

**PROCESSO** - A. I. Nº 207093.0012/03-0  
**RECORRENTE** - F. GARCIA REPRESENTAÇÕES E COMÉRCIO LTDA.  
**RECORRIDO** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF 0232-02/03  
**ORIGEM** - INFAZ BONOCÔ  
**INTERNET** - 23.09.03

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0063-12/03

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. FARINHA DE TRIGO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Obrigatoriedade do recolhimento do imposto no desembaraço da mercadoria. Não foram apontados pelo autuado os equívocos que alegou existir na apuração do débito. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. Liminar em Mandado de Segurança concedida no que concerne apenas à alteração do momento de ocorrência do fato gerador. Infração caracterizada. Não apresentada nos autos prova do pagamento do tributo, ainda que em etapa subsequente ao desembaraço aduaneiro das mercadorias. Está correta a Decisão Recorrida. Fica, contudo, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até decisão final da lide no âmbito do Poder Judiciário. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O contribuinte, irressignado com a decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, interpõe Recurso Voluntário apresentando as razões abaixo elencadas.

Sustenta não merecer prosperar o item 1 do Auto de Infração, que apurou a quantia de R\$138.938,61, visto ser esta resultante de equívoco de escrituração da documentação fiscal que serviu de base para que o agente fazendário efetuasse o levantamento do imposto. O item 1 refere-se a falta de recolhimento do ICMS devido pelas importações de farinha de trigo, conforme consta das Declarações de Importações (DI), anexadas pelo autuante ao processo administrativo fiscal. Alega o recorrente que houve erro formal do profissional contábil responsável pela escrituração, que processou os lançamentos sem considerar as regras atinentes ao Regime Especial, previsto no art. 3º do Decreto Estadual nº 7.909/2001. Esclarece que toda a escrituração da empresa foi retificada e afirma que o fiscal autuante se baseou em dados que não estão de acordo com a realidade.

Quanto ao item 2, que se refere à imputação de falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, atinente às importações de farinha de trigo – Declarações de Importação, anexas – e que reclama a quantia de R\$166.747,86, declara que o julgamento da 1ª instância há de ser modificado, já que o contribuinte recorrente estava desobrigado de pagar o ICMS, por antecipação, em razão de liminar e sentença de mérito concedida em Mandado de Segurança. Aduz que a infração 2 constitui-se em desdobramento da infração 1 e sua imposição

implicaria em bitributação, uma vez que o recorrente, ao efetuar o recolhimento do ICMS dentro do Regime Especial, estaria legalmente desobrigado de pagar o tributo antecipadamente no ato do desembaraço aduaneiro. Declara que no Mandado de Segurança fora impetrado contra ato do Diretor da DITRI da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, e que fora concedida a liminar e posteriormente a segurança pretendida para que a empresa recorrente fosse enquadrada no Regime Especial de recolhimento do ICMS nas operações com farinha de trigo, desde o momento em que formulara o pedido de enquadramento no citado Regime, sob a égide do art. 3º do Decreto Estadual nº 7.909/2001.

De todo o exposto, conclui o recorrente não ter cometido infração à legislação tributária, pois a sua conduta se pautou nos termos do que foi assegurado por decisão judicial que lhe assegurou o recolhimento do ICMS por antecipação no décimo dia após a primeira quinzena subsequente à entrada da mercadoria estrangeira e não no momento do desembaraço aduaneiro. Requer, por fim, que o Recurso Voluntário seja Acolhido e o Auto de Infração seja declarado totalmente improcedente.

A Decisão guerreada pelo contribuinte apresentou os seguintes fundamentos a seguir reproduzidos, na íntegra, no que atine ao voto do julgador de 1ª instância, para melhor análise do colegiado da Câmara de Julgamento Fiscal:

*“Na análise das peças processuais, constata-se que o cálculo do ICMS devido nas importações de farinha de trigo de que cuida a infração 01, está devidamente demonstrado na “Auditoria Fiscal sobre Importações” constante à fl. 08, com a indicação do número de cada DI e as respectivas notas fiscais, cuja base de cálculo foi corretamente determinada levando em conta o valor CIF da mercadoria mais as despesas aduaneiras e alíquota prevista para as operações internas, na forma prevista no artigo 58, inciso I, combinado com o artigo 50, inciso I, do RICMS/97.*

*No compulsar dos documentos que serviram de base à autuação constantes às fls. 12 a 119, verifiquei que todos os valores consignados na Auditoria Fiscal sobre Importações à fl. 08 correspondem exatamente com os valores dos citados documentos.*

*O patrono do autuado não discute sua obrigação em efetuar o pagamento do ICMS, no entanto, se insurgiu quanto ao cálculo da exigência fiscal sob alegação de que a documentação utilizada pelo autuante para apuração do débito havia sido escriturada pelo estabelecimento com alguns equívocos, e que a mesma foi retificada.*

*De acordo com o § 5º, Art. 123 do RPAF/BA, a prova documental será apresentada na impugnação, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação por motivo de força maior, ou se refira a fato ou a direito superveniente; ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.*

*Neste processo, o autuado alegou ter anexado demonstrativo elaborado por profissional habilitado, mas não o fez; argüiu a existência de erros na documentação utilizada, mas não apontou quais erros foram cometidos pelo autuante em seu trabalho fiscal; acostou os mesmos documentos que já se encontravam no processo; e, o que é mais importante, não trouxe aos autos os comprovantes dos recolhimentos que entende como devidos. Desta*

*forma, rejeito o pedido de diligência por fiscal estranho ao feito, com fulcro no artigo 147, inciso I, alínea “b, do RPAF/99, e considero procedente este item da autuação.*

*Quanto a infração 02, relativa a falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de farinha de trigo proveniente de outra unidade da Federação, o argumento defensivo é de que o estabelecimento se encontra desobrigado da referida obrigação tributária, em razão de liminar e sentença de mérito concedida em Mandado de Segurança nº 8481071/01 constante às fls. 46 a 47.*

*Analizando o conteúdo da referida liminar, verifica-se que não assiste razão ao patrono do autuado, pois na sentença proferida pelo MM. Juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública da capital foi concedido à empresa autuada a segurança pleiteada, sendo determinado o seu enquadramento no regime especial do recolhimento do ICMS, com a postergação do pagamento para o momento da entrada no estabelecimento. Portanto, este é o ponto central da discussão, ou seja, a medida judicial de permitir que o contribuinte efetuasse o pagamento do tributo após a entrada da mercadoria no estabelecimento, não tem o condão de isentar tal obrigação tributária, até porque não é de sua competência tal mister. Considerando que caberia ao autuado comprovar o cumprimento da referida obrigação principal trazendo aos autos os documentos de arrecadação devidamente recolhidos por ocasião da entrada da mercadoria em seu estabelecimento, entendo que não foi elidida a acusação fiscal.*

*Ante o exposto, voto PROCEDENTE o Auto de Infração”.*

Remetidos os autos para a Procuradoria Fiscal (PGE/PROFIS), através de sua representação junto ao CONSEF, esta exara Parecer, afirmando que as alegações do recorrente não são capazes de elidir as infrações apontadas, pois a existência de medida liminar em Mandado de Segurança não impede o fisco de desempenhar o seu papel, de formalizar o lançamento, respeitando-se a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Aduz ainda que a decisão judicial não transitou em julgado, estando a PGE/PROFIS envidando esforços no sentido de comprovar no Judiciário o descabimento do quanto solicitado pelo contribuinte. Dessa forma, entende que as infrações estão caracterizadas, só podendo ser desconstituídas mediante decisão judicial transitada em julgado, fato ainda não verificado e que o fisco exerceu e resguardou o seu direito de constituir o crédito com base na legislação vigente. Acresce, ainda, que a discussão que se trava no Judiciário cinge-se tão somente ao momento em que deve ocorrer o pagamento do imposto, ou seja, se o contribuinte faz jus ou não ao regime especial de apuração do ICMS, não havendo discussão em torno da validade da exigência fiscal. Por fim, o Parecer é concluído com o opinativo de Decisão pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso.

## **VOTO**

Neste Recurso Voluntário as matérias objeto da lide estão intrinsecamente vinculadas e se referem à obrigação tributária relacionada às operações de importação de farinha de trigo, nas quais a fiscalização exige ICMS sobre as entradas dos produtos e por antecipação tributária, por se tratar de mercadoria enquadrada no regime de substituição. Em relação à primeira exigência, que integra o item 1 do Auto de Infração, o recorrente aponta erros de lançamento cometidos no processamento da

contabilização das operações, todavia, não traz elementos de prova demonstrando a materialidade destes supostos erros. O processo administrativo fiscal é norteado pelo princípio da verdade material e nesse sentido o regulamento do processo é expresso ao estabelecer no art. 143 que “*A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”. Em outras palavras, pode-se dizer que a mera alegação sem a demonstração probatória não é suficiente para alterar ou anular o ato de lançamento que esteja devidamente consubstanciado. Constitui ônus da parte que alega fato extintivo ou modificativo do direito da outra apontar ou trazer os meios de prova em que sustentam as suas alegações. Cabe observar que essas situações sequer demandam realização de perícia ou revisão fiscal já que não há qualquer indício no processo que aponte no sentido de demonstrar que os erros mencionados pelo recorrente tenham efetivamente ocorrido. Só há alegações sem evidências ou indícios. Já a fiscalização, conforme foi ressaltado na decisão da Junta de Julgamento Fiscal, ao desenvolver as atividades de Auditoria Fiscal, teve o cuidado de demonstrar, nos seus papéis de trabalho, constantes da fl. 08 do PAF, a indicação do número de cada DI (Declaração de Importação) e as respectivas notas fiscais, cuja base de cálculo foi corretamente determinada levando em conta o valor CIF da mercadoria mais as despesas aduaneiras e alíquota prevista para as operações internas, na forma prevista no artigo 58, inciso I, combinado com o artigo 50, inciso I, do RICMS/97, e art. 4º, inciso IX combinado com art. 17, inciso VI, da Lei nº 7.014/96. O mesmo se aplica em relação ao item 2, que contém exigência relacionada à substituição tributárias das mercadorias importadas, cujas bases de cálculo estão demonstradas no papel de trabalho inserido à fl. 9 do processo administrativo fiscal. Portanto, em relação à demonstração da base de cálculo não há qualquer vício a macular o Auto de Infração.

Resta, pois, apreciar a discussão em torno do mandado de segurança, que garantiria ao recorrente o direito de pagar o imposto nos termos de Regime Especial previsto no Decreto nº 7909/2001, ou seja, até o décimo dia após a primeira quinzena subsequente à entrada da mercadoria estrangeira e não no momento do desembarço aduaneiro. Cumpre observar, inicialmente, que a Procuradoria Fiscal, em seu Parecer, acostado aos autos, na qualidade de órgão jurídico que representa o interesse da fiel e correta aplicação da lei, fez observar que a decisão judicial mencionada pelo recorrente não transitou em julgado, estando a questão submetida a Recurso, na instância jurisdicional superior. Nessa circunstância, não há óbice legal ou impedimento de qualquer ordem a impossibilitar que o fisco, para resguardar seus interesses, proceda o lançamento, especialmente pelo fato de seu direito de constituir o crédito tributário se submeter a prazo de decadência, que, em princípio, não sofre interrupção nem suspensão. Fica, todavia, assegurado ao contribuinte a garantia, prevista em lei, no art. 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional, da exigência do crédito tributário permanecer suspensa até decisão final do processo nas instâncias judiciais de julgamento. Entretanto, conforme já ressaltado, nada obsta que a Fazenda Pública, para assegurar o seu direito, proceda o ato de lançamento, que figura na categoria dos atos administrativos plenamente vinculados e que constitui um dever-poder da Administração, que não pode se abster de fazê-lo sob pena de responsabilidade funcional dos seus servidores. Há, ainda, um outro fato de suma importância neste processo, que foi também objeto de apreciação no Parecer da Procuradoria Fiscal. Foi observado que a discussão que se trava no Judiciário cinge-se tão-somente ao momento em que deve ocorrer o pagamento do imposto, ou seja, se o contribuinte faz jus ou não ao Regime Especial de apuração do ICMS, não havendo controvérsia em torno da validade da exigência fiscal, ou seja, não se está a argumentar se há ou não obrigação tributária, derivada das operações realizadas pelo recorrente, mas tão-somente o momento em que a mesma deva ser cumprida, através do pagamento do imposto ao erário estadual. Em relação a esse aspecto, é importantíssimo observar que no processo não há qualquer

prova de que o imposto exigido no Auto de infração tenha sido objeto de pagamento, ainda que em etapa subsequente ao desembaraço aduaneiro das mercadorias, de forma que caberia ao autuado comprovar o cumprimento da referida obrigação principal trazendo aos autos os documentos de arrecadação devidamente recolhidos por ocasião da entrada da mercadoria em seu estabelecimento, não estando, portanto, elidida a acusação fiscal, pois a medida judicial deferida não afastou do contribuinte a responsabilidade pela satisfação do tributo. Nesse sentido, Acolho integralmente os termos do Parecer PROFIS, de forma que a Decisão Recorrida não merece sofrer qualquer reparo.

Face o exposto, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, ressaltando que a exigência do crédito tributário fica suspensa até decisão final da lide no âmbito do Poder Judiciário.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida, que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207093.0012/03-0, lavrado contra **F. GARCIA REPRESENTAÇÕES E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$305.686,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d” e “f”, da Lei n.º 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Fica, todavia, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até decisão final da lide no âmbito do Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de Setembro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS