

A. I. N° - 277992.0104/14-2
AUTUADO - DIAS DÁVILA METALÚRGICA TECNOLOGIA E LOGÍSTICA LTDA.
AUTUANTE - ADILENE VIEIRA TEIXEIRA AMARAL
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 12.06.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0085-01/15

EMENTA: ICMS. 1. DIFERIMENTO. REFEIÇÕES. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. Os documentos emitidos pelo fornecedor das refeições indicam que não se trata de prestação de serviços de “preparo de refeições”, e sim de “fornecimentos de refeições”. Fornecimento de refeições (obrigação de dar) não é prestação de serviço (obrigação de fazer): fornecimento de refeições é operação de circulação de mercadorias, fato gerador de ICMS, e não de ISS. Mantido o lançamento. 2. LIVROS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Lançamento não impugnado pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29.9.14, acusa os seguintes fatos:

1. falta de recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos funcionários da empresa, sendo lançado imposto no valor de R\$ 63.461,41, com multa de 60%;
2. falta de apresentação de livros fiscais, quando regularmente intimado, sendo por isso aplicadas quatro multas, totalizando R\$ 5.520,00.

Consta na descrição da primeira infração que o contribuinte faz parte do “complexo ford da Ford” [sic].

O autuado apresentou defesa (fls. 149/152) declarando inicialmente que sua empresa é uma indústria metalúrgica que tem por objeto principal a confecção de embalagens de ferro e aço para armazenamento e transporte, mas esclarece que não faz parte do “complexo Ford da Ford”, como consta no Auto, sendo a referida Ford apenas uma de suas clientes. Diz que seu estabelecimento fica no município de Dias D’Ávila, tendo por objeto a fabricação de embalagens de ferro e aço para armazenamento e transporte de materiais e equipamentos, bem como a prestação de serviços de serralheria a terceiros.

Quanto à imputação de suposta falta de recolhimento do ICMS devido no fornecimento de refeições, diz que a pretensão fiscal é inteiramente incabível, por ser lastreada em medidas ilegais que não lograram demonstrar com a necessária clareza a ocorrência da infração relatada, de modo que se torna insustentável a manutenção da autuação levada a efeito, não sendo verdadeira a assertiva de que tivesse deixado de pagar o ICMS apontado neste Auto de Infração. Diz que não comercializou refeições, apenas contratava a preparação das mencionadas refeições, recebendo em contrapartida a Nota fiscal de serviços com incidência de ISS, não na forma pretendida pelo

agente fiscal autuante. Diz que as refeições preparadas para os funcionários eram por eles consumidas de forma gratuita, isto é, nada pagavam e efetivamente nada pagam por tal serviço. Reporta-se ao conceito de fato gerador na doutrina de Roque Antonio Carrazza, relativamente ao ICMS: “O fato gerador do tributo é a operação que causa a circulação e não esta”. Considera inegável neste caso que não havia a circulação de mercadorias de modo a ensejar a incidência do tributo, como comprovam as Notas Fiscais. Observa que o Decreto 6.284/97, no art. 32, inciso X, da subseção XIX [sic], estabelece a isenção do fornecimento de refeições sem fins lucrativos em refeitório próprio, aos seus empregados, por empresa industrial, dispondo expressamente que:

“Art. 32. São isentas de ICMS a operações relativas à circulação de mercadorias:

.....

X - nos fornecimentos de refeições sem fins lucrativos, em refeitório próprio feito por estabelecimentos industriais, comerciais ou produtores, diretamente a seus empregados, bem como agremiações estudantis, instituições de educação ou de assistência social, sindicatos ou associações de classe diretamente a seus empregados associados, professores, alunos ou beneficiários, conforme o caso.”

Assegura que as refeições eram e são servidas no refeitório da própria empresa, que é empresa industrial, e são fornecidas sem fins lucrativos, havendo portanto perfeita subsunção aos termos do dispositivo transcrito. Diz que recebia da empresa que preparava as refeições Notas Fiscais de serviços, pois sua atividade era, efetivamente, prestação de serviços.

Aduz que igualmente improcede a multa aplicada.

Considera patente a inoccorrência dos atos infracionais que lhe foram imputados. Apela para a observância do princípio da legalidade.

Pede que o Auto de Infração seja anulado.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 166-167) declarando que, conforme art. 2º, inciso VII [não diz de que ato normativo], a ocorrência do fato gerador ocorre no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por restaurantes, bares, cafés, lanchonetes, cantinas, hotéis e estabelecimentos similares, incluídos os serviços prestados. Diz que o autuado adquiriu refeições para consumo por parte de seus empregados, e, como tomador desse serviço, é o responsável tributário por substituição pelo pagamento do imposto, pois o lançamento do imposto correspondente ao fornecimento de refeições é diferido para o momento da entrada no estabelecimento do adquirente, onde ocorreu o evento, fato que encerrou a fase de diferimento. Diz que o fornecedor das refeições emitiu irregularmente Nota Fiscal de Serviço e depois se regularizou pela exigência de se emitir Nota Fiscal com inscrição estadual na Secretaria da Fazenda do Estado para a comercialização de refeições, tanto é que a partir de determinado período (1.10.10) essa situação foi regularizada e foi emitida a Nota Fiscal correta.

Conclui dizendo que são contribuintes distintos com obrigações distintas.

Opina pela manutenção do lançamento.

VOTO

O lançamento objeto do item 1º deste Auto de Infração diz respeito à falta de recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos funcionários da empresa.

O autuado alega que apenas contratou a preparação das refeições, conforme Nota Fiscal de Prestação de Serviços, com incidência de ISS. Aduz que são isentos de ICMS os fornecimentos de refeições sem fins lucrativos, em refeitório próprio, diretamente aos empregados, nos termos do art. 32, X, do RICMS.

O RICMS/97, no art. 343, XVIII, previa o diferimento do imposto nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados, para o momento em que ocorresse a entrada no estabelecimento do adquirente. No RICMS/12 essa previsão encontra-se no art. 286, VII. E, conforme observou o autuado na defesa, existe previsão de isenção do imposto para os fornecimentos de refeições sem fins lucrativos, em refeitório próprio, diretamente aos empregados da empresa.

Para a compreensão das regras de diferimento e isenção, na situação em exame, é preciso identificar *por quem* são feitas as refeições. Isto porque, se as refeições são feitas *no recinto* do estabelecimento que as fornecerá aos seus empregados, preparadas com *insumos ou ingredientes adquiridos pela própria empresa*, utilizando seus próprios cozinheiros ou sendo contratada outra empresa para o preparo das refeições, daí resultam duas conclusões: a) não há por que se falar em diferimento, primeiro porque não haverá em tal hipótese uma “entrada” das refeições no estabelecimento da contratante, pois elas serão confeccionadas *dentro* da própria empresa, e segundo porque, se as refeições forem *preparadas* por outra pessoa ou outra empresa contratada, com ingredientes *adquiridos pela contratante*, não haverá um “fornecimento” de refeições pela contratada à contratante, pois a contratada não estará fornecendo nada, estará apenas prestando serviço – uma coisa é *fornecer* (obrigação de dar), e outra coisa é *preparar* (obrigação de fazer); b) haverá neste caso isenção do imposto no fornecimento das refeições aos empregados, desde que seja feito sem fins lucrativos e em refeitório próprio.

Porém, se as refeições são feitas por pessoa ou empresa contratada, utilizando *insumos ou ingredientes adquiridos pela contratada*, para que, depois de preparadas as refeições, sejam elas *fornecidas* pela contratada à contratante para que esta por sua vez as *forneça* aos seus empregados, haverá aí *duas operações*: a) na primeira operação, haverá diferimento do imposto no fornecimento das refeições pela contratada à contratante, encerrando-se o diferimento na entrada das refeições no estabelecimento da contratante; b) na segunda operação, haverá isenção do imposto no fornecimento das refeições aos empregados, desde que seja feito sem fins lucrativos e em refeitório próprio.

No presente caso, analisando-se as Notas Fiscais de Prestação de Serviços anexadas às fls. 24/132, o que se vê é que está sendo pago ISS indevidamente, pois não se trata de “prestação de serviços”, e sim de fornecimentos de refeições. Com efeito, no campo “Descrição dos Serviços”, consta que se trata de “Fornecimento de refeição”. *Fornecimento* de refeições (obrigação de dar) não é prestação de serviço (obrigação de fazer): fornecimento de refeições é *operação* de circulação de mercadorias, fato gerador de ICMS, e não de ISS.

Mantenho o lançamento.

O item 2º não foi impugnado. Mantido também, portanto.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **277992.0104/14-2**, lavrado contra **DIAS DÁVILA METALÚRGICA TECNOLOGIA E LOGÍSTICA LTDA.**, devendo ser intimado o

autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$63.461,41**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$5.520,00**, prevista no inciso XX do art. 42 da supracitada lei, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de maio de 2015

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR