

A. I. N° - 120457.0019/08-8

AUTUADO - SEBASTIÃO SANTOS TOLENTINO  
AUTUANTE - BENEDITO ANTÔNIO DA SILVEIRA  
ORIGEM - INFAC GUANAMBI  
INTERNET - 17.11.2010

1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0328-01/10

**EMENTA:** ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Infração reconhecida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Refeitos os cálculos com a exclusão de notas fiscais arroladas na autuação referentes a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, com previsão em convênio ou protocolo para retenção do imposto pelo remetente. Excluídas, também, as notas fiscais cujo imposto fora objeto de exigência mediante Auto de Infração anteriormente lavrado. Infração parcialmente subsistente. b) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Autuado elide parcialmente a acusação fiscal ao apresentar elementos que comprovam o pagamento do imposto em momento anterior ao início da ação fiscal. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista à época da ocorrência dos fatos (art. 42, II, "f", da Lei n° 7.014/96). 3. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Alegação defensiva de inclusão no levantamento levado a efeito pelo autuante de notas fiscais de entrada em duplicidade não procede. Infração subsistente. 4. CONTA "CAIXA". SALDOS CREDORES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação autoriza a presunção de que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, sempre que a escrita do estabelecimento apresentar saldos credores de Caixa, a não ser que o contribuinte prove a insubsistência da presunção. A apuração do imposto foi feita do art. 19 da Lei n° 7.357/98, c 8.534/02, que manda abater

presumido de 8%, no caso de contribuinte do SimBahia. Diligência realizada pela ASTEC/CONSEF confirma a legitimidade dos empréstimos bancários contraídos pelo autuado. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Rejeitadas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2008, exige crédito tributário no valor de R\$ 116.273,56, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Microempresa e Empresa de Pequeno Porte com Receita Bruta Ajustada superior a R\$ 30.000,00, não escriturou o livro Caixa, em 31/12/2006, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00;
2. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de abril, junho a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 21.195,41, acrescido da multa de 50%;
3. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de março, maio, julho a dezembro de 2004, janeiro, abril a dezembro de 2005, janeiro a junho, setembro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 12.458,48, acrescido da multa de 50%;
4. Recolheu a menos o ICMS, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no regime Simplificado de Apuração do ICMS(SIMBAHIA), nos meses de fevereiro, abril, julho, setembro a dezembro de 2003, janeiro, agosto a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 26.044,03, acrescido da multa de 50%;
5. Falta de recolhimento do imposto constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, nos meses de fevereiro a dezembro de 2003, janeiro a outubro e dezembro de 2004, janeiro a setembro de 2005, julho, agosto, outubro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 56.115,64, acrescido da multa de 70%.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 3604 a 3626(vol. XIII), dizendo que reconhece a infração 01, inclusive, com a solicitação de que seja emitido o documento de arrecadação pela repartição fazendária para que possa recolher o valor exigido.

Rechaça as demais infrações, manifestando o entendimento de que ocorreu equívoco na ação fiscal desenvolvida pelo autuante, resultando na falta de certeza e liquidez do suposto crédito tributário estadual, motivo pelo qual, argui, em caráter preliminar, a nulidade do Auto de Infração, fundamentando-se nos seguintes fatos:

- ilegitimidade passiva, tendo em vista que, conforme se constata na relação de notas constante do anexo I (Doc 03) que elaborou, a obrigação de recolher o ICMS, nos casos de mercadorias relacionadas no anexo 86, pertence ao estabelecimento remetente e não ao estabelecimento destinatário, conforme preceitua o artigo 370 do RICMS/BA e a fart Afirma que, nesse sentido as referidas notas fiscais devem ser e relativos às infrações 02, 03, 04 e 05 elaborados pelo autuante;

- duplicidade de exigência fiscal sobre mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas nas infrações 02, 03, 04 e 05, conforme anexo II, (Doc. 04);
- duplicidade de exigência do ICMS sobre notas fiscais que já foram objeto de ação fiscal e que já tiveram o imposto pago, como se pode constatar no corpo do Auto de Infração nº 932114-74, em anexo(Doc. 05), devendo as referidas notas fiscais ser excluídas dos demonstrativos relativos às infrações 02, 03, 04 e 05;
- exigência de ICMS sobre mercadorias relativas a notas fiscais canceladas e/ou devolvidas, como se pode constatar na relação de notas fiscais constantes do anexo III (Doc. 06), devendo ser excluídas dos demonstrativos relativos às infrações 02, 03, 04 e 05 elaborados pelo autuante;
- exigência do ICMS sobre mercadorias que já tiveram o ICMS pago por antecipação e/ou substituição tributária, como se pode constatar da relação de DAE's e GNRE's, em anexo(Doc. 07), devendo ser excluídas as notas fiscais constantes dos referidos DAE's e GNRE's dos demonstrativos relativos às infrações 02, 03, 04 e 05;
- inexistência de saldo credor de caixa, isto porque, excluídas todas as duplicidades apontadas e a existência de obtenção de empréstimo bancários realizados, durante o período objeto da autuação, resta comprovada a inexistência da presunção fiscal relativa, uma vez que se encontra a mesma elidida.

Afirma que, desse modo, como já aludido, diante da ocorrência de tantos equívocos cometidos na ação fiscal, a mesma não deve prosperar face à falta de certeza e liquidez na apuração do crédito tributário, entretanto, se assim não entender este CONSEF, que decida pela improcedência da ação fiscal consoante as razões de direito que passa a expor.

Alega que não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o cometimento das infrações imputadas nos exercícios fiscalizados.

Diz que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF, no seu art. 18, II e IV, prevê a nulidade da autuação quando o fisco cerceia o direito de defesa do contribuinte, diante disso, tem-se configurada a restrição ao seu direito de defesa, em face da inconsistência das afirmações, tornando o respectivo Auto de Infração eivado de vício que acarretarão em sua nulidade, como assim tem entendido o CONSEF, conforme os Acórdãos CJF Nº 0353-11/06, JJJ Nº 0318-05/06, JJJ Nº 0197/00, JJJ Nº 0175/00, Resolução Nº 3130/97.

Argui a prejudicial de validade e eficácia do Auto de Infração, requerendo, com amparo no princípio do contraditório assegurado pela Magna Carta, no seu art. 5º, LV, que a prejudicial seja apreciada e decidida, com fundamentação própria e específica, conforme a Constituição Federal de 1988, art. 93, IX, e inteligência do art. 5º, II, 37.

Diante das razões apresentadas, requer a nulidade das infrações 02, 03, 04 e 05, e, caso não seja este o entendimento, a título de argumentação, no mérito, a improcedência das referidas infrações.

Continuando, afirma ser patente o equívoco em atribuir-lhe a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, por não ser responsável pela suposta obrigação tributária imputada, em razão dos Convênios/Protocolos a que se refere o art. 370 do RICMS/BA, devendo, portanto, ser declarada nula as exigências fiscais relativas a tais notas fiscais, conforme preceitua o RPAF/BA, em seu artigo 18, IV, “b”.

Alega que descabe a exigência do ICMS referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no anexo 86, bem como na Portaria 270/93, isto porque, a obrigação de responder pelo pagamento do imposto antecipado não cabe ao destinatário, face à existência do Convênio firmado entre a Bahia e a unidade da Federação, sendo, em verdade responsabilidade dos remetentes das respectivas mercadorias, conforme preceitua o RICMS, cujos artigos 370, 373, 374, 372, que transcreve.

Frisa que a falta de inscrição estadual do substituto tributário, no Estado destinatário, não desincumbe o seu dever de recolher o ICMS, devendo este ser pago por meio da GNRE, conforme determina textualmente o RICMS nos seus arts. 149, 150, cujo teor reproduz.

Observa que os casos em que se poderá exigir o recolhimento do ICMS ao substituído tributário (destinatário) são taxativos e subsidiários a devida cobrança ao substituto, conforme prevê o RICMS, no seu art. 125, que transcreve.

Ressalta que a cobrança do substituído como responsável solidário deve ser precedido à cobrança do substituto, após esgotadas todas as possibilidades de sua exigência. Diz que o processo administrativo fiscal em lide, portanto, deve ser precedido do processo administrativo fiscal de cobrança ao substituto, sendo este um critério de admissibilidade do presente Auto de Infração, conforme preceitua o RICMS/BA. Afirma que a cobrança do ICMS não pode representar uma mera escolha do autuante entre o substituto e substituído, tendo em vista a ordem preferencial estabelecida em lei, cabendo ao Fisco Estadual provar que foram esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição, através de um regular processo administrativo e executivo, conforme previsto no RICMS/BA, no seu art. 125, 1º, I, “a”, “b”, II e III, cujo teor reproduz.

Diz que, afirmar que o PAF deve ser pautado pelo princípio da verdade material, conota que a autoridade fiscal deve assumir uma posição investigatória, ativa e imparcial, detendo, em função de sua investidura, a obrigação de esgotar todos os meios hábeis para constatação ou não do fato gerador. Acrescenta que o processo de fiscalização não pode representar um tarefa inquisitorial, cujas provas a serem produzidas beneficia tão somente a sanha arrecadatória da Fazenda em detrimento ao contribuinte. Assevera que o Auditor Fiscal não pode assumir uma posição contemplativa acerca do processo administrativo fiscal, imputando ao contribuinte a tarefa de prestar todas as informações necessárias. Salienta que a auditoria deveria, obrigatoriamente, buscar informações com o substituto tributário, solicitando a ele a apresentação das GNRE's acerca das transações objeto da autuação.

Sustenta que, esta infração deve ser considerada nula por ilegitimidade passiva do contribuinte, conforme prevê o art. 18, IV, “b” do RPAF/BA, cujo teor transcreve. Reproduz ainda os Acórdãos nº. JJF Nº 0112-03/06, JJF Nº 0086-01/03, para fundamentar os seus argumentos.

Reafirma a existência de duplicidade de exigência fiscal na infração 02, pois, conforme a descrição dos fatos, o autuante exige o ICMS decorrente de um mesmo fato gerador, incorrendo em vício insanável na lavratura do Auto de infração em tela, conforme identifica abaixo:

- a) sobre mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas nas infrações 02, 03, 04 e também na infração 05, conforme anexo II que elaborou;
- b) sobre notas fiscais que já foram objeto de ação fiscal e que já tiveram o imposto pago, como se pode constatar no corpo do Auto de Infração nº 932114-74;
- c) sobre mercadorias relativas a notas fiscais canceladas e/ou devolvidas, como se pode constatar na relação de notas fiscais constantes do anexo II. Nesse sentido, as referidas notas fiscais devem ser excluídas dos demonstrativos relativos às infrações 02, 03, 04 e 05 elaborados pelo autuante;
- d) sobre mercadorias que já tiveram o ICMS pago por antecipação e/ou substituição tributária, como se pode constatar da relação de DAEs e GNREs.

Alega que, embora tenha procedido corretamente, vê-se agora diante de nova exigência fiscal relativa ao mesmo fato gerador e sob os mesmos fundamentos legais, sendo que, a dupla exigência fiscal tem como consequência o enriquecimento sem causa, prática condenável no mundo jurídico, implicando na figura ilegal do “*bis in idem*”. Destaca que a validade e eficácia do ato administrativo está condicionado à sua prática em motivos reais, idôneos e existentes a exigência do tributo se baseou em fatos inexistentes, haja vista que j:

sobre o fato gerador ocorrido. Invoca, nesse sentido, a Constituição Federal de 1998, precisamente o seu art. 150, V, assim como, lição de Hugo de Brito Machado, transcrevendo os seus textos.

Diz que o procedimento equivocado do autuante encontra repúdio, não só no próprio CONSEF, mas também nos tribunais, conforme Acórdão JJF Nº 0.043/99, e decisão do TRF – AC. Ren. Ex. Ofício 89.01.17.231-3 – MG, de 21-05-1990, Rel. Juiz Vicente Leal.

Afirma que, demonstrada a insubsistência do Auto de Infração, por conseguinte, deverá ser considerado nulo.

Prosseguindo, alega a inexistência de saldo credor de caixa, tendo em vista que não poderia o autuante efetuar o lançamento em apreço sem considerar que durante o exercício fiscalizado a suposta omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, não deve prevalecer em razão da exclusão de todas as duplicidades apontadas e a existência de obtenção de empréstimo bancários realizados durante o período objeto da ação fiscal.

Salienta que, desse modo, restará comprovada a inexistência da presunção fiscal, uma vez que se encontra a mesma elidida, já que se trata de presunção relativa.

Assevera que da mesma forma que a lei autoriza à empresa demonstrar que tal presunção admite prova em contrário por se tratar de presunção “*juris tantum*”, põe por terra esta infração comprovando a origem dos recursos, decorrente da obtenção de empréstimos bancários cujos documentos serão anexados a este processo administrativo.

Alega que a receita obtida não se originou exclusivamente da venda de mercadorias, mas, também, de fontes de receita supramencionadas. Salienta que, se os referidos documentos não estavam escriturados nos livros próprios, que se lavre a devida multa por descumprimento de obrigação acessória, não podendo ser desconsideradas as provas materiais trazidas aos autos, apesar de o dever provar fosse do Fisco.

Diz que, uma vez provada a origem da receita, fatalmente a ação fiscal será julgada nula ou mesmo improcedente, corroborando com o entendimento consolidado deste CONSEF, conforme os Acórdãos CJF Nº 0007/99, CJF Nº 0908/01, CJF Nº 2214-11/01, cujas ementas reproduz. Transcreve, ainda, trecho do voto proferido no Acórdão referente ao Auto de Infração n. 206881.0013/00-2.

Conclui requerendo a nulidade das infrações 02, 03, 04 e 05 e, se assim não entender este órgão julgador, a improcedência de tais infrações.

O autuante prestou informação fiscal às fls.3821 a 3823, na qual contesta as alegações defensivas, esclarecendo que todo débito apontado no Auto de Infração foi apurado com base nos documentos apresentados pelo próprio contribuinte e muitos circularizados junto ao CFAMT e SINTEGRA, sendo composto de 3.602 folhas.

Alega que o impugnante cita vários Acórdãos do próprio CONSEF referente a Autos de Infração antigos e talvez com infrações diversas do atual, inclusive, juntou na defesa vários documentos equivocados e desnecessários.

Reportando-se sobre os argumentos defensivos relativos à infração 02, diz que a alegação defensiva de que o ICMS é devido pelos fornecedores de outro Estado, poderia até ser pertinente, contudo, como não foi feita a retenção e o recolhimento, o imposto deveria ter sido recolhido no primeiro posto fiscal da entrada no Estado da Bahia, o que também não foi feito, razão pela qual está sendo exigido do autuado. Quanto à alegação defensiva de existência de duplicidade de exigência, afirma que na planilha de fls. 24 a 44, as notas fiscais repetidas, são aquelas que contém diversas mercadorias com tributação diferenciada, descabendo a nulidade arguida pelos impugnantes.

Com relação à infração 03, rechaça os argumentos defensivos, salientando que toda empresa, exceto indústria, que adquire mercadoria em outra unidade da Federação, amparado por isenção e/ou sujeito ao regime de substituição tributária ou para consumo da empresa, está sujeita à antecipação parcial do IC

várias notas fiscais adquiridas obtidas através dos sistemas CFAMT/ SINTEGRA, conforme anexadas aos autos e relacionadas na planilha de fls. 24 a 44 com o ICMS calculado nota por nota.

No que concerne à infração 04, diz que o impugnante não observou os documentos de fls. 46 a 129, e não verificou que a infração tem como base de cálculo o montante do faturamento acumulado, que se inicia tão logo seja ultrapassada a faixa de SimBahia, sendo o cálculo feito mensalmente, conforme consta nos demonstrativos de fls. 49, 70 e 99, devidamente acompanhados dos demonstrativos de entrada e saída de mercadoria mensalmente, não tendo qualquer relação com as demais infrações.

Relativamente à infração 05, frisa que a existência de saldo credor de caixa indica a omissão de saídas de mercadorias, fato que aconteceu com o contribuinte que efetuou pagamento mensalmente bem superior as saídas, não apresentando outros recursos que possa suprir o Caixa, fato que pode ser observado nos demonstrativos anexados aos autos às fls. 131/132, 167/168, 204/205 e 249/250, os quais estão acompanhados do demonstrativo da apuração do débito e respectivos documentos que deram origem a infração. Salienta que o contribuinte foi beneficiado com a aplicação da proporcionalidade prevista pela Instrução Normativa 56/2007, conforme consta nos demonstrativos de fls. 132, 168, 205 e 250, onde foi abatido do saldo credor, o percentual referente as mercadorias isentas e com antecipação e substituição tributária.

Com relação aos documentos juntados na defesa, tece as seguintes considerações:

- com referência as alegações contidas nos docs. 03 e 04 da defesa e os docs. de fls. 3632 a 3665, diz que demonstram, mais uma vez, que os defensores não tiveram a preocupação de examinar o Auto de Infração minuciosamente, principalmente a planilha de fls. 24 a 44, chegando ao ponto de relatar na defesa que houve cobrança em duplicidade de ICMS. Observa que, à exceção das notas fiscais constante no Auto de Infração de nº 932114-74, não ocorreu em nenhum instante duplicidade de exigência, havendo sim repetição de notas fiscais, em decorrência destas acobertarem produtos com tributação diferenciada, conforme pode ser observado na planilha e na própria nota fiscal e as que contém apenas produtos sujeito a Antecipação Parcial, afirmado enfaticamente que cada nota fiscal foi lançada uma única vez;

- quanto as alegações defensivas relativas ao Auto de Infração de nº 932114-74 lavrado em 20/05/2005, por Nelson Oliveira Sobrinho, no trânsito de mercadoria, afirma que em momento algum foi apresentado pelo contribuinte, somente surgindo na defesa, fato que seria impossível descobrir. Porém, diz que não pode deixar de reconhecer o direito do contribuinte e as 04 (quatro) notas fiscais que constam na planilha de fls. 24 a 44, que tiveram o ICMS recolhido no referido Auto de Infração, de nºs 4987 de 29/04/05, 4991 de 04/05/05, 3088 de 07/05/05 e 4994 de 07/05/05 no montante de R\$ 4.530,08. Com relação às demais notas fiscais arroladas na autuação, esclarece que não foram apresentadas pelo contribuinte, motivo pelo qual não foram lançadas na planilha. Consigna que, do valor exigido em duplicidade, R\$ 4.263,58 diz respeito à Antecipação e Substituição Tributária constante na infração 02 e R\$ 266,50 se refere à Antecipação Tributária Parcial constante na infração 03, valores estes que o contribuinte tem direito por isso solicita fazer a dedução nas seguintes proporções: na infração 02, no mês abril de 2005, R\$1.428,66; no mês de maio de 2005, R\$2.834,92. Na infração 03, deduzir no mês de abril de 2005, R\$ 64,73; no mês de maio de 2005, R\$ 201,77, cujos valores devem ser excluídos do Auto de Infração. Acrescenta que, para facilitar a operação anexa a planilha de antecipação de 24 a 44, marcados em negrito e os meses onde deverão ser efetuadas as exclusões dos valores exigidos indevidamente;

- com referência as alegações defensivas de cancelamento e devolução de notas fiscais, constantes às fls. 3668 a 3733, afirma que nos documentos apresentados a fiscalização e anexados ao Auto de Infração não consta qualquer observação no verso. Questiona: porque o contribuinte não fez o uso de seu talonário de nota fiscal para a devolução das mercadorias e que na acata o procedimento adotado pelo contribuinte por ser inaceitável

- quanto às alegações defensivas referentes à não consideração de pagamentos efetuados, sustenta que o exame da planilha de fls. 24 a 44, permite comprovar que os pagamentos foram considerados. Quanto aos comprovantes de pagamento de ICMS anexados pelo impugnante na defesa, diz que referem a notas fiscais que muitas vezes nem sequer constam na planilha e outras cujos pagamentos estão devidamente lançados. Acrescenta que o documento de fls. 3736 da defesa, se refere a um DAE no valor de R\$ 0,47, ICMS devido na Nota Fiscal nº 862811 e o comprovante de pagamento é no valor de R\$ 1.300,00, um verdadeiro equívoco e o documento de fl. 3604, que também não consta a assinatura do contribuinte ou dos representantes legais.

Finaliza dizendo que espera ter cumprido com o seu dever de autuante e aguarda o julgamento. Intimado o contribuinte para ciência da informação fiscal, este se manifestou às fls. 3848 a 3852, afirmado que o autuante nada acrescentou aos autos, apenas limitou-se a reafirmar as infrações, reconhecer como indevida apenas parte do Auto de Infração, quando deveria reconhecer a totalidade.

Reitera os argumentos defensivos sustentados na peça de defesa inicial referentes à existência de ilegitimidade passiva; duplicidade de exigência fiscal; exigência de ICMS sobre notas fiscais que já foram objeto de pagamento, conforme o Auto de Infração nº. 932114-74; exigência de ICMS sobre mercadorias relativas a notas fiscais canceladas e/ou devolvidas; exigência do ICMS sobre mercadorias que já tiveram o ICMS pago por antecipação e/ou substituição tributária, como se pode constatar da relação de DAE's e GNRE's; inexistência de saldo credor de caixa, isto porque, excluídas todas as duplicidades apontadas e a existência de obtenção de empréstimo bancários realizados pelo autuado durante o período objeto da ação fiscal, restará comprovada a inexistência da presunção fiscal relativa, uma vez que se encontra a mesma elidida pelo contribuinte/autuado, já que se trata de presunção "júris tantum".

Conclui requerendo a decretação de nulidade do Auto de Infração ou, a sua improcedência relativamente às infrações 02, 03, 04 e 05.

O autuante se pronunciou à fl.3856, contestando os argumentos defensivos reiterados na manifestação referente à existência de duplicidade de exigência de ICMS, afirmado que o impugnante não observou os demonstrativos e planilhas que se encontram acompanhados de todos os documentos que serviram de base para apuração do crédito tributário apontado no Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva referente ao Auto de Infração nº. 932114/74, que exigiu o ICMS relativo à Antecipação Tributária no trânsito de mercadorias, alega que não foi apresentado a fiscalização na época oportuna, mesmo assim reconheceu o direito do contribuinte e solicitou a dedução do valor cobrado em duplicidade, conforme consta no documentos de fls. 3822 e 3832, fato não observado pelo impugnante.

No que tange à infração 05, diz que o impugnante alega a existência de empréstimo bancário, contudo, tal transação, até o momento não foi comprovada, pois nenhum documento foi entregue a fiscalização e sequer foi juntado a defesa.

Salienta que a exigência fiscal tem como base os documentos apresentados pelo contribuinte e os documentos circularizados junto aos sistemas CFAMT/SINTEGRA, nada tendo de abstrato.

A 1<sup>a</sup> JJF, converteu o processo em diligência à INFRAZ/GUANAMBI(fls. 3860/3861), a fim de que fosse designando o autuante ou outro Auditor Fiscal, para adotar as providências indicadas referentes às infrações 02,03 04 e 05.

O autuante cumprindo a diligência se pronunciou às fls. 3865/3866, esclarecendo que, na infração 02 todas as notas fiscais referentes às aquisições interestaduais constam fls. 24 a 44, sendo que, aquelas em que o fornecedor fez a retenção tam consideradas pagas, conforme aparece na planilha.

Quanto à solicitação referente à infração 03, diz que o papel higiênico está sujeito à antecipação parcial, porém, registra que se houver exigência indevida deve ser o abatimento do valor de R\$ 58,05, relativo ao mês de junho de 2005.

Com relação às infrações 02, 03, 04 e 05, alega que a responsabilidade de comprovar a idoneidade do cancelamento das notas e as devoluções mencionadas nas notas fiscais anexadas na defesa é do autuado, contudo, nada foi comprovado.

No que tange à infração 04, esclarece que não foram incluídas notas fiscais coletadas nos sistemas CFAMT/SINTEGRA, mas apenas consideradas as notas fiscais de saídas, ou seja, o faturamento, tendo o contribuinte ultrapassado a faixa SimBahia.

Intimado para ciência do resultado da diligência, o autuado se manifestou às fls. 3899 a 3903, reiterando todos os argumentos sustentados na peça de defesa inicial.

O autuante se pronunciou à fl. 3916, dizendo que, pela segunda, voltava a prestar informações ao processo de diligencia de fls. 3860/3861, que tem como principal conteúdo solicitar tanto do autuante como do autuado, mais detalhe sobre o Auto de Infração em lide.

Destaca que não mediou esforços para atender o que lhe foi solicitado, porém, por parte do autuado nada foi esclarecido, conforme pode ser observado nos documentos de fls. 3899 a 3912, os quais apresentam fatos novos que deveriam ter sido suscitados na primeira defesa de fls. 3604 a 3817. Salienta que o impugnante não observou a solicitação contida na diligência referente às notas fiscais canceladas e devolvidas anexadas na defesa.

Frisa que o impugnante juntou uma relação constando alguns empréstimos contraídos junto ao Banco do Brasil S/A, contudo, observou que dois empréstimos foram contraídos no mesmo dia, como 16/02/06, 31/10/06 e 21/11/06, os quais em nada alteram o saldo credor do caixa, pois deve ter sido liquidado dentro do exercício. Acrescenta que, outro fato interessante é que no extrato bancário deveria constar o valor líquido do empréstimo e não o montante contraído. Diz que, os comprovantes não foram anexados na defesa, pois nunca foi cientificado destes empréstimos, o que ocorreu apenas agora.

A 1<sup>a</sup> JJF, converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF (fls. 3919/3920), a fim de que fosse designado Auditor Fiscal para verificar relativamente à infração 02 a vigência dos convênios e protocolos e com relação à infração 05, verificasse se eram pertinentes as alegações defensivas referentes aos empréstimos obtidos junto ao Banco do Brasil, conforme extratos bancários anexados pelo deficiente. Foi solicitado ainda que, caso se confirmasse a legitimidade dos empréstimos bancários, o diligente efetuasse os ajustes no levantamento, indicando os valores remanescentes, elaborando novo demonstrativo.

Através do Parecer ASTEC Nº 00100/2010 (fls. 3923/3926), o diligente manifestou o entendimento de que, relativamente à infração 02, a matéria é de mérito cabendo ao Relator a sua apreciação. Quanto à infração 05, confirmou a regularidade dos extratos apresentados pelo autuado, tendo efetuado o ajuste do levantamento da conta caixa, relativo ao exercício de 2006, período dos empréstimos bancários, e elaborado novo demonstrativo, considerando tanto os créditos quanto os débitos referentes aos empréstimos contraídos pelo autuado junto ao Banco do Brasil, conforme consta às fls. 3939 a 3969.

Concluiu o diligente que, após efetuadas as devidas verificações e ajustes, o valor do débito originalmente exigido nesta infração no valor de R\$ 56.115,64 ficou reduzido para R\$ 53.447,01, conforme demonstrativo à fl. 3925.

O autuante cientificado do resultado do Parecer ASTEC, se pronunciou às fls. 3973/3974, dizendo que acata o resultado apresentado pelo diligente da ASTEC/CONSEF.

O autuado se manifestou às fls. 3990 a 3994, sobre o Parecer ASTEC lamentavelmente entendeu que a solicitação referente à infração 02 di-

competência do Relator a sua análise, o que implica em perda de oportunidade de ver reconhecido de plano a improcedência da referida infração em razão da duplicidade de sua exigência fiscal, conforme aponta.

No respeitante à infração 05, diz que o diligente acatou os documentos que comprovam a obtenção de recursos no caixa, em face da exata correspondência de data e valores constantes dos depósitos bancários efetuados na conta da autuada, bem como os respectivos lançamentos no livro caixa.

Conclui requerendo o julgamento das infrações pelas razões da defesa, e se assim não entender este órgão julgador, que sejam julgadas nulas.

## VOTO

Inicialmente, cabe-me consignar que o lançamento de ofício em lide foi realizado em conformidade com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente o seu art. 39, estando claramente identificadas as infrações, o infrator, o montante da base de cálculo, o que permitiu o exercício pleno do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte. Noto que o impugnante teve conhecimento tempestivo da ação fiscal e das planilhas e demonstrativos elaborados pelo autuante. Inexistem vícios ou falhas que inquinem de nulidade o Auto de Infração, portanto, inociorrendo qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

No que concerne à argüição de nulidade das infrações 02, 03, 04 e 05, pela falta de certeza e liquidez do crédito tributário, em decorrência de ilegitimidade passiva; duplicidade de exigência fiscal sobre mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas nas infrações 02, 03, 04 e 05; duplicidade de exigência do ICMS sobre notas fiscais que já foram objeto de ação fiscal e que já tiveram o imposto pago, através do Auto de Infração nº 932114-74; exigência de ICMS sobre mercadorias relativas a notas fiscais canceladas e/ou devolvidas; exigência do ICMS sobre mercadorias que já tiveram o ICMS pago por antecipação e/ou substituição tributária; inexistência de saldo credor de caixa, isto porque, excluídas todas as duplicidades apontadas e a existência de obtenção de empréstimo bancários realizados, durante o período objeto da autuação, resta comprovada a inexistência da presunção fiscal relativa; observo que, à exceção da ilegitimidade passiva, as demais alegações dizem respeito ao mérito da autuação, conforme será apreciado mais adiante.

Com relação à ilegitimidade passiva, efetivamente, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, existindo convênio ou protocolo atribuindo a obrigação pela retenção do imposto ao remetente, descabe a exigência de antecipação do imposto pelo destinatário, o que somente poderá ocorrer por responsabilidade supletiva, consoante estabelece o RICMS/BA.

Assim dispõe o art. 372, §3º, III do RICMS/BA:

*Art. 372. Nas aquisições interestaduais efetuadas por contribuintes deste Estado, havendo convênio ou protocolo que preveja a substituição tributária entre a Bahia e a unidade federada de procedência das mercadorias, relativamente à espécie de mercadorias adquiridas:*

(...)

*§ 3º Nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas a substituição tributária por força de convênio ou protocolo, a responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade supletiva do contribuinte substituído, observado o seguinte:*

(...)

*III - sempre que, esgotadas todas as possibilidades de exigência do imposto do sujeito passivo por substituição, essa cobrança se tornar impossível, adotar-se-ão as providências previstas no § 1º do art. 125.*

Já o art. 125, § 1º, do mesmo diploma regulamentar acima referido estal

“Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

(...)

§ 1º Nas aquisições, de outra unidade da Federação, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente e não sendo possível, por qualquer motivo, a sua cobrança do sujeito passivo por substituição na forma do item 1 da alínea “i” do inciso II, poderá ser emitida Notificação Fiscal em nome do destinatário, no sentido de efetuar o recolhimento espontâneo do imposto, na forma, prazo e condições estabelecidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, sendo que:

I - só deverá ser adotado este procedimento após esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição, circunstância esta que deverá ser declarada ou demonstrada formalmente:

a) pela Procuradoria da Fazenda, no processo originário, quando se tratar de matéria afeta ao Poder Judiciário;

b) pelo Auditor Fiscal, nos demais casos;

II - a atribuição da responsabilidade supletiva ao contribuinte substituído, de que cuida este parágrafo, implica a desistência, por parte da fazenda pública estadual, da cobrança do imposto do sujeito passivo por substituição;

III - iniciado o procedimento fiscal, o Auditor Fiscal anexará o processo originário à Notificação Fiscal, a menos que o mesmo tenha sido incorporado fisicamente ao processo judicial ou requisitado por autoridade do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo.”

Portanto, a exigência de antecipação do imposto na forma exigida nesta infração, somente pode prevalecer sobre mercadorias não previstas por convênio ou protocolo, significando dizer que, caso todas as aquisições interestaduais referentes às notas fiscais arroladas na autuação fossem originárias de Estados signatários de convênio ou protocolo, caberia a decretação de nulidade da infração.

Ocorre que, apenas parte da exigência fiscal diz respeito à mercadorias regidas por convênio ou protocolo, sendo as demais enquadradas no regime de substituição tributária interna, inexistindo convênio ou protocolo atribuindo ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto. Neste caso – ausência de convênio ou protocolo –, a responsabilidade pela antecipação tributária do ICMS é do destinatário, conforme exigido neste item da autuação.

Em razão disto, esta 1ª JJF converteu o processo em diligência à INFRAZ/GUANAMBI, a fim de que fossem excluídas as notas fiscais cujas mercadorias estivessem sujeitas à retenção do imposto por força de convênio ou protocolo, o que foi feito pelo autuante, conforme planilha acostada aos autos às fls. 3887 a 3895.

Diante do exposto, não acolho as argüições de nulidades suscitadas pelo impugnante.

No mérito, verifico que o impugnante reconheceu o cometimento da infração 01, inclusive, dizendo que estará efetuando o pagamento do valor exigido, inexistindo, no caso, lide a ser apreciada. Infração mantida.

No que concerne à infração 02, conforme dito acima, a exigência fiscal somente pode recair sobre mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária que não sejam regidas por convênio ou protocolo, razão pela qual esta 1ª JJF, converteu o processo em diligência, a fim de que fossem excluídas as notas fiscais cujas mercadorias estivessem sujeitas à retenção do imposto por força de convênio ou protocolo, o que foi feito pelo autuante, conforme planilha acostada aos autos às fls. 3887 a 3895.

Porém, verifico que na referida planilha o autuante manteve a exigência do imposto referente às aquisições interestaduais de açúcar quando deveria ter excluído, haja vista a existência do Protocolo nº 21/91, cuja adesão pelo Estado da Bahia se deu através do Protocolo nº. 34/91, prevendo a obrigação de retenção e recolhimento do imposto por parte do remetente, sendo incabível, portanto, a exigência do destinatário, conforme exigido neste item da autuação.

Diante disto, cabe a exclusão dos valores referentes aos meses de abril e maio de 2004, abril e maio de 2005 e abril de 2006, respectivamente, R\$ 75,04; R\$ 180,90; R\$ 101,84; R\$ 176,88 e R\$ 80,87, totalizando o valor de R\$ 615,53.

Já com relação aos “*produtos de aves*”, observo que o autuante excluiu indevidamente o valor de R\$ 191,41, conforme planilha à fl. 3886, haja vista que inexiste convênio ou protocolo prevendo a obrigação de retenção e recolhimento por parte do remetente. Ou seja, a exigência de antecipação do imposto, efetivamente, é do destinatário, conforme este item da autuação.

Diante disto, cabe a manutenção dos valores referentes aos meses de fevereiro, abril e junho de 2006, respectivamente, R\$ 3,79; R\$ 8,14; R\$ 179,48, totalizando o valor de R\$ 191,41.

Observo, ainda, que a alegação defensiva de existência de duplicidade de exigência em decorrência de cômputo das mesmas notas fiscais nas infrações 02 03, 04 e 05, restou esclarecida pelo autuante, haja vista que, efetivamente, a indicação da mesma nota fiscal na planilha decorre do fato de constar no referido documento fiscal formas de tributação diversas, inexistindo a aventureira duplicidade.

Porém, quanto à exigência referente às Notas Fiscais nºs 4987, 4991, 3088 e 4994, que foram objeto do Auto de Infração nº 932114-74 constato que assiste razão ao impugnante quanto a duplicidade da exigência, tendo o próprio autuante acatado o argumento defensivo e solicitado a exclusão do valor de R\$ 4.263,58, relativo à mercadorias sujeita ao regime de substituição tributária.

No que concerne ao argumento defensivo de existência de notas fiscais canceladas e devolvidas que foram arroladas no levantamento, observo que o impugnante não comprovou a sua alegação, mesmo tendo oportunidade quando da realização de diligência solicitada por esta 1ª JJF, nesse sentido.

Com referência à alegação defensiva de inobservância pelo autuante dos pagamentos efetuados através de documentos de arrecadação, constato assistir razão ao autuante, haja vista que este considerou os pagamentos efetivamente realizados, conforme consta na planilha, não tendo computado apenas os alegados pagamentos não comprovados ou relacionados à autuação.

Cumpre registrar que, apesar de o autuante ter acatado o argumento defensivo referente às Notas Fiscais nºs 4987, 4991, 3088 e 4994 - que foram objeto do Auto de Infração nº 932114-74 - não excluiu o valor de R\$ 4.263,58 na planilha que elaborou, conforme deveria ter feito, tendo solicitado a este órgão julgador que fizesse a exclusão.

Observo que a exclusão do valor de R\$ 4.263,58, diz respeito ao mês de abril de 2005 no valor de R\$ 1.428,66, e ao mês de maio de 2006, no valor de R\$ 2.834,92.

Diante do exposto, após os ajustes efetuados pelo autuante, com a exclusão das notas fiscais referentes às mercadorias regidas por convênio ou protocolo, conforme demonstrativo de fls. 3887 a 3896; as correções que faço relativas à exclusão do valor de R\$ 615,53 referente às aquisições interestaduais de açúcar; manutenção do valor de R\$ 191,41 referente às aquisições de “produtos de aves”; e exclusão valor de R\$ 4.263,58 referente às Notas Fiscais nºs 4987, 4991, 3088 e 4994 - que foram objeto do Auto de Infração nº 932114-74, considero esta infração parcialmente subsistente no valor de R\$12.269,74, conforme demonstrativo de débito abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - INFRAÇÃO 0	
Ocorrência	ICMS devido (R\$)
30/04/2003	

30/06/2003	90,62
31/07/2003	75,01
30/09/2003	2.715,17
30/11/2003	73,58
31/01/2004	412,73
28/02/2004	2.486,69
31/03/2004	0,87
30/04/2004	140,50
31/05/2004	748,75
30/06/2004	53,04
31/07/2004	17,22
31/08/2004	19,56
30/09/2004	228,63
30/11/2004	91,96
31/12/2004	340,67
31/01/2005	432,51
28/02/2005	106,67
31/03/2005	68,79
30/04/2005	195,25
30/06/2005	148,06
31/07/2005	256,15
31/08/2005	212,86
30/09/2005	289,29
31/10/2005	541,07
30/11/2005	117,60
31/12/2005	183,86
31/01/2006	275,02
28/02/2006	424,69
31/03/2006	6,22
30/04/2006	114,95
31/05/2006	418,26
30/06/2006	192,68
31/07/2006	73,60
31/08/2006	18,30
30/09/2006	283,16
31/10/2006	61,46
30/11/2006	161,42
31/12/2006	113,78
<b>TOTAL</b>	<b>12.269,74</b>

No que concerne à infração 03, noto que a alegação defensiva de duplicitade de exigência referente às Notas Fiscais nº.s 4987, 4991, 3088 e 4994, que foram objeto do Auto de Infração nº 932114-74 também foi acatada pelo autuante, a exemplo do que foi feito na infração 02, tendo este solicitado que este órgão julgador fizesse a exclusão do valor de R\$ 266,50, relativo às mercadorias sujeitas à antecipação parcial.

Com relação ao argumento defensivo de existência de notas fiscais canceladas e devolvidas que foram arroladas no levantamento, vale aqui reiterar o que foi dito: o impugnante não comprovou a sua alegação, mesmo tendo oportunidade de diligência solicitada por esta 1ª JJF, nesse sentido.

Com referência à alegação defensiva de inobservância pelo autuante dos pagamentos efetuados através de documentos de arrecadação, constato assistir razão ao autuante, haja vista que este considerou os pagamentos efetivamente realizados, conforme consta na planilha, não tendo computado apenas os alegados pagamentos não comprovados ou relacionados à autuação.

Consigno que, a exemplo do que foi feito na infração 02, apesar de o autuante ter acatado o argumento defensivo referente às Notas Fiscais nºs 4987, 4991, 3088 e 4994 - que foram objeto do Auto de Infração nº. 932114-74 - não excluiu o valor de R\$ 266,50 na planilha que elaborou, conforme deveria ter feito, tendo solicitado a este órgão julgador que fizesse a exclusão.

Observo que os valores excluídos dizem respeito aos meses de abril e maio de 2005, respectivamente, R\$ 64,73, e R\$ 201,77, totalizando R\$ 266,50.

Cabe-me registrar que, assiste razão ao autuante quando sustenta que o papel higiênico está sujeito à antecipação parcial, motivo pelo qual descabe a exclusão do valor de R\$ 58,05, relativo ao mês de junho de 2005.

Diante do exposto, com a exclusão do valor de R\$ 266,50 que faço neste momento, considero esta infração parcialmente subsistente no valor de R\$ 12.191,98, ficando o demonstrativo de débito com a seguinte conformação:

DEMONSTRATIVO DÉBITO - INFRAÇÃO 03	
Ocorrência	ICMS devido (R\$)
31/03/2004	63,93
31/05/2004	134,17
31/07/2004	144,43
31/08/2004	128,88
30/09/2004	156,95
31/10/2004	180,40
30/11/2004	464,65
31/12/2004	571,59
31/01/2005	738,45
30/04/2005	276,38
31/05/2005	825,47
30/06/2005	322,84
31/07/2005	1.915,15
31/08/2005	435,87
30/09/2005	493,94
31/10/2005	67,69
30/11/2005	242,79
31/12/2005	664,91
31/01/2006	183,30
28/02/2006	170,70
31/03/2006	398,78
30/04/2006	364,55
31/05/2006	572,55
30/06/2006	535,95
30/09/2006	662,25
31/10/2006	445,61
30/11/2006	743,1
31/12/2006	285,1
<b>TOTAL</b>	<b>12.191,98</b>

Porém, no que diz respeito à multa de 50% indicada no Auto de Infração, prevista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96, verifico que está equivocada, haja vista que essa penalidade era aplicável apenas às hipóteses da falta de pagamento do ICMS devido por antecipação tributária propriamente dita. Ou seja, para a falta de pagamento de ICMS devido por antecipação “parcial”, a multa correta à época da ocorrência dos fatos geradores, era a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da citada Lei.

Diante do exposto, retifico a multa indicada na infração 03, no percentual de 50%, para 60%, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a irregularidade apontada nesta infração.

Quanto à infração 04, verifico que diz respeito à exigência de ICMS em razão de recolhimento a menos do imposto na condição de SimBahia. Vejo que não procede a alegação defensiva de que as notas fiscais arroladas nas infrações 02, 03 e 05 devem ser excluídas desta infração 04, haja vista que o levantamento levado a efeito autuante foi baseado nas notas fiscais de saídas e não de entradas. Flagrante o equívoco do impugnante quanto a esta alegação. Infração mantida.

No respeitante à infração 05, observo que a omissão de saídas de mercadorias apontada nesta infração, decorre da presunção de que ocorreram saídas anteriores sem pagamento do imposto, em função da constatação de existência de saldo credor, estando prevista no artigo 2º, §3º, V do RICMS/97, regra emanada do §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, que dispõe:

“Art. 4º. (...)

(...)

*§4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”*

Sob o aspecto contábil, o Caixa deve normalmente ter saldo devedor. A apresentação de saldo credor surge como uma disfunção, restando evidente que a empresa efetuou pagamentos com recursos não contabilizados.

Nessa situação, a legislação do ICMS presume que tais recursos são decorrentes de operações de comercialização (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, conforme determina o artigo 4º, §4º, da Lei n. 7.014/96, acima transcrito.

Portanto, cabe ao sujeito passivo da relação tributária, querendo, apresentar todos os elementos de provas hábeis, no intuito de elidir a acusação fiscal.

Vale registrar que é irrelevante a condição do contribuinte, ou seja, se é optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, ou se inscrito na condição de normal, nos casos das presunções previstas no artigo 4º, §4º, da Lei n. 7.014/96, como a de que cuida o Auto de Infração em exame.

Observo que a omissão de saídas apurada através de saldo credor de caixa, enquadra-se no artigo 408-L, do RICMS/97, que estabelece que perderá o direito a adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (Simbahia) a empresa que incorrer na prática de infrações de que tratam o inciso IV e a alínea “c” do inciso V do art. 915.

Assim sendo, como a infração apontada no Auto de Infração em lide, enquadra-se no dispositivo regulamentar acima referido, o imposto foi apurado com base nos critérios adotados pelo regime normal de apuração, obedecendo, entretanto, as condições estabelecidas de 13/12/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98. Ou seja, o imposto é apurado com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir de 13/12/02.

créditos fiscais apurados utilizando-se o percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, em conformidade com os §§ 1º e 2º do artigo 19 da Lei nº 7.357/98.

Nota que o autuante concedeu o crédito de 8%, na forma acima referida.

Conforme dito acima, a acusação fiscal está fundamentada numa presunção legal, sendo que esta presunção decorre da existência de saldo credor de Caixa, tendo o contribuinte apresentado elementos de provas hábeis que elidiram parcialmente a presunção no caso, documentos referentes aos empréstimos bancários.

Assim é que, a diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, à Assessoria Técnica do CONSEF/ASTEC/CONSEF, a fim de que Auditor Fiscal estranho ao feito verificasse a legitimidade dos documentos acostados pelo impugnante referente aos empréstimos bancários, trouxe como resultado, refletido no Parecer ASTEC Nº00100/2010, a comprovação de que os documentos relativos aos empréstimos bancários legitimam a obtenção de recursos no caixa no exercício de 2006.

Diante do exposto, considerando que restou comprovada a existência de saldos credores nos períodos indicados na autuação, porém, com as correções acima referidas, considero parcialmente subsistente esta infração, passando o valor do ICMS originalmente exigido de R\$ 56.115,64, para o valor de R\$ 53.447,41, conforme demonstrativo de débito elaborado pelo diligente à fl. 3925.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 120457.0019/08-8, lavrado contra **SEBASTIÃO SANTOS TOLENTINO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 103.953,16**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 38.313,77, 60% sobre R\$ 12.191,98 e de 70% sobre R\$ 53.447,41, previstas, respectivamente, no artigo 42, I, “b”, item 1 e 3, II, “f”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, inciso XV, alínea “I” do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2010

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR