



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 021.811.2016-1

Acórdão nº 176/2016

Recurso/VOL/CRF-137/2016

Recorrente: CINÉPOLES OPERADORA DE CINEMAS DO BRASIL LTDA.

Recorrida: SECRETARIA EXECUTIVA DE ESTADO DA RECEITA.

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.

Relator: CONSº. PETRONIO RODRIGUES LIMA.

CONSULTA FISCAL. LANCHONETES. ATIVIDADES SECUNDÁRIAS EM CINEMA. REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO OU OPÇÃO POR REGIME DIFERENCIADO DE TRIBUTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADES NÃO PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO VIGENTE PARA FRUIÇÃO DOS BENEFÍCIOS. ESCLARECIMENTOS PRESTADOS. MANTIDA A DECISÃO A QUO. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

A legislação estadual vigente que prevê os benefícios fiscais de redução de base de cálculo, ou de regime especial de tributação, para bares, restaurantes e similares, bem como para saídas de refeições coletivas promovidas por empresas preparadoras de alimentos, não alcança as atividades secundárias exercidas pela Consulente, cadastradas como lanchonetes, casa de chá, sucos e similares, pois, estas se referem a atividades econômico-fiscais distintas daquelas, segundo a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE).

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

Relatório

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do **RECURSO VOLUNTÁRIO**, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, para manter o entendimento emitido pela Secretaria Executiva de Estado da Receita, no **Parecer nº 2016.01.05.00022**, de 29 de fevereiro de 2016, objeto do Processo nº 0218112016-1, exarado em decorrência da Consulta formalizada pelas empresas **CINÉPOLES OPERADORA DE CINEMAS DO BRASIL LTDA.**, inscritas no CCICMS sob os nºs **16.242.310-1 e 16.258.192-0**.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 10 de junho de 2016.

Petrônio Rodrigues Lima
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, protocolado como “Pedido de Reconsideração de Parecer”, por meio do Processo nº 0537702016-2, em apenso, interposto pelas empresas CINÉPOLIS OPERADORA DE CINEMAS DO BRASIL, CCICMS nºs 16.242.310-1 e 16.258.192-0, nos autos qualificadas, nos moldes do art. 77 da Lei Estadual nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, em decorrência da resposta exarada pela Gerência Executiva de Tributação (fls. 148 a 151) a propósito da consulta que foi formalizada com objetivo de esclarecer se suas atividades secundárias de lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares, prestadas em seus estabelecimentos cinematográficos, estão sujeitas à incidência do ICMS, se poderão usufruir do benefício da redução de base de cálculo prevista no art. 34, IV, do RICMS/PB, e se poderiam ser optantes pelo regime diferenciado de tributação nos termos do art. 1º, do Decreto nº 33.657/2012, conforme questões por ela formuladas às fl. 11, dos autos.

As consulentes ingressaram com o presente Processo de Consulta à Secretaria de Estado da Receita, em que afirma, em suma, que desenvolve atividade de exibição cinematográfica e de fornecimento de refeições e bebidas no interior de seus estabelecimentos comerciais, e que tem procedido à apuração do ICMS sobre esta última com base no Regime Periódico de Apuração, nos termos do art. 52 e seguintes do RICMS/PB, aplicando a alíquota interna sobre a base de cálculo equivalente ao valor total da operação.

Descrevendo a forma de comercialização de seus produtos, alegam que considerando as atividades de restaurante e lanchonete, por eles desenvolvidas, estas se enquadrariam nos requisitos para fruição da redução de base de cálculo nos termos do art. 34, IV, do RICMS/PB, ou a opção pelo regime especial de tributação previsto no Decreto nº 33.657/2012, em que o ICMS é apurado

mediante a aplicação de 2,4% sobre o fornecimento de refeições, sem o aproveitamento do crédito.

Traz à baila decisões sobre Consultas formuladas para o Estado de São Paulo, que corroboram com seu entendimento, no sentido que devem ser aplicados os benefícios fiscais acima citados.

Por fim, asseveram as Consulentes que não foram intimadas a cumprir obrigação relacionada ao objeto da consulta, não se encontram sob procedimento de fiscalização, não são partes de ação judicial em relação à matéria consultada, e que esta não versa acerca de decisão anterior proferida em processo em que tenham sido parte.

Anexa aos autos cópias do seu contrato social e de fotos relacionadas ao fornecimento de alimentação, às fls. 15 a 141.

Em resposta a Consulta, foi proferido o Parecer nº 2016.01.05.00022, pela Gerência Executiva de Tributação (fls. 148 a 151), acordado pelo Secretário Executivo da Receita, que respondendo aos seus questionamentos, conclui que a atividade de fornecimento de alimentação referenciada pela consulente é objeto de incidência do ICMS, nos termos do art. 2º, I, do RICMS/PB, porém sem os benefícios fiscais previstos no art. 34, IV, do RICMS/PB, ou, ao que se refere o art. 1º, do Decreto nº 33.657/2012, haja vista que a requerente não exerceria atividade econômica classificada como fornecimento de refeição promovido por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, ou em preparação de refeições coletivas.

No citado Parecer se encontra demonstrado que as atividades econômicas exigidas como requisito para fruição de tais benefícios estão classificadas nos códigos CNAE 5611-26/01 e 5611-26/02, e que a atividade secundária do contribuinte cadastrada junto ao Cadastro de Contribuintes do ICMS da Paraíba se encontra como “Lanchonetes, casa de chá, de sucos e similares”, código CNAE 5611-26/03.

Devidamente notificada a autuada da decisão proferida pela Secretaria Executiva da Receita (fl. 152), por meio do Aviso de Recebimento Postal nº JO 23788559 7 BR (fl. 195), recepcionado em 28/03/2016, a Consulente ingressou com peça recursal tempestivamente em 26/04/2016, que, em síntese, alega que as normas que fundamentam seu pleito não fazem referência a específicos códigos de atividade (CNAEs), e que a atividade de lanchonete é similar à atividade de bar e restaurante.

Que a decisão recorrida fundamenta sua negativa no fato de a lanchonete não dispor do “serviço completo” ou “serviço de mesa” existente em bares e restaurantes, sendo tal entendimento desprovido de legalidade. Que não haveria distinção entre regime de tributação, pois as regras legais aplicáveis seriam as mesmas para bares, restaurantes e estabelecimentos similares, já que lanchonete estaria incluída nesta última.

Que ao responder o Quesito 1 formulado, a Gerência Executiva de Tributação invocou o art. 2º, I, do RICMS/PB, que emprega a expressão “bares, restaurantes e estabelecimentos similares”, e questiona o porquê as lanchonetes não poderiam ser consideradas similares para fins de aplicação do benefício fiscal estabelecidos no art. 34, do RICMS/, e no art. 1º, do Dec. 33.657/12.

Que não haveria nos artigos citados qualquer menção a “serviço completo ou de mesa” como requisito para fruição do benefício, tendo havido equívoco na decisão recorrida, pois as justificativas trazidas no Parecer combatido não seriam suficientes para declarar a inaplicabilidade dos benefícios fiscais de redução de base de cálculo e crédito presumido concedidos aos contribuintes que exercem a atividade de alimentação em lanchonetes.

Que as atividades econômicas pertencem a uma mesma classe, de acordo com a Classificação

Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), diferenciando-se apenas nas suas subclasses. Complementando, argumenta que se deve entender como estabelecimentos similares aqueles que exercem atividade de mesma natureza, não interessando a estrutura ou o modelo operacional (bar, restaurante, lanchonete, *fast food*, etc).

Traz à baila decisões favoráveis à Consulente sobre consultas realizadas a outras unidades da federação, sobre o mesmo objeto (fls. 169 a 173 e 175 a 191).

Ao final, requer a reforma da decisão recorrida, para que sejam novamente apreciadas as consultas por ela formulada, reconhecendo a aplicação das normas previstas no art. 34, IV, do RICMS/PB e a possibilidade da opção pelo regime diferenciado de tributação, previsto pelo art. 1º, do Dec. nº 33.657/2012.

Eis o Relatório.

VOTO

Trata-se de recurso voluntário interposto pelas empresas CINÉPOLES OPERADORA DE CINEMAS DO BRASIL LTDA., qualificadas nos autos, contra decisão do Secretário Executivo de Estado da Receita, que lhe foi desfavorável em relação ao Processo de Consulta formulado, cujo objeto é a fruição do benefício fiscal concedido aos contribuintes que têm como atividade o fornecimento de refeição (bares, restaurantes e estabelecimentos similares), nos termos do art. 34, IV, do RICMS/PB, ou do art. 1º, do Decreto nº 33.657/2012, em relação à sua atividade secundária de Lanchonetes, Casas de Chá, de Sucos e Similares.

Requer na peça recursal que sejam novamente apreciadas as questões formuladas inicialmente na Consulta (fls. 11), em relação a sua atividade secundária, que abaixo transcrevo:

1- a atividade de fornecimento de alimentação desenvolvida pelas Consulentes paralelamente à prestação de serviços de exibição cinematográfica está sujeita à incidência do ICMS?

2- sendo positiva a resposta à questão do item 1, aplica-se à atividade de fornecimento de alimentação desenvolvida pelas Consulentes a redução de base de cálculo em 30% (trinta por cento) prevista no inciso IV do artigo 34 do Regulamento do ICMS?

3- considerando que a atividade das Consulentes, de acordo com os documentos que instruem esta Consulta, é a de restaurantes, lanchonetes, bares e similares, poderão elas optarem pelo regime diferenciado de tributação instituído pelo artigo 1º do Decreto 33.657/2012 acaso preenchidos todos os requisitos no ato normativo?

Inicialmente, mister se faz ressaltar que embora a peça recursal tenha sido protocolada como Pedido de Reconsideração, que não caberia tal pedido a este Conselho de Recursos Fiscais, porém em seu texto consta como Recurso Administrativo, e estando presentes os requisitos intrínsecos e

extrínsecos de Recurso Voluntário, recebo-a por este instrumento, aplicando o Princípio da Fungibilidade Processual.

Destaco ainda que a Consulta formulada atende aos requisitos estabelecidos no art. 127, da Lei nº 10.094/13 (PAT), e não vislumbro casos de rejeição previstos no art. 128, do mesmo instrumento normativo.

Em relação ao primeiro questionamento, não há o que se vergastar, já que há concordância das Recursantes quanto à incidência do ICMS em relação as suas atividades secundárias, pois, independentemente de se tratar de lanchonete ou restaurante, que adiante analiso, trata-se de operações de circulação de mercadorias, que por si só já deflagra a hipótese de incidência do imposto. Vejamos:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

Quanto ao segundo e terceiro questionamento, vejamos o que contempla a legislação tributária quanto aos benefícios fiscais almejados:

RICMS/PB

Art. 34. A base de cálculo do imposto será reduzida:

(...)

IV - até 30 de abril de 2000, 30% (trinta por cento), no fornecimento de refeição promovido por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, assim como na saída promovida por empresas preparadoras de refeições coletivas, excetuando, em quaisquer das hipóteses, o fornecimento ou a saída de bebidas (Convênios ICMS 09/93, 67/97, 121/97, 23/98 e 05/99).

[Prorrogado até 30.04.17 o prazo do inciso IV do art. 34 pelo inciso III do art. 1º do Decreto nº 36.344/15 - DOE de 10.11.15 (Convênio ICMS 107/15).]

Decreto nº 33.657/2012

Art. 1º Até 31 de dezembro de 2014, fica reduzida a base de cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS de forma que a carga tributária seja equivalente a 2,4% (dois inteiros e quatro décimos por cento) sobre o valor do fornecimento de refeições efetuadas por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, bem como, na saída promovida por empresas preparadoras de refeições coletivas, excetuando, em qualquer das hipóteses, o fornecimento ou a saída de bebidas (Convênio ICMS 91/12).

Parágrafo único. Na fruição do benefício de que trata o “caput” é vedado o aproveitamento de qualquer crédito fiscal, assim também a apropriação de outros créditos provenientes de suas operações de aquisição, inclusive do ativo imobilizado, energia elétrica ou do material para uso ou consumo, bem como a acumulação com qualquer outro benefício fiscal previsto na legislação.

Pois bem, da exegese das normas supracitadas, infere-se que os benefícios ali estipulados devem ser concedidos aos contribuintes que tenham como atividade fornecimento de refeições, enquadrados como bares, restaurantes e estabelecimentos similares, bem como empresas preparadoras de refeições coletivas.

Com efeito, oportunamente abordado no Parecer combatido, as atividades econômicas desenvolvidas pelos estabelecimentos são classificados de acordo com a Classificação Nacional de Atividades Econômicas-Fiscal (CNAE)[\[1\]](#).

Os benefícios fiscais estabelecidos em conformidade com os textos normativos supracitados, bem como as atividades secundárias das Consulentes, estão classificados no Grupo 561, na classe 5611-2, como “restaurantes e outros estabelecimentos de serviços de alimentação e bebidas”. Contudo, em subclasses distintas. Vejamos a tabela abaixo, extraída da Comissão Nacional de Classificação (CONCLA):

Seção:	I	ALOJAMENT ALIMENTAÇ
Divisão:	56	ALIMENTAÇ
Grupo:	561	RESTAURAN OUTROS S ALIMENTAÇ
Classe:	5611-2	RESTAURAN OUTROS ESTABELECO SERVIÇOS D ALIMENTAÇ
5611-2/01	RESTAURANTES E SIMILARES	
5611-2/02	BARES E OUTROS ESTABELECIMENTOS ESPECIALIZADOS EM SERVIR BEBIDAS	
5611-2/03	LANCHONETES, CASAS DE CHÁ, DE SU SIMILARES	

Portanto, observa-se que o legislador excluiu dos aludidos benefícios, as atividades de subclasses

5611-2/03, como a desenvolvida de forma secundária pela Consulente. As atividades similares a que as recorrentes se socorrem teriam que estar alocadas na subclasse 5611-2/01, que compreendem[2]:

- as atividades de vender e servir comida preparada, com ou sem bebidas alcoólicas ao público em geral, com serviço completo;
- os restaurantes self-service ou de comida a quilo;
- as atividades de restaurante e bares em embarcações explorados por terceiros.

Como prova de que as similaridades indicadas na subclasse 5611-2/01, devem estar contidas na própria subclasse, o CONCLA lista um rol de 15 seguimentos envolvendo alimentação[3] dentro da atividade de “Restaurantes e Similares”, que abaixo transcrevo:

Código	Descrição CNAE
5611-2/01	A KILO; ALIMENTAÇÃO, COMIDA, REFEIÇÃO
5611-2/01	A PESO; ALIMENTAÇÃO, COMIDA, REFEIÇÃO
5611-2/01	A QUILO; SERVIÇO DE ALIMENTAÇÃO
5611-2/01	ALIMENTAÇÃO COM SERVIÇO COMPLETO
5611-2/01	CHURRASCARIA; SERVIÇO DE ALIMENTAÇÃO
5611-2/01	EXPLORAÇÃO DE VAGÕES-RESTAURANTE
5611-2/01	TERCEIROS; SERVIÇO DE ALIMENTAÇÃO
5611-2/01	GELATERIA; SERVIÇO DE ALIMENTAÇÃO
5611-2/01	PENSÃO ALIMENTÍCIA
5611-2/01	PENSÃO; SERVIÇO DE ALIMENTAÇÃO
5611-2/01	PIZZARIA COM SERVIÇO COMPLETO; SERVIÇO
5611-2/01	ALIMENTAÇÃO
5611-2/01	RESTAURANTE COM SERVIÇO COMPLETO

Código	Descrição CNAE
5611-2/01	RESTAURANTES E SIMILARES
5611-2/01	ROTISSERIA; SERVIÇO DE ALIMENTAÇÃO
5611-2/01	SELF-SERVICE; SERVIÇO DE ALIMENTAÇÃO
5611-2/01	TRATTORIA; SERVIÇO DE ALIMENTAÇÃO

As atividades exercidas pelas Recorrentes, subclasse 5611-2/03 (LANCHONETES, CASAS DE CHÁ, DE SUCOS E SIMILARES), compreendem[\[4\]](#):

- o serviço de alimentação para consumo no local, com venda ou não de bebidas, em estabelecimentos que não oferecem serviço completo, tais como:
- lanchonetes, fast-food, pastelarias, casas de chá, casas de suco e similares
- sorveterias, com consumo no local, de fabricação própria ou não.

Da mesma forma que na exposição acima, o CONCLA também lista um rol de 14 segmentos alimentícios, que estão vinculados a atividade secundária das consulentes, não se confundindo com outras subclasses, que abaixo reproduzo:

Código	Descrição CNAE
5611-2/03	ALIMENTAÇÃO SEM SERVIÇO COMPLETO DE
5611-2/03	BAR SEM SERVIÇO COMPLETO
5611-2/03	BIROSCA; SERVIÇO DE ALIMENTAÇÃO
5611-2/03	CAFETERIA; SERVIÇOS DE
5611-2/03	CALDO DE CANA; SERVIÇO DE ALIMENTAÇÃO
5611-2/03	CASA DE DOCES E SALGADOS; SERVIÇO DE ALIMENTAÇÃO

Código	Descrição CNAE
5611-2/03	CASA DE SUCO; SERVIÇO DE ALIMENTAÇÃO
5611-2/03	CASAS DE CHÁ
5611-2/03	FAST-FOOD; SERVIÇO DE ALIMENTAÇÃO
5611-2/03	LANCHERIA; SERVIÇO DE ALIMENTAÇÃO
5611-2/03	LANCHONETE; SERVIÇO DE ALIMENTAÇÃO
5611-2/03	PASTELARIA; SERVIÇO DE ALIMENTAÇÃO
5611-2/03	PIZZARIA (TIPO FAST- FOOD); SERVIÇO DE ALIMENTAÇÃO
5611-2/03	SORVETERIA; SERVIÇO DE ALIMENTAÇÃO

Portanto, no meu entender, não há como a atividade de uma subclasse ser considerada absorvida por outra subclasse para fins de fruição de benefícios fiscais, em detrimento da interpretação de alguns Estados, que possuem legislação própria, como nos exemplos de Consultas trazidas anexas na peça recursal.

Assim, diante de tais considerações, as atividades secundárias das Consulentes (Lanchonetes, Casas de Chá, de Sucos e Similares) não preenchem os requisitos previstos nos art. 34, IV, do RICMS/PB, ou do art. 1º, do Decreto nº 33.657/2012, não podendo ser contempladas com os benefícios fiscais neles previstos, respondendo, assim, as questões 2 e 3 de sua consulta, corroborando com o Parecer recorrido nº 2016.01.05.00022.

Isto posto,

VOTO pelo recebimento do **RECURSO VOLUNTÁRIO**, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, para manter o entendimento emitido pela Secretaria Executiva de Estado da Receita, no **Parecer nº 2016.01.05.00022**, de 29 de fevereiro de 2016, objeto do Processo nº 0218112016-1, exarado em decorrência da Consulta formalizada pelas empresas **CINÉPOLES OPERADORA DE CINEMAS DO BRASIL LTDA.**, inscritas no CCICMS sob os nºs

16.242.310-1 e 16.258.192-0.

[1] RICMS/PB

Art. 48. Os estabelecimentos adotarão os códigos de atividades econômicas que compõem a Classificação Nacional de Atividades Econômicas-Fiscal - CNAE – Fiscal, disponível no “site” <http://www.cnae.ibge.gov.br>, aprovada por resolução do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE e da Comissão Nacional de Classificação – CONCLA, e enquadrar-se-ão em uma das seguintes classes, na sua atividade principal, e uma ou mais, na sua atividade secundária (Ajuste SINIEF 02/99):

(...)

[2] Disponível no site do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística .
<http://concla.ibge.gov.br/busca-online-cnae.html?view=classe&tipo=cnae&versao=9&classe=56112>

[3] IDEM

[4] IDEM

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 10 de junho de 2016.

PETRÔNIO RODRIGUES LIMA

Conselheiro Relator