

A. I. N° - 225203.0046/14-5  
AUTUADO - A. M. VIEIRA DE CERQUEIRA GORDEIRO - EPP  
AUTUANTE - VYRGINIA RIOS ALMEIDA  
ORIGEM - INFAC FEIRA DE SANTANA  
INTERNET - 01.07.2015

## 1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0094-01/15

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. O autuado exerce atividade de comercialização de alimentos - CNAE - nº 5611-2/01 – sendo desse modo contribuinte do ICMS. Nessa condição está obrigado e efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, na forma do art. 352-A do RICMS/BA/97. As mercadorias arroladas na autuação, no caso pratos, copos e talheres descartáveis, guardanapos, canudos, estão sujeitas à antecipação parcial do ICMS, por se tratar de elementos indispensáveis à efetivação da comercialização de alimentos. Os seus valores, inclusive, devem compor o valor da venda do alimento debitado ao cliente, portanto, a base de cálculo do ICMS. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/11/2014, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$7.563,54, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de setembro a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011.

O autuado apresentou defesa (fls.252 a 256) consignando que possui uma sede onde são realizadas atividades de comercialização de produtos alimentícios, no caso venda de lanches e comidas diretamente aos consumidores finais, tudo em conformidade com as informações constantes em seu Contrato Social que anexa.

Assinala que buscando melhorar a qualidade na prestação de seus serviços, adquire insumos, ou seja, pratos, copos e talheres descartáveis, guardanapos, canudos, etc., junto a empresas atacadistas de fora do Estado da Bahia, produtos estes que são utilizados e fornecidos aos seus clientes em acompanhamento dos lanches e alimentos vendidos.

Diz que a autuação acusa que deixou de recolher o ICMS antecipado parcialmente, contudo, sustenta que não procede tal imputação.

Invoca os artigos 153 a 156 da Constituição Federal, inclusive reproduzindo o art. 155, seus incisos e parágrafos, para dizer que se considera sujeito passivo da obrigação principal definido no artigo 121, inciso I, do Código Tributário Nacional, aquele que tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador, ou seja, aquela pessoa que realiza operações sujeitas ao

ICMS, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, como bem descrito no artigo 4º da Lei Complementar n.º 87/1996.

Alega que no caso em tela o suposto ICMS exigido, está sendo apurado sobre a diferença de alíquotas referente à aquisição de insumos empregados em suas atividades, como se fosse contribuinte do ICMS na acepção constitucional, gerando assim o imposto acrescido de multa, no importe de R\$7.563,54.

Salienta que diante das informações trazidas, percebe-se clara e expressa violação ao que dispõe o artigo 155, § 2º, alínea “b”, da Constituição Federal, o qual menciona expressamente que a alíquota interna deve ser aplicada aos não contribuintes do ICMS, não cabendo o recolhimento de diferencial de alíquotas.

Alega que se percebe de longe a atuação danosa em detrimento da empresa, ao se exigir tributo que não preenche os requisitos necessários para a ocorrência do fato gerador.

Assevera que não há o que se falar em obrigação tributária que justifique a cobrança da diferença de alíquotas do imposto, que sequer é devedor.

Conclusivamente, diz que a forma como se deu a exigência apurada por meio do Auto de Infração em lide, não deve proceder, tendo em vista a não ocorrência do fato gerador referente ao diferencial de alíquota a ser recolhido, que se mostrou inexistente, não havendo obrigação tributária que respalde a exigência indevida.

Reitera que a atividade comercial desenvolvida é a comercialização de alimentos, no caso lanches, almoços, sanduíches, e demais gêneros alimentícios diretamente ao consumidor final, não sendo empresa que comercializa os produtos discriminados nas Notas Fiscais supostamente não contabilizadas para fins de diferença de ICMS. Acrescenta que tal fato, por si só, descharacteriza a infração imputada.

Finaliza requerendo a improcedência do Auto de Infração.

A autuante prestou informação fiscal (fls.461/462) dizendo que da análise da argumentação defensiva constatou a existência de alguns equívocos em relação ao que se diz a respeito do conceito de insumo. Observa que insumo "é o elemento que entra no processo de produção de mercadorias ou serviços; A matéria-prima é o material base ou mais importante de um produto. Mas para transformar a matéria-prima no produto final é preciso outros insumos que são usados nesse processo."

Diz que assim sendo, e conforme o Parecer nº 24441/2008 de 02/12/2008, acostado à fl.05 dos autos, fica demonstrado que as mercadorias utilizadas pelo autuado como embalagem para viagem, canudos, guardanapos, papel toalha, pratos e talheres descartáveis não consistem em material de uso ou consumo, sendo-lhes dispensado o mesmo tratamento aplicado à mercadoria que está sendo objeto de comercialização e, portanto, deverá o autuado efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial.

Conclui mantendo o Auto de Infração.

## VOTO

A acusação fiscal é de que o autuado não recolheu o ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado destinadas à comercialização.

Verifico que o autuado alega que exerce a atividade de comercialização de alimentos, no caso lanches, almoços, sanduíches e demais gêneros alimentícios diretamente ao consumidor final, não comercializando as mercadorias discriminadas nas Notas Fiscais supostamente não contabilizadas para fins de diferença de ICMS, o que descharacteriza a infração.

Observo que o autuado se encontra cadastrado na SEFAZ/BA sob o Código de Atividade Econômica principal – CNAE - nº. 5611-2/01 – Restaurantes e similares – portanto, atividade de alimentação que, indubitavelmente, o coloca na condição de contribuinte do ICMS.

Desse modo, na condição de contribuinte do ICMS, está obrigado a efetuar a antecipação parcial do imposto nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização.

Nesse sentido, dispõe o art. 352-A do RICMS/BA/97, abaixo reproduzido:

Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

A leitura do *caput* do dispositivo regulamentar acima reproduzido permite constatar que a exigência de pagamento do ICMS antecipação parcial, ocorre, exclusivamente, nas aquisições de mercadorias para fins de comercialização.

O cerne da questão reside em se identificar se as mercadorias arroladas na autuação, no caso pratos, copos e talheres descartáveis, guardanapos, canudos, etc., de fato, estão sujeitas à antecipação parcial do ICMS ou não.

Conforme consignado pelo próprio impugnante e estabelecido pela legislação do ICMS, a atividade que exerce consiste na comercialização de alimentos. Por certo que não é possível à venda de tais alimentos sem que seja acompanhada de pratos, copos, talheres descartáveis, guardanapos, etc., portanto, elementos indispensáveis à efetivação do negócio, cujos valores, inclusive, devem compor o valor da venda debitado ao cliente, portanto, a base de cálculo do ICMS.

Desse modo, não resta dúvida que as mercadorias arroladas na autuação integram a comercialização de alimentos realizada pelo autuado, portanto, estão sujeitas à antecipação parcial do ICMS, conforme a exigência fiscal.

Diante disso, a infração é subsistente.

Voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 225203.0046/14-5, lavrado contra A. M. VIEIRA DE CERQUEIRA GODEIRO – EPP, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.563,54**, acrescido da multa de 60% , prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR