

Acórdão : 14.076/01/2^a
Impugnação : 40.10058392-38
Impugnante : Minas Aerocomissaria Ltda
PTA/AI : 01.000100483-65
IE/SEF : 376.006161.00-02
Origem : AF/Pedro Leopoldo
Rito : Ordinário

EMENTA

Conflito de Competência - ICMS/ISSQN - Alimentação industrial - Provado nos autos, que os serviços são inerentes a atividade desenvolvida pela impugnante. Aplica-se o inciso VIII, artigo 6º da Lei 6763/75. Reformulado o crédito tributário pelo Fisco excluindo-se as notas fiscais emitidas com descrição do fornecimento de alimentação TPS (Terminal de Passageiros), por entender que estas operações deveriam ser acobertadas com cupom fiscal. Excluído, também, o percentual de 1,4% do montante relativo aos documentos de fls. 250/293. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

Base de Cálculo - Redução indevida - Alimentação industrial. Caracterizado o fornecimento de refeições coletivas. Provado a não celebração de Termo de Acordo. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a exigência de ICMS, MR e MI, períodos de jan./90 a mar./95, formalizadas no AI nº 01.000100483-65 de 18/12/95, fls. 90/95, constatadas as seguintes irregularidades:

A - Deixou de incluir na base de cálculo do ICMS o valor dos serviços vinculados a sua atividade industrial e comercial;

B - Reduziu indevidamente a base de cálculo do ICMS sem previsão legal em desacordo com o inciso XXVIII, art. 71 do RICMS/91, no período de 10/10/92 a 29/10/93 e alínea “b” do mesmo disposto legal a partir de 30/10/93.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por sócio, Impugnação, fls. 99/117, relatando e alegando que:

- Encontra-se instalada na área do Aeroporto Internacional Tancredo Neves (Confins-MG), através de contrato de concessão de uso da Área firmado com a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INFRAERO, tais áreas perfazem 4 pontos destinados ao ramo de preparação e fornecimento refeições/lanches para consumo durante viagens aéreas;

- Os serviços prestados recebem a denominação "handling" e estariam inseridos nos itens 16, 56, 82 e 87 da Lista de Serviços do DL nº 406/68, alterado pela LC 56/87, entende ser devido o ISSQN, já recolhido aos cofres públicos municipais de Lagoa Santa, suas operações não estando alcançadas pela tributação do ICMS, justificando assim a não inclusão na base de cálculo do ICMS dos serviços correlatos a limpeza, armazenamento, lavanderia, entrega de jornais e revistas e outros;

- Quanto ao item "B" do AI, entende a Impugnante estar enquadrada na categoria bar, restaurante, lanchonete ou estabelecimento similar, pois paga sindicato, contribuição patronal ou de empregados nesta categoria;

- Funciona com inscrição única para os diversos estabelecimentos sob o Código de Atividade Econômica -CAE- de nº 51.21.019 (Restaurantes, fornecimento de lanches para aviões, lanchonetes), doc. de fls. 536, e os Decretos 34.040 de 09/10/92, 34.171 de 16/11/92 e 35.020 de 29/10/93 lhe conferem o direito a redução da base de cálculo do ICMS, conclui entendendo fazer *jus* ao benefício, por ser empresa preparadora de refeições, previsão dada pelo inciso XXVIII, art. 71 do RICMS/91. Cita Jurisprudência em seu favor, e o acórdão 1022/90/CE, no qual foi parte e obteve decisão favorável;

- E, conforme artigo 844 do RICMS/91, para se tributar o ICMS, há que embasar-se na Lei do Imposto sobre Produtos Industrializados -LIPI, estando seus produtos isentos deste, subsidiado está o tratamento tributário por ela adotado.

Em manifestação, o Fisco contradiz as alegações da Impugnante aduzindo que:

- Ressalta que a Impugnante tenta desvirtuar a realidade dos fatos, focando a discussão sobre os estabelecimentos do prédio principal do aeroporto, destinados a venda de lanches ao público local, procurando desconhecer a unidade industrial que serve as aeronaves e está localizada fora do prédio principal, localizado em anexo, onde são industrializados todos os alimentos que são fornecidos às empresas de aviação. Na qualidade de desenvolver atividade econômica de alimentação industrial, não firmou Termo de Acordo com a SEF/MG para fazer jus ao benefício fiscal, conforme previsão legal e Consulta DLT 133/96;

- Em relação ao item "A" do AI, os referidos serviços são inerentes ao fornecimento do seu objeto social, sendo de vital importância para colocação das mercadorias à disposição de uso pelo cliente, não havendo que se falar na incidência do ISSQN, mas do ICMS, a teor do inciso VI, art. 60 do RICMS/91, incluindo-se no valor da operação o fornecimento da mercadoria e a prestação de serviços inerentes a ele;

- Em relação ao item "B", fls. 240/243, o Fisco exclui do crédito tributário as notas fiscais emitidas com descrição do fornecimento de alimentação TPS (terminal

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de passageiros), entendendo que estas operações deveriam ser acobertadas com cupom fiscal;

- Traz provas aos autos de alteração do CAE da empresa datado de 13/12/91, passando-o para 26.11.503 (produção de refeições preparadas industrialmente para consumo durante viagens aéreas), docs. de fls. 340. - Salaria que o presente lançamento tributou somente os serviços de fornecimento de lanches destinados a serem servidos em aviões, diferentemente da situação descrita no Acórdão 1.022/90/CS e ao final esclarece que o serviço de lavanderia não foi objeto de autuação;

- O inciso II, art. 5º do RICMS/91 dispensa o auxílio de qualquer legislação subsidiária, prejudicado o art. 844; e ao final, reabre prazo para a impugnante se pronunciar sobre a reformulação do crédito tributário.

A Auditoria Fiscal, ex-offício, determina realização de prova pericial, apresenta quesitos visando esclarecer se os serviços prestados são inerentes ou não a atividade da empresa, dentro da operacionalização do seu objetivo social. O Fisco e Impugnante também apresentam quesitos, bem como Assistente Técnico. Após realização da perícia, os assistentes técnicos dos litigantes apreciam o laudo pericial apresentando parecer. Retornando os autos a Auditoria, em parecer fundamentado, opina pela procedência parcial da impugnação nos termos da reformulação procedida pelo fisco, fls. 240/243.

Em sessão do dia 04/10/2000, deliberou a 2ª Câmara a realização de diligência determinando que a Impugnante estabeleça o percentual a ser expurgado do lançamento a título do serviço de transporte e entrega de revistas e jornais destinados as aeronaves. Após vir aos autos, esta não presta a informação solicitada. Aberta vistas ao Fisco, este se pronuncia propondo um expurgo de parte do valor lançado no crédito tributário, proporcional a execução deste serviço.

DECISÃO

As partes em litígio objetivam demonstrar se os serviços prestados pela Impugnante estão vinculados ou não a atividade desenvolvida, esclarecendo como este se inserem no contexto do desenvolvimentos de suas atividades, como se processam na sua rotina, e se a empresa é ou não fornecedora de refeições coletivas -alimentação industrial. A partir destas definições se determinará qual é o fato gerador, precisando em que campo de incidência encontra-se, estabelecendo por estes elementos o poder público competente e consequentemente o Ente-tributante.

Destaca-se que a Impugnante é contratada pelas empresas aéreas para fornecer refeições e lanches de bordo para as aeronaves, de acordo com o número de passageiros e classe de vôo, incluindo refeições especiais e dos tripulantes, nas quantidades previamente solicitadas, e para as quais desenvolve atividades específicas tais como fabricação e preparação prévia dos alimentos a serem servidos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Observa-se pelas provas dos autos que as operações prestadas para a empresa aérea VASP estão discriminadas por item, individualizado por código e nomenclatura, já para as empresas aéreas VARIG e Transbrasil a discriminação nas notas fiscais da Impugnante denomina-se Handling. Estas Companhias aéreas perfazem 99% dos destinatários consignados nas Notas Fiscais de Serviços, objeto da autuação. “Handling” é termo originário do inglês que segundo a perita trata-se de:

“Um termo genérico utilizado no ramo da aviação para se referir basicamente ao carregamento e descarregamento de aeronaves com alimentos, bebidas e materiais de comissaria de bordo, o transporte da cozinha industrial para a aeronave e o posterior retorno incluindo a limpeza dos materiais utilizados. Mas outros serviços podem estar incluídos nesse termo “Handling” como é o caso da incineração do lixo produzido.”

No ramo de alimentação, há serviços que são intrínsecos ao fornecimento de alimentação, porque sem eles não há como o fornecedor fazer chegar ao seu cliente a mercadoria, viabilizando o consumo do produto, recebendo tratamento tributário específico pela legislação, devendo ser tributados pelo ICMS, conforme previsto no inciso VIII, artigo 6º e o inciso V, artigo 13 da Lei 6763/75.

Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto:

VIII - no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento que explore tal atividade, incluídos os serviços a ela inerentes;

Art. 13 - A base de cálculo do imposto é:

V - No fornecimento de que trata o inciso VIII do artigo 6º, o valor total da operação, compreendendo o fornecimento da mercadoria e a prestação do serviço;

Pelo laudo pericial, constata-se que a Impugnante celebrou 2 (dois) contratos de Concessão de Uso da Área com a INFRAERO, um abrange a área onde se localiza a cozinha industrial e outro destinam única e exclusivamente a prestação dos serviços de lanchonete, restaurante e outros produtos destinados ao público local em trânsito, sendo que estes locais possuem cozinha própria, não se confundindo com a cozinha industrial. A autuação abrangeu as notas fiscais emitidas concernente à parcela de sua atividade voltada para a produção de refeições/lanches preparados industrialmente para fora do local de fabricação, enquadrando no conceito de alimentação industrial.

Ressaltamos que a impugnante emitia uma nota fiscal discriminando o fornecimento de comidas e bebidas, com destaque do ICMS, e outra nota fiscal de serviço, série A, discriminando o preço dos serviços envolvidos em todas as etapas do desenvolvimento de sua atividade. Analisaremos descritivamente os itens da Lista de Serviços anexa ao DL nº 406/68 mencionados na Impugnação, correlacionando-os com a rotina de atividades, para melhor esclarecimento e deslinde da controvérsia. Considerar-se-á as provas dos autos e o laudo pericial, fls. 362/375, baseado na visita *in*

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

loco, análise dos contratos celebrados entre as partes, documentos fiscais emitidos e outros pertinentes a matéria. *In verbis*:

Item 16 - Desinfecção, imunização, higienização, desratização e congêneres:

Item 56 - Armazenamento, depósito, carga, descarga, arrumação e guarda de bens de qualquer espécie (exceto depósitos feitos em instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central):

Item 82 - Tinturaria e lavanderia:

Item 87 - Serviços portuários e aeroportuários, utilização de porto ou aeroporto; atracação, capatazia, armazenagem interna, externa e especial; suprimento de água, serviços acessórios; movimentação de mercadoria fora do cais:

Quanto ao item 16 **-Desinfecção, imunização, higienização-** Conforme perícia “o serviço de limpeza efetuado pela Autuada é basicamente o mesmo praticado por qualquer cozinha industrial, o que muda são os tipos e denominações dos utensílios”. Ressalta que a impugnante não limpa o local onde são servidas as refeições, nem tão pouco as demais dependências das aeronaves, como por exemplo a “galley”, denominação dada a cozinha do avião. Este item da Lista de Serviços refere-se basicamente as prestadoras de serviços de detetização e congêneres e não simples limpezas de materiais utilizados no fornecimento de alimentação, que, aliás, é indispensável ao desempenho da atividade da impugnante.

Relativamente ao item 56 da Lista de serviços, **Armazenamento, depósito, carga, descarga, arrumação e guarda de bens de qualquer espécie** “a Impugnante disponibiliza um serviço de estocagem dos materiais, por empresa aérea, que visa o controle de estoque decorrente do retorno do material que sobrou do vôo, o que vai ser devolvido/retirado do almoxarifado e a separação do material por companhia aérea. Ainda, segundo a perita, o estoque dos materiais no prédio onde funciona a cozinha industrial é inerente ao fornecimento de alimentação, sem este estoque não se conseguiria fornecer a alimentação, inclusive esse não é o almoxarifado principal de cada Companhia, são salas de pequenas dimensões.

Também pode ser denominado armazenamento de kits de alimentação e bebidas, o tempo que os “trolleys” (carrinhos com rodas que possuem vários escaninhos para receber as bandejas. Os pratos e as bandejas não descartáveis e os talheres de inox pertencem às Cias Aéreas), já abastecidos com as refeições, permanecem na câmara fria aguardando chegar o vôo. Portanto são partes da atividade da Impugnante que não se enquadram no item 56 da Lista de Serviço. O fato de ser denominado serviço, descrevendo-o de forma global ou detalhada, e por sua vez especificando-o em nota fiscal distinta da emitida para fins de fornecimento de alimentação, não descaracteriza a natureza de operação tributada pelo ICMS, pois não desvincula tais serviços do correspondente fornecimento de alimentação e bebidas.

O item 82 da lista de serviços **-Tinturaria e lavanderia-** não será objeto de análise, uma vez que não faz parte do objeto dos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os serviços prestados pela Impugnante, também, não se enquadram no item 87 da Lista de Serviços -**Serviços portuários e aeroportuários, utilização de porto ou aeroporto; atracação, capatazia, armazenagem interna, externa e especial; suprimento de água, serviços acessórios; movimentação de mercadoria fora do cais-**. Estes serviços são desenvolvidos no local pela empresa SATA (Serviços Auxiliares de Transporte Aéreo S/A), sendo tais serviços estranhos ao fornecimento de alimentação, e há empresa os desenvolve no âmbito daquele aeroporto.

Buscando a verdade material, pertinente se faz analisar outras peças dos autos, dentre elas as declarações prestadas pelas empresas aéreas, com a síntese da atividade da contratada, verifica-se ser a prestação de serviço inerente ao fornecimento de refeições/lanches, não guardando controvérsias com o laudo pericial. Ficando o parecer do Assistente técnico da Impugnante restrito a mencionar os serviços desenvolvidos, não trazendo informação sobre a vinculação dos aludidos serviços com a atividade de fornecimento de refeições coletivas (alimentação industrial).

Quanto ao Acórdão nº 1.022/90/CS, em que parte da decisão foi favorável a autuada, alicerçou-se esta na ausência de prova pericial esclarecedora da operacionalização da empresa, não permitindo a convicção a respeito das reais atividades exercidas, fato que levou o julgador a cancelar as exigências com base no artigo 112, inciso II do CTN. Carência não contida nos presentes autos, uma vez que o processo ora em análise é instruído com um minucioso Laudo Pericial, com elementos elucidativos da questão em litígio.

Quanto ao entendimento da Impugnante de que seu procedimento encontra abrigo no inciso XXVIII, art. 71 do Decreto nº 34.040 de 09/10/92, enquadrando-se no conceito de bar, restaurante e estabelecimento similar, fazendo jus a redução da base de cálculo, e com o advento do Decreto nº 35.020 de 29/10/93 que introduziu a alínea “b” no mesmo disposto legal, estendeu-se o benefício às empresas preparadoras de refeição coletivas, contra argumenta-se verificando que está caracterizado e provado, nos autos, sua condição de empresa preparadora de refeições coletivas (alimentação industrial), pois as atividades desenvolvidas pela impugnante objetivam a preparação de refeições coletivas destinadas a serem servidas nas aeronaves, fora do local de seu estabelecimento. Nesta condição, equivocado está seu entendimento, pois na qualidade de fornecedora de alimentação coletiva fora do local do seu estabelecimento, até 29/10/93 não tinha direito a gozar do benefício fiscal da redução da base de cálculo, e a partir desta data, com a alteração na legislação do mesmo disposto legal, poder-se-ia usufruir do benefício da redução, desde que celebrado Termo de Acordo com a SEF/MG. *In verbis*:

Art. 71 - Nos casos abaixo especificados, a base de cálculo do imposto é:

XXVIII - no fornecimento de refeição, excluídas as bebidas, promovido por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, exceto as empresas preparadoras de refeições coletivas (alimentação industrial), reduzida de 30% (trinta por cento)- (gn) - Efeitos de 10/10 a 16/11/92- acrescido pelo artigo 2º do Decreto 34.040 de 09/10/92.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

XXVIII - no fornecimento de refeição, excluídas as bebidas, promovido por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, exceto as empresas preparadoras de refeições coletivas (alimentação industrial), reduzida de 30% (trinta por cento) - (gn) - Efeitos de 17/11/92 a 29/10/93- Redação dada pelo artigo 1º do Decreto 34.171 de 16/11/92.

XXVIII - no fornecimento de alimentação, excluídas as bebidas, reduzida a 53,33% (cinquenta e três inteiros e trinta e três centésimos de por cento), quando promovido por:

b - empresas preparadoras de refeições coletivas a (alimentação industrial), desde que seja celebrado Termo de Acordo com a Secretaria de Estado da Fazenda, observado, no que couber, o disposto no artigo 56;" (gn)- Efeitos a partir de 30/10/93- Redação dada pelo artigo 1º do Decreto 35.020 de 29/10/93.

Sobre a Decisão judicial trazida a colação, reproduzimos o parecer da Auditoria Fiscal, pois "à decisão judicial trazida à colação, registre-se apenas que em razão dos limites subjetivos da coisa julgada, as sentenças surtem efeitos exclusivamente *inter partes*, *ex vi* do artigo 472 do CPC, sendo que, a teor do estatuído no inciso I, artigo 88 da CLTA/MG, é defeso a esta Casa negar aplicação aos dispositivos legais que alicerçam o feito. Acrescenta-se que a Impugnante não firmou "Termo de Acordo" a que se refere a alínea "b", inciso XXVIII do artigo 71 do RICMS/91 acima transcrito, não fazendo *jus* à respectiva redução da base de cálculo.

Quanto ao valor atribuído a prestação de transporte de jornais e revista, conforme laudo pericial, "este item apresenta um valor irrisório, pouco significativo em relação ao montante, ele nem consta dos Contratos de Fornecimento de Mercadorias e Prestação de Serviços" firmados com a Impugnante. Afirma ainda que o serviço de transporte de jornais e revistas não tem relação com a atividade preponderante, provavelmente, nem inclui-se na composição de custos do "Handling". Pela ausência de informações esclarecedoras por parte da Defendente, para a adoção de critérios mais precisas, acatou-se a sugestão do Fisco.

Reputa-se correta a cobrança da diferença do imposto ICMS, e aplicação da multa de revalidação -MR, visto que houve desrespeito ao dever de pagar o tributo no prazo legal, descrita no inciso II, artigo 56 da Lei 6763/75, 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, penalidade corretamente capitulada nos autos.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir do crédito tributário 1,4% (hum inteiro e quarenta centésimos de percentual) do montante referente as Notas Fiscais de fls. 250/293, acatando-se também a reformulação procedida pelo Fisco às fls. 240/243. Pela Impugnante sustentou oralmente o Dr. José Luiz de Gouvêia Rios e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Osvaldo Nunes França. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Vander Francisco da Costa, Revisor, e Cláudia Campos Lopes Lara.

Sala das Sessões, 01/03/01.

**Windson Luiz da Silva
Presidente**

**Maria de Lourdes Pereira de Almeida
Relatora**

L

CC/MIG