os autos, vejo que o PAF está revestido das formalidades legais. Observo que apesar da descrição dos fatos ter se referido de forma equivocada a falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros próprios, os demonstrativos e documentos que deram suporte à acusação fiscal deixaram claro tratar-se de recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, tanto que o autuado ao impugnar o Auto de Infração se defendeu desta matéria. Ademais, na fase instrutória o processo foi convertido em diligência, com reabertura do prazo de defesa, 30(trinta) dias, ao autuado para que exercesse a ampla defesa. Com isso, entendo que o vício foi devidamente sanado.

Constato que a lavratura do presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foi indicado o dispositivo infringido e a multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não sendo constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os demonstrativos e documentos acostados aos autos, que foram entregues ao autuado, o que lhe possibilitou o exercício da ampla defesa conforme se depreende de sua impugnação.

O sujeito passivo em sua peça impugnativa afirma que é ilegal e inconstitucional a sistemática de recolhimento do ICMS adotada pelo Estado da Bahia por conta da exigência ínsita no art. 12-A da Lei 7.014/96.

Em relação à arguição de inconstitucionalidade da lei que embasou o lançamento fiscal, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar-me a respeito.

No mérito, em síntese o contribuinte aduz: a) que não estaria sujeito a regra do art. 352-A do RICMS/97 em conjunto com seu § 1º, visto que sua atividade econômica seria específica, pois seria adquirente de mercadorias utilizadas como matéria-prima, em que há transformação para composição do produto final a ser posteriormente comercializado, portanto, não se configura aquisição para fins de comercialização direta, como dito no art. 12-A da Lei 7.014/96, mas sim de aquisição para transformação em bem de consumo que, pela sua

natureza e pelo processamento que sofre se torna produto totalmente dissociável daqueles adquiridos anteriormente; b) aduz que a questão em lide é bastante semelhante à matéria em que o Judiciário baiano já se posicionou através do Mandado de Segurança nº 502.059-7/2004, onde o Juízo da 9ª Vara de Fazenda Pública do Estado da Bahia, em sentença, expôs entendimento de que para efeito de enquadramento no mandamento trazido pelo art. 12-A, da Lei nº 7.014/96, introduzido pelo art. 2º da Lei nº 8.967/03, faz-se mister determinar a natureza das atividades desenvolvidas pelo contribuinte. Assim, o referido comando legal dirige-se a contribuinte que adquire mercadorias para revendê-las posteriormente, e não à sociedade empresária que utiliza tais mercadorias no processo produtivo, ou seja, as transforma, agregando-lhes valor.

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, inscrito no cadastro estadual sob o código de atividade nº 5611203 – Lanchonetes, bares e afins, equiparam-se à indústria e como tal, as mercadorias adquiridas seriam insumos, não sujeitos à antecipação parcial do ICMS.

Registro que 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, confeitarias, 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.”

Outrossim, verifico que, conforme registra informação fiscal do autuante, 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, como: pão, presunto, queijo, bacon, catchup, mostarda entre outros, destinados a montagem do sanduíche e posterior comercialização.

Vale ressaltar, que esta matéria foi objeto de apreciação pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF, por meio do Acórdão C/JF Nº 0108-12/05, com Decisão pelo Não-Provimento do Recurso Voluntário, cuja pretensão era idêntica à consubstanciada neste Auto de Infração.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário contra os termos do acórdão em epígrafe (fls. 123 a 127), iniciando suas razões de apelo por uma síntese de duas medidas judiciais que interpôs contra supostos atos coatores praticados pelo Superintendente da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, quais sejam: o Mandado de Segurança de n.º 00224501-52.2010.805.0001 e o Mandado de Segurança de n.º 0388879-72.2012.8.05.0001.

Aduz que através da primeira ação mandamental, pretendeu ver reconhecido pelo Poder Judiciário o seu direito líquido e certo de continuar recolhendo o ICMS calculado à alíquota de 4%

(quatro por cento) incidente sobre a receita bruta mensal de que trata artigo 27, § 3º da 3ª da Lei nº 7.014/96. Afirma que a Decisão proferida pelo julgador de Primeira Instância teria mantido a exigência, relativa ao ICMS recolhido a menor no exercício de 2011, sob o argumento de que não fora anexada aos autos do PAF cópia das respectivas peças processuais de modo a atestar a veracidade de suas alegações.

Em razão disto, colaciona ao Recurso cópia do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia que, dando Provimento ao Recurso de apelação, reformou a sentença de primeiro grau para conceder-lhe a segurança vindicada, bem assim da respectiva certidão de trânsito em julgado (fl. 178).

Quanto ao segundo *Mandamus*, traz explicações acerca do teor da Decisão proferida em sede de agravo de instrumento de nº 0317707-73.2012.805.0000, interposto contra a Decisão interlocutória exarada naqueles autos que denegou o pedido de liminar, a qual lhe concedeu efeito suspensivo, determinando que o Estado se abstenha de cobrar o ICMS de forma antecipada quando da entrada de mercadorias destinadas à confecção de sanduíches.

Anexa à peça recursal cópia da Decisão do Agravo (fls.166 a 169), bem assim da sentença proferida pelo Juiz titular da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador que, concedendo parcialmente a segurança, reconheceu a nulidade e improcedência dos autos de infração de n.º 028924.0037/12-4 e 028924.0038/12-0, originados do não cumprimento da antecipação tributária, prevista no art. 12-A, da Lei Estadual n.º 7.014/96, determinando ainda o cancelamento dos lançamentos, tendo em vista o direito líquido e certo do Impetrante – oro recorrente – de não recolher o ICMS na forma autuada em face da não aplicabilidade do dispositivo legal (fls. 158 a 165) às aquisições que realiza.

Após o intróito ora relatado, segue sustentando as razões de direito pelas quais entende não lhe ser aplicável à antecipação parcial prevista pelo artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, cujo texto reproduz.

Sustenta que a adequada interpretação do referido dispositivo conduz o leitor à conclusão no sentido de que a antecipação parcial do ICMS só pode ser exigida quando se tratar de entrada bens neste Estado que atendam, concomitantemente, a três requisitos, a saber: (i) que os bens adquiridos sejam mercadorias; (ii) que essas sejam oriundas de outros Estados da Federação; e (iii) que essas mercadorias sejam destinadas ao comércio.

Argumenta, neste sentido, que produtos adquiridos através das notas fiscais que foram objeto do lançamento não se subsumem a hipótese da norma, porque não são destinados à comercialização de forma direta. Diz que são eles empregados na industrialização dos sanduíches e demais alimentos que vende ao consumidor final e, por isso, se caracterizam como insumos e não como mercadorias.

Em defesa de sua tese, traz à colação, Decisão proferida pelo Juiz titular da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador nos autos do Mandado de Segurança de nº 502.059-7/2004, bem assim acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em sede apelação civil, ambos afastando a aplicabilidade da antecipação parcial quando da entrada de produtos destinados à confecção de sanduíches por empresas que autuam no mesmo ramo de atividade que o seu.

Pugna, afinal, pela reforma do Acórdão JJF nº 0096-02/13 e consequente reconhecimento da Improcedência do Auto de Infração.

Não houve pronunciamento da PGE/PROFIS em vista do quanto no item 3, alínea “b”, inciso III do artigo 136 do RPAF.

VOTO

Inicialmente, constato que a alegação do recorrente no sentido de que a 2ª JJF julgou Procedente a exigência, relativa ao suposto recolhimento a menor do ICMS devido no ano de 2011, em razão de

a mesma não ter trazido aos autos a cópia do Mandado de Segurança de nº 00224501-52.2010.805.0001, é estranha ao feito.

Conforme se pode verificar do Auto de Infração e dos demonstrativos que o instruem, o lançamento de ofício se deu em razão do cometimento de uma única infração, qual seja: o recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação parcial nos termos do artigo 12 A da Lei nº 7.014/96 e artigo 352-A do RICMS, no período compreendido entre os meses de janeiro a dezembro de 2010.

Nestes termos, deixo de emitir juízo de valor acerca de tais razões recursais, me reservando de apreciar os efeitos eventualmente produzidos em decorrência do trânsito em julgado do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia nos autos do mencionado Mandado de Segurança (fls. 171 a 178), uma vez que não guardam pertinência com a matéria de que cuida o presente PAF.

Prosseguindo na análise das razões de Recurso apresentadas, notadamente das decisões de fls. 158 a 169, verifico que após a lavratura do Auto de Infração, que se deu em 27.07.2012, o recorrente impetrou o Mandado de Segurança de nº 0317707-73.2012.805.0000, distribuído em 09.10.2012, com objetivo de obter do Judiciário o reconhecimento do seu líquido e certo de não se submeter à exigência da antecipação parcial do ICMS de que trata o artigo 12 A da Lei nº 7.014/96, em relação aos produtos que adquire de outras unidades da Federação para a confecção dos sanduíches que vende aos consumidores em seus estabelecimentos.

Através do decisório colacionado às fls. 158 a 165, o Juiz titular da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, afastou a alegação de inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, reconhecendo, entretanto, a sua inaplicabilidade às aquisições realizadas pelo recorrente, porque, segundo entendeu, não destinadas à comercialização e sim à aplicação em processo que resultará num novo produto, diante do que concedeu parcialmente a segurança.

Como consectário do reconhecimento do direito líquido e certo do recorrente, então Impetrante, declarou de forma expressa a nulidade e a improcedência dos autos de infração de nº 028924.0037/12-4 e 028924.0038/12-0, decorrentes do não recolhimento da antecipação tributária, este último originário do presente PAF.

Segundo consta do andamento processual disponibilizado pelo Sítio do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, contra os termos da sentença prolatada pelo juízo de primeiro grau foi interposto Recurso de apelação, recebido no efeito devolutivo, o qual aguarda apreciação por parte daquele Tribunal.

Como se vê, após a lavratura do Auto de Infração e apresentação da respectiva impugnação, o recorrente optou por discutir a exigência que teve contra si perpetrada na esfera Judicial, já tendo obtido, inclusive, Decisão de primeiro grau que lhe é favorável.

Diante de tais conclusões, outro caminho não há senão o de aplicar o quanto estabelecido pelo inciso I, §1º do artigo 117 do Decreto nº 7.629/99 que aprovou o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, *in verbis*:

Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso acaso interposto.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I – na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

Ante ao exposto, em face da desistência tácita do recorrente, manifestada pela sua opção de discutir a exigência no âmbito do Poder Judiciário, a teor do dispositivo regulamentar acima reproduzido, combinado com o artigo 27, inciso IV do mesmo regulamento, NÃO ACOELHO o Recurso Voluntário interposto, determinando o encaminhamento dos autos do presente processo administrativo à Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle – DARC para que proceda à inscrição do débito em Dívida Ativa do Estado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **028924.0038/12-0**, lavrado contra **BGMAXX COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. (BURGER KING)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.614,33**, acrescido das multas de 50% sobre R\$2.041,41 e 60% sobre R\$7.573,92, previstas nos incisos I, alínea “a” e II, “f”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Encaminhar os autos do processo administrativo à Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle – DARC para que proceda à inscrição do débito nele consubstanciado em Dívida Ativa do Estado nos termos do § 1º, inciso I do artigo 117 do RPAF.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de agosto de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS