

PROCESSO - A. I. Nº 110019.0027/21-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TORA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0065-04/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 30/09/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0259-11/22-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA FINS DE COMERCIALIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Caracterizado que as mercadorias adquiridas pelo sujeito passivo, objeto da autuação, não se destinam diretamente à comercialização. Se tratam de ingredientes ou insumos, que após a transformação são empregados na preparação dos produtos que comercializa, a exemplo de sanduiches diversos. Interpretação do Art. 12-A da Lei nº 7.014/96. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em relação à Decisão recorrida que julgou Improcedente o presente Auto de Infração em referência expedido em 02/12/2021, para reclamar crédito tributário no montante de R\$861.318,91, em face das seguintes acusações:

***Infração 1 (007.015.001)** – “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização. Conforme demonstrativo Tora05_Anexo_CMO – Notas Fiscais escrituradas na EFD, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado”. Valor lançado R\$ 843.349,40, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, com enquadramento legal da infração no Art. 12-A da mesma Lei.*

***Infração 2 (007.015.001)** – “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização. Conforme demonstrativo Tora05_Anexo_CMO/Difal – Notas Fiscais não escrituradas na EFD, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado”. Valor lançado R\$ 17.969,41, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, com enquadramento legal da infração no Art. 12-A da mesma Lei.*

O autuado, através de seus patronos, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 32 a 38, destacando a tempestividade da peça defensiva. Pontuou ser franquias da rede “McDonald’s”, que por força dos contratos firmados com sua franqueadora é obrigada a adquirir uma série de insumos em outros Estados da Federação, tais como carne, hambúrguer, pão, alface, bacon, entre outros itens diversos, os quais, após sofrerem um processo de transformação, resultam nos produtos finais direcionados ao consumo de seus clientes (sanduiches de diversos tipos).

Sustenta ser improcedente a autuação, tendo em vista a existência de demanda judicial já transitada em julgado, que lhe garante o direito de não recolher a antecipação parcial do ICMS em questão. Falou que em abril de 2008, ajuizou Mandado de Segurança distribuído à 9ª Vara da Fazenda Pública, sob o nº 0049349-76.2008.805.0001, com o propósito de obter do Poder Judiciário o reconhecimento da não incidência da Antecipação Parcial do ICMS, instituída pela Lei nº 8.967/2003, incidente nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, tendo em vista a inaplicabilidade do regime às suas operações, uma vez que não adquire mercadorias de outros Estados para fins de comercialização, mas, sim, para integrar seu processo produtivo.

Explicou que esclareceu, naquele processo, que, no exercício de sua atividade empresarial, adquire os insumos os quais, após sofrerem um processo de transformação, resultam nos produtos finais (sanduíches de diversos tipos), sendo que estas operações interestaduais promovidas não se amoldam à sistemática implantada pela Lei Estadual nº 8.967/2003, haja vista que as mercadorias adquiridas não são, para fins de comercialização, como exige o artigo 12-A, inserido na Lei nº 7.014/96, mas, sim, compõem o seu processo produtivo, culminando, após a devida transformação, em novo produto, este sim comercializado.

Concluiu solicitando a total insubsistência da autuação *sub judice*, em virtude de haver decisão judicial transitada em julgado que lhe reconheceu o direito de não se submeter à incidência da Antecipação Parcial do ICMS sobre as aquisições interestaduais dos itens em questão, requer seja julgada Improcedente este Auto de Infração.

O autuante apresentou a Informação Fiscal de fls. 81 a 83, destacando que como se vê dos elementos e provas que integram o Processo Administrativo Fiscal, a ação fiscal resume na exigência do ICMS Antecipação Parcial previsto na Lei nº 7.014/96, especificamente no seu artigo 12-A e reforça o acerto do lançamento o disposto no Artigo 267, VI, “d” do Decreto nº 13.780/12.

Mencionou que as razões expostas pelo autuado residem no MS nº 0049349-76.2008.805.0001 da 9ª Vara da Fazenda Pública e Decisão da Terceira Câmara Cível, sendo, ao seu entender, ser de vital importância atentar quanto à ementa do Terceira Câmara Cível (fls. 52).

Ponderou que a espécie se refere ao ICMS Substituição Tributária, cuja Antecipação Tributária é exigida nas operações de mercadorias enquadradas naquele regime destinadas à comercialização para consumidor final, sendo que, no caso do ICMS Antecipação Parcial, às mercadorias enquadradas neste regime, necessariamente, não são exigidas a destinação a consumidor final e sim à comercialização.

Finalizou sustentando que a autuação é exclusivamente na Legislação Tributária vigente, pois, afinal, a atividade econômica do autuado, como transcrito acima, é “*lanchonete, casas de chá, de sucos e similares*”, portanto, lhe é devido o recolhimento do ICMS Antecipação Parcial.

Após as intervenções deliberadas pelas partes, a JJF proferiu o seguinte voto condutor:

VOTO

As acusações que versam nos presentes autos, tratam de falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização.

Em sua defesa, o autuado refutou a exigência tributária, sustentando que a atividade que exerce se destina à exploração e operação de franquias da rede “McDonald’s”, e que por força dos contratos firmados com sua franqueadora, é obrigada a adquirir uma série de insumos em outros Estados da Federação, tais como carne, hambúrguer, pão, alface, bacon, entre outros itens diversos, os quais, após sofrerem um processo de transformação, resultam nos produtos finais direcionados ao consumo de seus clientes (sanduíches de diversos tipos).

As operações listadas pelo autuante para efeito da exigência da antecipação parcial, indicam que se tratam de aquisições interestaduais de carne regular, carne quarteirão, MC Chicken, MS Nugett, queijo polenghi, copos, molhos, coberturas de chocolate, mostarda, açúcar, ketchup, sacos, canudos, suporte para copos, embalagens, cebola desidratada, dentre diversas outras aquisições nesse sentido.

O enquadramento legal considerado pelo autuante para efeito de embasamento do lançamento tributário foi o Art. 12-A da Lei nº 7.014/96, que assim se apresenta:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, 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 III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. (grifo acrescido).

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

I - isenção;

II - não-incidência;

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

§ 2º O regulamento poderá fazer exclusões da sistemática de antecipação parcial do imposto por mercadoria ou por atividade econômica.

§ 3º Nas operações com álcool poderá ser exigida a antecipação parcial do imposto, na forma que dispuser o regulamento.”

A tese sustentada pelo autuante, consiste em afirmar que o autuado não é o consumidor final das mercadorias adquiridas, pois as revende, embora juntadas a outras, na forma de sanduiches ou outras mercadorias que comercializa, portanto, não se caracteriza como um processo de produção industrial perante à Legislação Tributária.

Com o devido respeito, não vejo como se sustentar o argumento do autuante. Isto porque o próprio Art. 12-A, utilizado pelo mesmo para efeito do enquadramento legal da acusação, estabelece que é devida a antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, o que não é o caso, posto que está claro nos autos que as mercadorias adquiridas pelo autuado não são para comercialização, mas ingredientes ou insumos que são empregados na preparação dos produtos que comercializa.

A própria ementa relacionada ao MS nº 0049349-76.2008.805.0001 da Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, é clara ao definir a não incidência da antecipação parcial nas operações aqui enfrentadas, conforme se extrai abaixo, onde faz clara alusão ao Art. 12-A da Lei nº 7.014/96:

“APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Não incide o regime de antecipação tributária na aquisição de ingredientes utilizados no preparo de refeições coletivas, pois estas mercadorias, oriundas de outras unidades da Federação, não se destinam a consumo final, como é de exigência da lei, mais sim para, após atividade de transformação, dar origem a produto novo, distinto dos antes existentes. Inteligência no art. 12-A da Lei Estadual 7.014/1996.”

Isto posto, entendo descabidas as exigências tributárias tratadas no presente lançamento, razão pela qual, voto pela IMPROCEDÊNCIA deste Auto de Infração.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99.

VOTO

Observa-se que a decisão da 4ª JJF (Acórdão JJF Nº 0065-04/22-VD), desonerou o sujeito passivo reduzindo em sua integralidade o crédito tributário lançado de R\$1.465.592,48, em valores atualizados à data do julgamento, fl. 94, fato que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Contemplando o Recurso de Ofício interposto pela 4ª JJF, verifico que o julgador de piso tomou sua decisão baseado no entendimento de que a autuada, cuja atividade desenvolvida é de lanchonete, não estaria obrigada ao que dispõe o Art. 12-A da Lei nº 7.014/96, que assim se apresenta:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, 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 III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Como visto, o entendimento da Decisão recorrida é no sentido de que a Autuada, devido ao tipo de transformação que faz nos produtos adquiridos, não deveria recolher a Antecipação Parcial.

Tal entendimento é, a princípio, questionável, tendo em vista que se trata de uma empresa que comercializa alimentos e conforme o art. 5º, alínea I do Decreto nº 7.212/10, que regulamenta o IPI, tal atividade não se caracteriza processo de industrialização. Corroborando, temos o entendimento da DITRI – Diretoria de Tributação através do Parecer nº 6842/12, que parte transcrevo:

“O fornecimento de refeições por restaurantes, lanchonetes, bares e estabelecimentos afins, diretamente a consumidor final, caracteriza-se como atividade comercial de forma que as aquisições interestaduais de mercadorias não enquadradas na substituição tributária, isenção ou não-incidência do imposto, destinadas ao preparo dessas refeições estão sujeitas à antecipação parcial do imposto, de que trata o RICMS-BA art. 352-A, nos termos da alínea “b” do inciso VII do art. 386...”

A controvérsia, contudo, é inócua, pois, como demonstrado nos autos, há decisão judicial transitada em julgado, que desobrigou a Autuada a efetuar o recolhimento do imposto lançado, no caso Antecipação Parcial, na forma como está sendo cobrado nestes autos. Tal decisão pode ser confirmada através dos documentos emitidos pelos Tribunais Superiores (STJ e STF), fls. 54 a 76.

Dessa forma, não nos cabe aqui, enveredar pela legislação tributária, pois como diz o ditado “ordem judicial não se discute, se cumpre”.

Diante do disposto no artigo 125, inciso II da Lei nº 3.956/81 (não se incluem na competência dos órgãos julgadores questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida), mantenho a decisão de piso, determinando pela IMPROCEDÊNCIA, NÃO DANDO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 110019.0027/21-7, lavrado contra **TORA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS