

PROCESSO - A. I. N° 300766.0060/09-8
RECORRENTE - ANTÔNIO O. DOS SANTOS FRIOS E CEREAIS (ATACADÃO DM)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0390-03/09
ORIGEM - INFAS PAULO AFONSO
INTERNET - 12/09/2012

2.ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0232-12/12

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO DE OPERAÇÕES NÃO DECLARADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Demonstrada a existência de saldo credor de Caixa, situação em que a lei autoriza a presunção de que os valores apurados decorrem de operações tributáveis não contabilizadas (Lei nº 7.014/96, art. 4º, § 4º). 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. a) MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. Fatos demonstrados nos autos. Reduzidos os valores exigidos nas infrações 1, 2 e 3, mediante diligências fiscais. Infrações parcialmente subsistentes. Modificada a Decisão recorrida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO RELATIVO A MERCADORIA ADQUIRIDA COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO. O art. 356 do RICMS prevê que, uma vez efetuado o pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente. Essa vedação não implica ofensa à regra da não-cumulatividade, pois o contribuinte utilizou esse crédito quando apurou e recolheu o imposto devido por antecipação, conforme prevê o art. 357, de modo que, ao lançar o mesmo crédito na escrita fiscal, isso implica utilização do crédito em duplicidade, e é essa duplicidade de crédito que o art. 356 veda. Não acatada a preliminar suscitada. Recurso **PARCIALMENTE PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/06/2009 para exigir ICMS em decorrência das seguintes infrações:

Infração 1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, sendo lançado ICMS no valor de R\$ 32.117,07, com multa de 70%;

Infração 2. Falta de recolhimento de ICMS por antecipação, relativamente a aquisições interestaduais de mercadorias “relacionadas nos anexos 88 e 89” [leia-se: mercadorias enquadradas no regime de substituição

tributária, nos termos do art. 353 do RICMS], sendo lançado imposto no valor de R\$ 11.249,75, com multa de 60%;

Infração 3. Falta de recolhimento de ICMS a título de antecipação parcial, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, sendo lançado imposto no valor de R\$ 21.439,35, com multa de 60%;

Infração 4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária (açúcar), sendo glosado crédito no valor de R\$ 3.132,07, com multa de 60%.

Foram apresentadas defesa tempestiva às fls. 161 a 163, aludindo cerceamento de defesa, bem como informação fiscal às fls. 184 a 186, que além de juntar vários documentos, aumentou o valor da infração 1 (para R\$ 68.248,78.), requerendo a procedência do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 3ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

"VOTO

O autuado reclama que teria havido cerceamento de defesa. Alega que seria um absurdo concordar com o levantamento das infrações sem o direito de examinar e confrontar os papéis de trabalho. Tal alegação seria eficaz se os papéis de trabalho não lhe tivessem sido entregues. No entanto, embora a auditora não tivesse tomado “recibo” da entrega dos demonstrativos fiscais ao autuado, este juntou à defesa cópias de todos os demonstrativos, suprindo desse modo o descuido da nobre auditora.

Com relação ao item 1º, o autuado reclamou que não foi juntada cópia do livro Caixa referente ao ano de 2007. A auditora, ao prestar a informação, reconheceu a falta de anexação das cópias do aludido livro. Que esses elementos devam integrar o processo, não há dúvida, porém não há necessidade de fornecer cópia ao autuado, pois se trata de cópia de um livro que se encontra em seu poder. O fato está demonstrado nos autos. A conta Caixa, por integrar o Ativo, deve ter sempre saldos devedores. Quando apresenta saldos credores, diz-se, no jargão contábil, que houve “estouro” de Caixa, ficando evidente que a empresa efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados. Esses Recursos, até prova em contrário, presumem-se decorrentes de operações (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas (Lei nº 7.014/96, art. 4º, § 4º).

No tocante aos itens 2º e 3º, o autuado alega que não recebeu cópias das Notas Fiscais. Na informação, a auditora rebateu dizendo que não forneceu cópias das Notas Fiscais ao contribuinte porque as cópias juntadas ao processo foram extraídas das 1ªs vias (originais) em poder do autuado, e todas as vias originais, bem como todos os livros e documentos fiscais e contábeis apresentados para fiscalização foram devolvidos ao autuado, conforme instrumento anexo à informação.

Realmente, nos termos do art. 46 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), só há necessidade de fornecer cópia ao autuado em se tratando de elementos obtidos em poder de terceiros. Documentos dos quais o contribuinte já dispõe não precisam ser entregues.

Quanto à alegação de cerceamento de defesa no caso do item 4º, considero clara a imputação feita no Auto: utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária (açúcar). Açúcar integra o rol das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação: art. 353, inciso II, item 12. O art. 356 do RICMS prevê que, uma vez efetuado o pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente. Essa vedação não implica ofensa à regra da não-cumulatividade, pois, conforme observou a auditora na informação prestada, o contribuinte utilizou esse crédito quando apurou e recolheu o imposto devido por antecipação, conforme prevê o art. 357, de modo que, ao lançar o mesmo crédito na escrita fiscal, isso implica utilização do crédito em duplidade, e é essa duplidade de crédito que o art. 356 veda. A infração portanto está caracterizada.

Há por fim a questão da retificação do valor do imposto atinente ao item 1º. A auditora justificou-se dizendo que por engano havia concedido crédito presumido equivalente a 9% [sic] do imposto “reclamado”, porém tal crédito é específico para contribuintes do SimBahia, e o autuado sempre foi inscrito na condição de normal. Desse modo, o montante do imposto do item 1º deste Auto passaria a ser de R\$ 68.248,78. Propôs que fosse reaberto o prazo de defesa.

A auditora incorreu em dois equívocos. Concedeu crédito previsto para o caso de lançamento envolvendo contribuinte inscrito no SimBahia, sem que o autuado preenchesse esse requisito. Além disso, o crédito presumido foi de 9%, ao passo que a legislação previa que o crédito seria de 8%.

O art. 156 do RPAF não admite que no julgamento haja agravação da imputação. Mantendo por isso o lançamento, recomendando que, mediante nova ação fiscal, seja apurada a diferença lançada a menos. É

evidente que se o contribuinte, antes do início de nova ação fiscal, solucionar a pendência, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração."

Inconformado com a Decisão proferida pela Primeira Instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 335 a 341), onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada.

Faz um breve histórico da autuação e das infrações lançadas.

Reafirma que houve cerceamento de defesa, alegando que o ônus da prova é o da fiscalização, consoante o art. 41, II do RPAF. Diz que não foram juntados: a) O livro caixa de 2006 e 2007, "cujo saldo de 31/12/2006, foi transferido para janeiro de 2007"; b) as Notas Fiscais do anexo 88; c) as Notas Fiscais do recolhimento parcial nas compras interestaduais e d) as notas fiscais escrituradas nas entradas referentes ao açúcar.

Alude que o legislador do ICMS, no Decreto 7.629/1999, art. 41, incisos I e II, determina que sejam juntadas as planilhas que baseiam o Auto de Infração, bem com sua composição e as provas para conhecimento do infrator. Por isso, assevera que solicitou ao "Conselho de Fazenda Estadual, a juntada das provas no processo e a reabertura do prazo, para o recorrente poder fazer sua defesa parcial ou total, desconstituindo a presunção ilegal pelo cometimento dos erros crassos da Autuante".

Como não houve oportunidade de defesa, propala que foi tirada "a oportunidade de justificar, provando com documentos, DAE'S do anexo 88 e do parcial recolhidos, elementos suficientes para o Conselho de Fazenda se convencer e julgar NULO a infração".

Após, passa a discorrer sobre os prováveis equívocos encontrados no Auto de Infração. Fala que na infração 1, o autuante menciona um tal Livro Caixa nº 5 que não existe e que houve retificação do Auto de Infração na informação fiscal, aumentando os valores inicialmente lançados. Alega que, mesmo com todos esses erros, o Conselho de Fazenda – CONSEF acatou o pedido do Autuante, e julgou procedente o Auto de Infração em lide. Neste ponto, transcreve o art. 47 do RPAF quanto à renovação do procedimento fiscal sem falhas.

Em outro tópico, diz que o acórdão "Não aplicou justiça fiscal". Colaciona parte da Ementa e do Acórdão. Afirmando que "Os Julgadores sem um bom senso, sem justiça, tira-lhe o direito de defesa, prejudica o autuante impondo penalidade".

Adiante, fala que junta provas adequadas para elidir cada infração. Junta Termo de Ocorrência com registro do momento da mudança de opção de regime SIMBAHIA para o LUCRO REAL (DOC 06). Diz que "Em 02 de janeiro de 2007, foi feito um Balanço de Abertura do Ativo e Passivo onde consta na conta Caixa um saldo vindo de 31/12/2006, que o autuado glosou". Alega que este saldo consta no Livro Caixa da Receita Federal de 2006 e que fora transferido para o Balanço de Abertura (DOC 07).

Em relação à infração 2, junta notas fiscais e os DAE's de pagamento do ICMS substituto (DOC 08, DOC 09, DOC 10, DOC 11, DOC 12 e DOC 13), "que a Autuante cobrou em duplicidade".

Anexa também as notas fiscais e DAE's que comprovariam o pagamento da antecipação parcial (DOC 08, DOC 14, DOC 15, DOC 16, DOC 17, DOC 18, DOC 19 e DOC 20).

No que tange ao uso indevido do ICMS nas notas fiscais do Açúcar. Assevera que, não foi usado crédito, pois as mercadorias vêm com o destaque do ICMS na fonte(DOC 21 e DOC 22).

No momento da defesa, o recorrente faz uma planilha de janeiro de 2007 a dezembro de 2008, demonstrando com a movimentação das Receitas e Despesas , incluindo o saldo de Caixa de dezembro de 2006.

Ao final, pede: a) a reforma ou anulação do Acórdão, b) a reabertura do prazo para se manifestar e juntar provas para descaracterização do Auto de Infração e, c) seja determinada a juntada de provas, que deram origem as infrações, conforme determina o art. 41 nos incisos I e II do RPAF.

Após, os autos foram encaminhados à PGE/PROFIS para exame. Ao exarar o Parecer de fl. 372 a 373, a ilustre representante da PGE/PROFIS, a procuradora Maria Helena Cruz Bulcão, após uma breve síntese do Auto de Infração, da irresignação tracejada no Recurso, observando que os documentos fiscais trazidos em sede de Recurso referem-se ao período da autuação e não coincidem com os documentos já juntados anteriormente, sugere a conversão do feito em diligência ao autuante para analisar se os documentos juntados comprovariam o recolhimento do ICMS exigido no lançamento tributário.

Em assentada de julgamento do dia 31.05.10, essa 2^a CJF decidiu pela realização de diligência nos moldes propostos pela PGE.

Em resposta foi elaborado o Parecer de fls 382 a 384. O Auditor Fiscal autuante, com base nos documentos trazidos aos autos em sede de Recurso, reduziu os valores das infrações 02 e 03 de R\$11.249,75 e R\$ 21.439,35 para R\$ 10.959,97 e R\$ 19.726,98, respectivamente, com as seguintes justificativas:

"Em cumprimento à diligência determinada por V. S.a, informo-lhe que os DAEs e respectivas Notas Fiscais de compras juntados pelo Contribuinte Autuado em seu Recurso Voluntário, de fls. 334 a 341 (DOCs 08 a 13 e 14 a 20) foram por mim comparados com o papel de trabalho "AUDIF-205", de fls. 14 a 17, os quais se referem às infrações 02 e 03 do PAF acima citado, como se vê em planilha elaborada em duas laudas, anexadas a esta Informação Fiscal.

Por ter sido provado que houve recolhimento de ICMS antes da autuação, entendo que tais valores devam ser excluídos do Auto de Infração e de seu Demonstrativo de Débito. "

Intimado sobre o resultado da diligência, o Recorrente novamente se manifesta às fls. 388 a 395 expondo que:

- a) manteve toda a sua escrituração fiscal de acordo com o calendário da fiscalização;
- b) no fim do exercício de 2006, encerrou sua escrituração em 31 de dezembro de 2006, levantou o estoque físico, apropriou todos os pagamentos e encerrou o Livro caixa;
- c) em 02 de janeiro de 2007, fez opção pelo regime de LUCRO REAL TRIMESTRAL, procedeu o Balanço Patrimonial do Ativo e Passivo, tudo conforme a legislação pertinente (RIR-PJ, Decreto 3.000/99, combinado com os Decretos 10.637/2002 e 10.833/2003);
- d) que houve uma transferência o Saldo de Livro caixa, no valor de R\$ 219.437,70 (fls. 397), encerrando a contabilidade escritural e transportando o saldo para o ATIVO na Conta Caixa, como se vê no termo de abertura da contabilidade geral dos Livros DIÁRIO (fls 400)
- e) No balanço de abertura em 2007, feito em janeiro, consta: Saldo Caixa vindo de 2006, Estoque, Ativo Permanente, como também as Contas do Passivo, inclusive o Capital Social (fls 404).

Fala que o valor de R\$219.437,70 foi declarado no Imposto de Renda de Pessoa Jurídica como saldo inicial de caixa, Exercício de 2008, ano-calendário 2007 (fls. 405 e seguintes)

Neste momento, junta cópia do Livro Caixa, devidamente assinado pelo Titular e contabilista responsável pela informação, com seu credenciamento junto ao Conselho Regional de Contabilidade – CRC da Bahia, e cópia do Termo de Ocorrência (fls 439) onde informa a fiscalização todo procedimento da mudança de regime, anotando, como também o saldo Caixa em 31/12/2006 de R\$219.437,70, assinando o titular e contador autorizado.

Após, traz no corpo da petição demonstrativo comparativo com o levantamento fiscal feito pelo autuante e levantamento feito pela empresa com saldo inicial de R\$0 e R\$ 219.437,70 para afirmar que ", não houve omissão de saída de mercadorias sem registro, o que aconteceu é que a Autuante não considerou o saldo de Caixa de 31/12/2006, legal, idôneo e registrado no seu Livro Caixa, decorrente das operações do ano-Calendário de 2006, cujo valor foi transportado para o Livro Caixa do Regime LUCRO REAL em 02 de janeiro de 2007, pelo seu Balanço Patrimonial". Alega que na "intimação para apresentação dos Livros e documento não foi pedido o Livro Caixa de 2006, como não foi pedido o Livro Diário".

Também afirma que no mês de junho/2007, foi feito um empréstimo no Banco Bradesco, cujo valor foi de R\$ 100.000,00, sob o contrato de nº 0063002059775, mas que não teria sido considerado pelo autuante. Tal movimentação foi lançado no Diário (fls 443) no Livro Caixa (fls. 445), e no Livro Razão da contabilidade (fls. 446), sem que conste na planilha do levantamento mensal, de fls 09 a 12 do presente PAF.

Em outro tópico, afirma que a infração 2 quanto à substituição tributária é infundada e inconsistente, pois anexa a relação de notas fiscais com seus respectivos DAE's de pagamentos às fls. 447 a 519.

Adiante, na infração 3 junta várias notas e DAE's de pagamento (fls 520 a 566) quanto ao adimplemento dessa obrigação tributária (antecipação parcial), mas que contudo, algumas notas fiscais relativas ao regime de substituição tributária não foram processadas pela contabilidade, o que leva a reconhecer parcialmente o Auto de Infração neste item.

Por fim, pede pela improcedência dos saldos credores de caixa de Janeiro a Junho de 2007 e fosse elaborado pelo fiscal autuante um novo demonstrativo em relação às infrações 2 e 3.

Após, os autos retornaram à PGE/PROFIS. Em Parecer de fls. 575 a 576, a i. procuradora Maria Helena Cruz Bulcão relata que a diligência realizada limitou-se às infrações 2 e 3, resultando em uma redução dos valores inicialmente apurados. Aponta também que foram levantados dois novos fatos pelo autuante em relação à infração 1, que não foram objeto da diligência: 1) que possuía saldo de caixa em 31/12/2006 e o Fisco considerou este saldo como "zero"; 2) que teriam ingressados cem mil reais no caixa da empresa, em junção de empréstimo de junho de 2007.

Diante desses novos eventos e em busca da verdade material, aconselha o encaminhamento do feito em nova diligência, a fiscal estranho ao feito, para que se verificasse:

- a) se de fato resta comprovada nos autos a existência de saldo inicial de caixa no exercício de 2007 e qual o seu valor
- b) se de fato resta comprovada nos autos a tomada de empréstimo pelo autuado no valor de cem mil reais em junho de 2007 e se este valor ingressou no caixa da empresa.

Em sessão de pauta suplementar, novamente essa e. 2^a CJF deferiu a realização da diligência suscitada pela PGE/PROFIS.

Em atendimento a essa solicitação foi erigido Parecer ASTEC 183/2001, de fls. 581 a 583. Após a análise dos argumentos e documentos constantes nos autos, os Auditores Fiscais Pareceristas chegaram a seguinte conclusão:

"Dianite do todo exposto e para apreciação do Senhor Relator, o saldo de caixa, em dezembro de 2007, no valor de R\$ 219.437,70 resta evidenciado através dos lançamentos contábeis efetuados pelo diligenciado, sobretudo porque contra em sua Declaração de Imposto de Renda e demais livros contábeis; o empréstimo de R\$ 100.000,00 também foi objeto de transação financeira junto ao Banco Bradesco.

Tais valores foram consignados na apuração do saldo de conta Caixa, utilizando-se dos mesmo critérios usados pela Auditora Fiscal, com modificação dos valores apurados, implicando saldo credor, na conta caixa, o que oriente a presunção de omissão de receita, apenas no mês de julho 07, no valor de R\$ 6.562,22, conforme demonstrativo acima."

As partes foram intimadas a se manifestarem sobre o resultado da diligência.

Às fls. 601, o contribuinte se manifesta dizendo que "Concorda com o saldo a pagar de R\$ 6.562,22", requerendo que o valor fosse enviado para parcelamento ou pagamento.

Às fls. 609, o Auditor Fiscal Lucimar Rodrigues Mota traz as seguintes manifestações:

"Na condição de Autuante, declaro que concordo com o Parecer ASTEC N° 183/2011, sendio qual, pelas razões e motivos ali expostos e documentados pelo Fiscal estanho ao feito, Sr. JOSÉ RAIMUNDO, o valor histórico reclamado da infração 01 - código 05.03.02 - é reduzido de R\$ 32.117,07 para R\$ 6.562,22, ou seja, os itens 1, 2 e 3, do Demonstrativo de Débito do Auto de Infração, fls 04, passam a serem nulos; e o item 4 é reduzido de 18.975,46 para 656,22, tudo conforme apurado no citado Parecer, de fls. 518 a 583, com seus anexos, de fls. 584 a 596."

Com o retorno dos autos à PGE/PROFIS, a Ilustre procuradora Maria Helena Cruz Bulcão aduz que *"Considerando que as diligências efetuadas nos autos promoveram a modificação material relativa às infrações 1, 2 e 3, entendemos que o débito deve ser reduzido nos moldes do novo demonstrativo elaborado pelo autuante e pelo diligente da ASTEC."*

Ao final, fala que os argumentos do recorrente são suficientes para modificar parcialmente a Decisão recorrida, opinando pelo provimento parcial do Recurso voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário que tem por objeto a improcedência do Auto de Infração, em decorrência da falta de observação do princípio da ampla defesa e a improcedência das infrações por erros dos números levantados pela fiscalização.

O Recorrente alega em preliminar que houve afronta ao princípio da ampla defesa por juntada dos documentos necessários, conforme preceitua o art. 41, incisos I e II do RPAF.

Art. 41. O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

I - de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente;

II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido.

Entendo que não merece guarida a arguição de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, vez que o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativo de débito de todas as infrações (fls. 04 e 05) como também a intimação para apresentação de livros devidamente assinada, (fls. 08), auditoria de conta do Ativo, da Substituição e Antecipação Tributária, auditoria de Crédito Fiscal do ICMS, Cópias do Livro de Registro de Entrada e Cópias de Notas Fiscais referentes à Substituição e Antecipação. Assim, vejo cumpridas pela fiscalização as exigências do citado artigo, bem como os artigos 18 e 39 do RAPP/BA.

Superada a questão preliminar, passo a análise do mérito.

No que tange à infração 1, relativa à omissão de saída apurada através de saldo credor de caixa, vejo que tem razão o recorrente em pleitear a redução do valor lançado, uma vez que não fora considerado o saldo inicial do ano de 2007. Restou configurado que a empresa alterou o seu regime de apuração de Imposto de Renda e, consequentemente, passou por uma adequação contábil permitida pela legislação que repercutiu no valor do saldo inicial do exercício de 2007. Os documentos acostados às fls 397, 400 e 404 demonstram que o saldo inicial não era zero, como apontado pelo Fisco, mas sim de R\$ 219.437,70, o que reflete na suposto saldo credor.

Além disso, o recorrente comprovou que tomou um empréstimo no valor de R\$ 100.000,00 em junho de 2007 e que tal numerário realmente entrou no caixa da empresa. Do mesmo modo que o saldo inicial, tal entrada também reflete na apuração do imposto.

Diante desses fatos, acolho o Parecer ASTEC de fls 581 a 583, para reduzir o débito da infração 1 para o valor de R\$6.562,22.

Infração 1 parcialmente procedente.

Quanto às infrações 2 e 3, aponto que elas foram revistas quando da realização da primeira diligência, sendo os seus valores reduzidos de R\$11.249,75 para R\$ 10.959,97 na infração 2 e R\$ 21.439,35 para R\$ 19.726,98 no item 3. Compreendo que todos os documentos fiscais trazidos pelo Recorrente em sede de Recurso foram analisados. Como os cálculos da primeira revisão não foram contestados pontualmente pela empresa em suas manifestações posteriores, entendo que não mais se insurge contra os novos demonstrativos e valores apresentados de fls. 382 a 384. Caso houvesse divergência, caberia à empresa proceder da mesma forma ocorrida na infração 1, onde ela apontou quais foram os erros cometidos e os documentos fiscais não considerados.

Assim sendo, entendo que as infrações 2 e 3 são procedentes em parte, devendo ser considerados os valores apontados na diligência fiscal, de fls 382 e seguintes.

Em relação à infração 4, não foram apresentados documentos ou demonstrativos que elidissem a imputação de uso indevido do crédito fiscal de ICMS, em relação a mercadorias que foram adquiridas na substituição tributária, vindas do Estado de Alagoas. No caso, o produto açúcar está enquadrado no regime de substituição tributária por antecipação, consoante a regra do art. 353, II, item 12 do RICMS. Conforme disposto no artigo 356, caput, do RICMS/97, não podia o contribuinte se creditar dos valores devidos e já recolhidos na substituição tributária por antecipação e, em sua escrita fiscal, fazer o lançamento dos mesmos créditos, em relação a tais produtos sujeitos ao regime de antecipação, mas com a tributação já encerrada, creditando-se duas vezes sobre a entrada do mesmo produto.

Tal conduta tipifica a imputação fiscal. Assim, tenho que a infração é totalmente procedente, nos moldes julgados pela 3^a JJF.

Diante do tudo exposto, voto no sentido de dar o PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, para alterar a Decisão *'a quo'* em relação às infrações 1, 2 e 3, para julgá-las parcialmente procedentes e manter inalterada o Acórdão no que tange à infração 4.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 300766.0060/09-8, lavrado contra **ANTÔNIO O. DOS SANTOS FRIOS E CEREAIS (ATACADÃO DM)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$40.381,24**, acrescido das multas de 60% sobre R\$33.819,02 e 70% sobre R\$6.562,22, previstas no art. 42, incisos II, "f", VII, "a" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de agosto de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS