

PROCESSO - A. I. N º297745.0066/04-1
RECORRENTE - SALCO COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0433-01/04
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 17/03/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0059-11/05

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, em conformidade com o art. 117, do RPAF/99. Recurso PREJUDICADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte em face da Decisão da 1ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em tela para exigir ICMS no valor de R\$2.624,32, por não ter recolhido o imposto referente à antecipação parcial, na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

Sustenta a Decisão 1ª JJF, ora recorrida que:

- a impugnação do contribuinte pode ser resumida na alegação de que não adquiriu as mercadorias para comercialização, pois, por estar cadastrado como restaurante, não revende as mesmas mercadorias, utilizando-as na preparação dos produtos que vende, devendo ter tratamento semelhante ao concedido às indústrias situadas neste Estado, ou seja, não ser obrigado ao pagamento do imposto referente à antecipação parcial.
- a questão central reside na atividade do contribuinte constituir ou não uma industrialização, já que o regime de antecipação parcial tem sua incidência limitada às aquisições interestaduais para fins de comercialização, conforme dispõe o art. 12-A da Lei nº 7.014/97, incluído pela Lei nº 8.967/03;
- o contribuinte alega que a Secretaria de Fazenda, no Parecer nº 4898/2004, concluiu pela desobrigação do pagamento da antecipação parcial pelas filiadas da consulfente, Sindicato das Empresas de Refeições Coletivas do Estado da Bahia, por não comercializarem o que compram, produzindo algo novo, o alimento preparado, o qual é comercializado e possui características diversas dos insumos empregados. Contudo, o referido Parecer se baseou no fato das filiadas da consulfente não efetuarem venda a consumidor final, mas o preparo de alimentos em cumprimento a obrigação contratual, conforme se depreende do seu texto transscrito às fls. 51 e 52;
- a atividade efetuada pelas filiadas da consulfente difere da atividade do recorrente, por não efetuarem venda a consumidor final, mas o preparo de alimentos em cumprimento a uma obrigação contratual, não caracterizando a destinação comercial. Entende que a atividade do recorrente não se constitui em uma industrialização e, para embasar tal entendimento, transcreve à fl. 52 o art. 5º do Regulamento do IPI, Decreto nº 2.637/98;

- não se incluindo a atividade do recorrente no conceito de industrialização, não pode receber o mesmo tratamento de uma indústria. Desta maneira, estando o contribuinte descredenciado, o momento para pagamento da antecipação tributária referente às suas aquisições interestaduais é a entrada no território baiano, conforme o disposto no art. 125, II, “b” e “f” e §§7º e 8º, do RICMS/97.
- apesar do valor cobrado não ter sido objeto da impugnação, verifica que o autuante incluiu no cálculo a MVA de 15% para todos os produtos, sendo que a antecipação parcial não prevê a aplicação de MVA, e alguns produtos estão na substituição tributária com encerramento da fase de tributação possuindo diferentes MVA’s: carne mcmax, quarteirão e regular (MVA de 16%), carne value chicken, mcchicken, mcnuggets e filé de peito empanado (MVA de 17%), sucos de laranja, limão, maracujá e uva (MVA de 30%) e pães big mac, delifrench, integral, mcmax, quarterão e regular (MVA de 20%);
- entende que a infração está caracterizada, de acordo com o demonstrativo de fl. 53.

Conclui pela Procedência em Parte do Auto de Infração.

Insatisfeito com a referida Decisão o recorrente interpôs Recurso Voluntário, no qual reitera os termos da defesa, quais sejam:

- a fiscalização não pode enquadrar sua atividade como de comercialização, pois as mercadorias adquiridas se prestam para o preparo de outro produto, alimento que será vendido após ser transformado, ao consumidor final;
- não nega ser contribuinte do ICMS, mas insiste que não comercializa as mercadorias em outras unidades da Federação;
- faz alusão ao Parecer GECOT, dado em resposta à consulta formulada pelo Sindicato das Empresas de Refeições Coletivas do Estado da Bahia, que considera suas filiadas fora do regime da antecipação parcial do ICMS.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, entendeu Prejudicado o Recurso Voluntário interposto, ante o deslocamento da discussão da lide para o Poder Judiciário.

Em razão disso, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Após análise dos autos verifico que a matéria discutida no presente Processo Administrativo Fiscal é objeto de mandado de segurança (Processo nº 5020597/2004), em trâmite na 9ª Vara da Fazenda Pública desta cidade. Neste, o recorrente obteve medida liminar no sentido de que este não sofra a exigência do pagamento da antecipação parcial do ICMS referente às operações interestaduais promovidas, possibilitando, por conseguinte, o pagamento normal do imposto, como ocorria antes da edição da Lei nº 8.976/2003.

Prescreve o art. 126, do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB que *“escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou Recurso Voluntário, importando tal escolha à desistência da defesa ou do Recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à Procuradoria da Fazenda Estadual para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.”*

O art. 125, II do mesmo diploma legal, com redação dada pela Lei nº 7.438, de 18/01/99, preconiza que não se inclui na competência dos órgãos julgadores, a questão sob apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

Diante disso, a instância administrativa estaria esgotada, e este deveria ter sido o entendimento da Primeira Instância, declinando pelo arquivamento do processo administrativo, pois a manifestação do sujeito passivo em recorrer ao Poder Judiciário, obsta a apreciação do mérito no âmbito do contencioso administrativo.

Assim, fica prejudicado o exame na esfera administrativa por que tal hipótese, conforme restou exaustivamente demonstrado acima, configura renúncia do poder de recorrer ou a desistência de impugnação ao Recurso Voluntário acaso interposto.

Neste contexto, julgo PREJUDICADO o presente Recurso Voluntário e, por conseguinte, EXTINTO o processo na via administrativa, devendo ser os autos encaminhados à PGE/PROFIS, para saneamento e demais providências, após a lavratura do termo de encerramento do PAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PREJUDICADO** o presente Recurso Voluntário e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº **297745.0066/04-1**, lavrado contra **SALCO COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A.**, devendo o mesmo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 1 de março de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÉDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS