

**PROCESSO** - A. I. N ° 232185.0002/08-0  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e HITZ COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. (HITZ SERVIÇOS)  
**RECORRIDOS** - HITZ COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. (HITZ SERVIÇOS) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0002-04/09  
**ORIGEM** - INFAZ BRUMADO  
**INTERNET** - 01/07/2009

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO CJP Nº 0179-12/09

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO NOS LIVROS FISCAIS. Comprovada a omissão de lançamento de notas fiscais emitidas em vendas para terceiros. Infração caracterizada. **b)** OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. Restou comprovado remessa do produto cruzeta de concreto T 2400mm 400 DAN. Comprovada a regularidade das demais remessas. Infrações parcialmente caracterizadas. Mantida a Decisão da Junta de Julgamento. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício, interpostos para o reexame da Decisão de 1º grau, exclusivamente quanto às infrações 1 e 10, com as seguintes imputações:

*INFRAÇÃO 1 – Descumpriu obrigação tributária principal através de ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei. Consta que o sujeito passivo arrancou via fixa do talão da nota fiscal nº 26, emitida em operação de venda a COELBA e não a escriturou; prestou declaração de extravio das notas fiscais de 121/170, porém as notas de nºs 167, 169 e 170 foram emitidas em operações de venda para COELBA, tudo conforme anexo 01, relatório da empresa e cópias das notas fiscais. Valor R\$ 151.285,58, multa de 100%.*

*INFRAÇÃO 10 - Descumpriu obrigação tributária principal através de ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei. Consta que o contribuinte em operação de venda para entrega futura, acobertada por Regime Especial do adquirente (COELBA), Parecer GECOT 9.620/05 para que a tributação do ICMS ocorresse no faturamento da mercadoria em vez de ocorrer na remessa, conforme previsto nos artigos 411/412 do Decreto 6.284/97, deu saída nas operações de remessa a maior que o valor do faturamento, resultando recolhimento de ICMS a menos, conforme anexos 13/14. Observa que as saídas omitidas das infrações 01 e 03 foram consideradas efetivas para que não ocorresse a bitributação. Valor R\$ 90.993,17, multa 100%.*

Em conformidade com o relatório da JJF, o autuado em sua impugnação (fls. 389 a 405), através de seus advogados legalmente constituídos, mandatos procuratórios à fl. 407, contestou as infrações conforme a seguinte exposição:

Quanto à infração 1, alegou que houve simples ocorrência de erro por omissão formal sanável e qualquer outra avaliação subjetiva fere o princípio da boa-fé. Disse que o autuante se excedeu em suas conclusões ao criminalizar a inadimplência contestada e que a mera ausência de pagamento dos tributos pelo contribuinte não pode ser considerada como ilícito penal.

Disse que a Nota Fiscal nº 26, no valor de R\$7.036,35, cujas vias foram destacadas do talonário, está devidamente registrada no livro Registro de Saída, à página 32, livro Caixa página 12 e no livro Registro de Apuração (anexo 06). Afirma que o talonário foi subtraído da empresa quando já emitidas as Notas Fiscais nºs 167, 169 e 170, juntamente com outros materiais, conforme o boletim de ocorrência (anexo 02) e não foram lançados justamente por faltar às segundas vias

presas ao talão. Argumenta ainda que todas as operações de saídas de mercadorias estão escrituradas e à disposição do fisco, que as transações são formalizadas por Contratos e Pedidos, reconhecendo apenas o embaraço à ação fiscal pela natureza das operações e total registro em documentos próprios, cuja sanção apropriada para a infração está prevista no art. 42 inciso XV-A, Lei nº 7.014/96.

Alegou que é um dos maiores contribuintes da região nos últimos dois anos; que todas as operações de saídas estão registradas nas notas fiscais que acobertam remessas aos mais diversos destinos determinados pela COELBA e que tais operações exigem logística de armazenagem e mecanismos de controle complexos, por isso mesmo, sujeitos a erros. Justamente essa diversidade de controles permitiu o trabalho fiscal e sustentaram a infração 10, cujas notas fiscais foram relacionadas no demonstrativo “remessa de encomenda”.

Insiste, eliminada a grave acusação de fraude ou simulação, havendo apenas um erro formal sanável, tendo em vista que em função do contrato com a COELBA, cliente que responde por quase a totalidade de seus negócios, impossível a existência de irregularidades. Diz ainda que a fiscalização, revelando o erro praticado presta um serviço à própria empresa, além disso, pela tipificação da infração, não especificada na lei, a multa é interpretação subjetiva do autuante.

Afirmou que por ter agido com boa-fé é inconcebível a multa de 100%, invocando artigos 106 e 112 CTN, que trata de interpretação e integração da legislação tributária, complementa que multa nesse patamar é exorbitante e o Estado assenhora-se do patrimônio do devedor, prejudicando suas relações comerciais lembrando que a multa cobrada na infração 11, já o apenou. Entendendo o Conselho de Contribuintes pela aplicação de multa que se aplique na forma prevista do artigo 42 XV-A, Lei nº 7.014/96; em último caso, decidindo pela aplicação de multa sobre o imposto devido, fato totalmente refutado, aplique-se 50% (art. 42, I, “a”) das operações escrituradas.

Com relação à infração 10, disse que novamente o auditor foi subjetivo ao expor que o autuado descumpriu obrigação tributária diversa da especificada expressamente na lei. Assevera que a autuação trás “venda para entrega futura”, quando na realidade as mercadorias são faturadas para a COELBA que as retira de acordo com as suas necessidades.

Disse que firmou com a COELBA um contrato para fornecimento de materiais, que a empresa possui Regime Especial para figurar como depositário fiel e que os pedidos são emitidos na forma do sistema de compra eletrônica. Diz ainda que a autuação foi constituída a dar uma feição de irregularidade, utilizando termos próprios para designar a emissão de documentos fiscais. Assim, a nota fiscal fatura virou nota mãe e para notas fiscais de remessa emprega o termo remessa de encomenda. Define que a mercadoria está armazenada nas dependências do autuado e foram faturadas na forma do regime especial antes mencionado.

Descreveu que a afirmação de que o autuado deu saída nas operações de remessa a maior que a faturada é fruto de falhas nas planilhas elaboradas e por desconhecimento e análise realista dos fatos. Relaciona levantamentos equivocados para as mercadorias POSTE CONC DT 9/200; POSTE CONC DT 9/400; POSTE CONC DT 9/600; POSTE CONC DT 11/200; POSTE CONC DT 11/400 POSTE CONC DT 12/400; POSTE CONC DT 12/600 e ressalta que se trata de operação comercial SUI GENERIS e pode isso ter causado o equívoco fiscal. Diz que antes do faturamento são realizadas inspeções através do documento chamado BIM, quando os materiais são aprovados ou rejeitados e isto não foi considerado na ação fiscal.

Aduziu que a tributação é uma relação jurídica porquanto a mesma lei regula direitos e deveres dos contribuintes e do fisco. A lavratura de Auto de Infração flagrantemente improcedente transforma a relação de tributação numa relação de poder, reiterando que a acusação de ação ou omissão fraudulenta não guarda relação com a realidade complexa de fatores e circunstâncias das operações em questão. Salientou que as infrações não impugnadas serão quitadas.

Finalizou sintetizando os pedidos já formulados e reiterou que as notas fiscais constantes dos anexos 4 e 5 demonstram a transparência das operações, ressaltando que as cópias coladas aos autos podem ser conferidas pelo fisco.

O autuante, na informação fiscal prestada às fls. 2489/2493, repetiu de forma resumida os termos da impugnação e dos pedidos formulados, rebatendo-os na forma a seguir:

INFRAÇÃO 1 - a Nota Fiscal nº 26, embora retirada do talonário foi escriturada devendo ser excluída do lançamento; reitera o dolo e a simulação uma vez que o autuado fez comunicação de extravio do talão de notas com numeração 120/170, mas preencheu o formulário DOCUMENTOS FISCAIS NÃO UTILIZADOS; não considera crível que o autuado tenha esquecido vendas que montaram um total de R\$882.868,84; diz que existe um lapso temporal muito grande entre as datas de emissão das Notas Fiscais nºs 167, 169 e 170 e o registro de queixa de furto e entre as Notas Fiscais nºs 169 e 170, um lapso de 7 meses, sugerindo que o talão não foi furtado, mas utilizado para dar saída a mercadorias sem registro na escrita fisco-contábil e assim, correta a aplicação da multa de 100%.

INFRAÇÃO 10 – repete tratar-se de operação de venda com entrega futura, onde é emitida a nota para faturamento por ocasião da venda e, posteriormente, emitida nota de remessa por ocasião da efetiva saída e tradição do bem. No caso concreto, explica que o autuado emite nota fiscal chamada “venda à mercantil” no faturamento contra a COELBA, quando da saída efetiva da mercadoria, emite-se nota fiscal que o autuado chama de “remessa de encomenda” e que difere das operações clássicas de “venda para entrega futura”, em função do Regime Especial concedido (Parecer GECOT 9.620/05) que determina a venda como momento do pagamento do ICMS, permanecendo o autuado como fiel depositário da mercadoria até a remessa.

Disse ainda que as planilhas foram compreendidas pelo autuado, o termo “nota mãe” significa a nota do faturamento para a COELBA e que “remessa de encomenda” são notas fiscais de remessa, descritas assim pelo próprio autuado. O levantamento consiste em comparar as notas de faturamento com as saídas efetivas, através as notas de remessas, verificando-se em vários produtos saídas por remessas em quantidade superior às discriminadas nas notas de faturamento. Em função do regime especial as notas de remessa saem sem tributação. Concluindo que houve saídas não faturadas e sem recolhimento do imposto. Irrelevante se tais mercadorias foram destinadas para a COELBA ou entregues a clientes diversos.

Lembra que as notas de vendas para a COELBA podem ser consistentes com os pedidos; a questão é que as saídas posteriores (remessas) foram superiores às vendas. As inspeções de materiais, alegadas pelo autuado, fazem referências às mercadorias constantes das notas de faturamento, armazenadas no autuado.

Finalizou pedindo a Procedência em Parte do Auto de Infração.

O autuado voltou a manifestar-se acerca da informação fiscal prestada pelo Auditor Fiscal, às fls. 2496/2502, e, inicialmente reafirmou os termos de sua impugnação; insistiu que o Auto de Infração está eivado de conclusões equivocadas, pedindo que sejam respeitados os princípios constitucionais, entre eles o da boa-fé.

Acerca da infração 1 – disse que o autuado reconhece um erro cometido, mas desconsidera a capacidade de erro também no autuado, numa visão distorcida do princípio de igualdade e da lealdade processual. Frisou que o direito processual fiscal e o processual penal orientam-se pelo princípio da legalidade estrita e da tipicidade fechada; assim, para tipificar conduta deve ter embasamento fático e jurídico; o ônus da prova é de quem acusa. Transcreve ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA, sobre o tema e jurisprudência do TRF.

Insistiu que não há que se falar em simulação, fraude ou mesmo omissão, quando toda a operação está registrada pelos mais diversos meios de controle.

Acerca da infração 10 – disse que o autuante coloca mais uma vez suas convicções pessoais acima dos fatos, reiterando que não há venda para entrega futura. Rebateu a afirmação do autuante sobre a compreensão das planilhas, na realidade faltam a elas coerência e consistência cronológica e factual. A infração se baseia em falho entendimento do autuante quanto às operações de comercialização das mercadorias. Conclui, reiterando todos os termos da defesa.

Em nova manifestação do autuante, (fls. 2.505/2.508) acerca das novas considerações do autuado, apresentou contra-arrazoado reiterando as assertivas anteriores com a exclusão do ICMS relativo à Nota Fiscal nº 26 e que, efetivamente, foram omitidas as saídas das Notas Fiscais nºs 167, 169 e 170; que o Processo nº 027599/2008-0 somente foi protocolado após o início da ação fiscal; que o autuado declarou o extravio dos documentos sem utilização, quando na verdade serviu para as operações de vendas.

Sem acréscimos substanciais à informação prestada anteriormente, formulou pedido pela Procedência do presente Auto de Infração.

Após cumprimento das etapas acima, a Junta de Julgamento Fiscal concluiu a instrução do presente processo, afastou as arguições de nulidade suscitadas pela defesa e, no mérito, proferiu a Decisão abaixo reproduzida quanto às infrações devolvidas ao reexame da Câmara de Julgamento Fiscal:

*Na infração 01 é imputado descumprimento de obrigação tributária principal através de ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei, tendo em vista que, segundo a acusação, o sujeito passivo arrancou via fixa do talão da nota fiscal nº 26, emitida em operação de venda a COELBA e não a escriturou. Informa ainda que o autuado prestou declaração de extravio das notas fiscais de 121/170, porém as notas de nºs 167, 169 e 170 foram também emitidas em operações de venda para COELBA.*

*O autuado alega que houve simples erro formal sanável; que a nota fiscal nº 26, no valor de R\$ 7.036,35, apesar de destacada do talonário, está devidamente registrada no livro Registro de Saída, à página 32, livro Caixa pagina 12 e no livro Registro de Apuração (anexo 06); que foi subtraído o talonário onde constava as notas fiscais 167, 169 e 170, conforme boletim policial, por isso não lançadas.*

*Analizando as peças do processo, verifico que, com relação à nota fiscal 26 (fl. 32), no valor de R\$ 7.036,35, o próprio autuante reconhece a exclusão da respectiva exigência constante do demonstrativo de fl. 41, uma vez que embora retirada do talonário, foi escriturada regularmente em seu livro Registro de Saída de novembro/05 (fl. 2434), em cujo valor total de saída do mês (R\$ 235.461,11), estava incluído o valor da referida nota fiscal.*

*As demais notas fiscais relacionadas no demonstrativo de vendas omitidas, fl. 41, de nºs 167, 169 e 170, respectivamente nos valores R\$ 271.496,84; R\$ 46.890,00 e R\$ 564.492,00 (fls. 33/35), no entanto, não foram lançadas ou objeto de qualquer registro, como defende o autuado, e efetivamente correspondem à operações de vendas de mercadorias efetuadas para a CIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA – COELBA, conforme cópias das notas anexadas aos autos, às fls. 33/35.*

*A apuração das operações supracitadas, a evidência da ocorrência do fato gerador e, em consequência, a constituição de ofício do crédito tributário, ora reclamado, somente foi possível, a partir de relatório enviado pelo destinatário das mercadorias (fls. 29/31), após solicitação do Auditor Fiscal, à fl. 27. Não obstante a tentativa de negar os fatos que determinaram o nascimento da obrigação tributária seja através da declaração de extravio feita pelo autuado, fl. 37, boletim de ocorrência policial (fl. 38) ou protocolo de “Documentos Fiscais não Utilizados” (fl. 39), a exigência resta cabalmente comprovada, nos termos e nos fundamentos legais argüidos pelo preposto da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.*

*Toda a documentação acostada aos autos nas razões defensivas, objetivando sustentar a perda ou extravio dos documentos, conforme relato acima, não é verossímil, uma vez que construída somente após a intimação para início da ação fiscal, no dia 03.01.2008, com único fito de negar o cometimento da infração.*

*Posto isso é a infração procedente no valor de R\$ 150.089,40.*

*(...)*

*Com relação à infração 10, a exigência é para o recolhimento de ICMS a menos, tendo em vista descumprimento de obrigação tributária através de ação ou omissão não especificada na legislação tributária (saída nas operações remessa a maior que o valor do faturamento). Rebate o autuado que o auditor foi subjetivo ao fazer a exposição dos fatos que culminaram com a acusação fiscal e o que foi chamado de “venda para entrega futura”, trata-se, na realidade, de mercadorias faturadas para a COELBA que as retira de acordo com as suas necessidades.*

*Examinando as peças processuais verifico antes que o autuado teve a seu favor autorizado o Regime Especial (Parecer GECOT 9.620/05), na realidade, alteração de Regime anterior concedido à COELBA (Parecer GECOT 1.708/97), para a inclusão do estabelecimento autuado como seu fiel depositário até a retirada dos bens adquiridos de seus fornecedores (fls. 410/411). Em decorrência desse contrato especial de compra e venda de mercadorias, efetuado entre o estabelecimento autuado e a Companhia concessionária do Serviço Público de Energia Elétrica do Estado da Bahia (COELBA), o negócio jurídico se completa somente com a remessa efetiva das mercadorias.*

*Por sua vez, o autuado questiona que a operação em questão não se trata de Venda para Entrega Futura, em função do Regime Especial concedido à COELBA. De fato, no caso concreto, não estamos diante de Vendas à*

*ordem ou para entrega futura nos termos do art. 411, RICMS/BA, porque nestas existe vedação para o destaque do ICMS correspondente, no momento do faturamento, o que ocorrerá somente por ocasião da efetiva saída da mercadoria.*

*No caso em tela, a operação deverá ser tributada normalmente, no momento da circulação jurídica das mercadorias (faturamento), que, no entanto, permanecerá depositada no estabelecimento remetente por força do acordo celebrado com a COELBA, antes mencionado, ocorrendo a efetiva remessa em instante posterior, a depender da necessidade da Concessionária de Energia. Justamente para apurar se as remessas realizadas correspondem aos valores efetivamente faturados e lançados nos livros fiscais e contábeis, submetidos à incidência do ICMS foi que o auditor elaborou demonstrativos, planilhas (fls. 55/175), relacionando cada um dos produtos comercializados (postes de concreto e cruzetas) de forma cronológica, em função do faturamento, identificando as notas fiscais com natureza de operação “venda a mercantil” CFOP 5101 e comparando com as notas fiscais das efetivas saídas.*

*No entanto, alguns equívocos foram cometidos pelo autuante, a exemplo das notas fiscais de faturamento nº 21 (fl. 2147), cuja soma não foi considerada no demonstrativo de fl. 138; além da nota fiscal nº 55 (fl. 2180) que, não obstante constar como natureza da operação “remessa de encomenda” se refere a “venda mercantil” efetuada à Cia de Eletricidade do Estado da Bahia.*

*Analisaremos a seguir a repercussão da não consideração de tais documentos nesta infração.*

*1 - Poste de concreto DT 12/400, em novembro/05 (fl. 138) foi apurada omissão de faturamento de 10 unidades. Desconsiderada a nota fiscal de faturamento nº 21 com igual 10 unidades – R\$ 873,77.*

*2 – Cruzeta de concreto RET 2400mm 200, a nota fiscal 055, de 02.06.2006 (fl. 2180) com 1400 unidades não foi considerada no demonstrativo fiscal, apesar do lançamento no livro Registro de Saídas do estabelecimento, fl. 2311, tornando sem efeito as parcelas R\$ 1.398,76 (fl. 167); R\$ 7.218,20 e R\$ 1.578,28, (fl. 168).*

*3 – Poste de concreto DT 9/400, a nota fiscal 055, de 02.06.2006 (fl. 2180) com 140 unidades não foi considerada no demonstrativo fiscal, apesar do lançamento no livro de saída do estabelecimento, fl. 2311, tornando sem efeito as parcelas R\$ 56,73; R\$ 850,88; R\$ 1.981,66 (fl. 78); R\$ 9.389,33; 1815,22 (fl. 79); R\$ 226,90; R\$ 170,18; R\$ 113,45 (fl. 81).*

*4 – Poste de concreto DT 9/600, a nota fiscal 055, de 02.06.2006 (fl. 2180) com 20 unidades não foi considerada no demonstrativo fiscal, apesar do lançamento no livro de saída do estabelecimento, fl. 2311, tornando sem efeito as parcelas R\$ 653,85 (fl. 90); R\$ 581,20; R\$ 72,65 (fl. 91); R\$ 145,30 (fl. 92).*

*5 – Poste de concreto DT 11/200, a nota fiscal 055, de 02.06.2006 (fl. 2180) com 250 unidades não foi considerada no demonstrativo fiscal, apesar do lançamento no livro de saída do estabelecimento, fl. 2311, tornando sem efeito as parcelas R\$ 12.572,49 (fl. 97); R\$ 280,64 (fl. 97); R\$ 224,51 (fl. 99); R\$ 785,78; R\$ 112,25 (fl. 100).*

*6 – Poste de concreto DT 11/400, a nota fiscal 055, de 02.06.2006 (fl. 2180) com 310 unidades não foi considerada no demonstrativo fiscal, apesar do lançamento no livro de saída do estabelecimento, fl. 2311, tornando sem efeito as parcelas R\$ 13.661,77; R\$ 5.588,91 (fl. 113); R\$ 3.104,95 (fl. 114); R\$ 1.009,11 (fl. 116).*

*7 – Poste de concreto DT 11/600, a nota fiscal 055, de 02.06.2006 (fl. 2180) com 220 unidades não foi considerada no demonstrativo fiscal, apesar do lançamento no livro de saída do estabelecimento, fl. 2311, tornando sem efeito as parcelas R\$ 2.151,56; R\$ 2.899,92 (fl. 129); R\$ 5.238,57; R\$ 3.835,38 (fl. 130), R\$ 3.367,65; R\$ 841,91 (fl. 131); R\$ 1.122,55 (fl. 132).*

*8 – Poste de concreto DT 12/400, a nota fiscal 055, de 02.06.2006 (fl. 2180) com 15 unidades não foi considerada no demonstrativo fiscal, apesar do lançamento no livro de saída do estabelecimento, fl. 2311, tornando sem efeito as parcelas R\$ 88,57 (fl. 138); R\$ 616,42; R\$ 1.062,84; R\$ 88,57 (fl. 139).*

*9 – Poste de concreto DT 12/600, a nota fiscal 055, de 02.06.2006 (fl. 2180) com 10 unidades não foi considerada no demonstrativo fiscal, apesar do lançamento no livro de saída do estabelecimento, fl. 2311, tornando sem efeito as parcelas R\$ 539,96 (fl. 144); R\$ 1.079,93.*

*10 – Cruzeta de concreto T 2400 mm 200, a nota fiscal 055, de 02.06.2006 (fl. 2180) com 60 unidades não foi considerada no demonstrativo fiscal, apesar do lançamento no livro de saída do estabelecimento, fl. 2311, sem efeito as parcelas R\$ 51,46 (fl. 150); R\$ 419,00; R\$ 411,64 (fl. 151).*

*Dessa forma, restou somente caracterizada a remessa não precedida da respectiva operação faturamento para o produto cruzeta de concreto T 2400mm 400 DAN, nos valores definidos no demonstrativo elaborado pelo Auditor Fiscal, R\$ 566,32; R\$ 377,55; R\$ 111,04 (fl. 157); R\$ 355,34 (fl. 158); R\$ 44,42 (fl. 159) e R\$ 133,25 (fl. 160). Vale reiterar a nota fiscal nº 55 (fl. 2180) não foi considerada no levantamento fiscal.*

*Assim, a infração nº 10 é parcialmente procedente, no valor de R\$ 1.587,92.*

Considerando que o valor desonerado pela Junta de Julgamento foi superior ao limite fixado no art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, a Decisão foi devolvida ao reexame desta Câmara de Julgamento Fiscal, via Recurso de Ofício.

No Recurso Voluntário o contribuinte, através de seus advogados, reitera a sua impugnação exclusivamente quanto à infração 1, repetindo basicamente os mesmos argumentos submetidos ao exame do julgador de 1º grau. Para tanto se valeu de citações doutrinárias e jurisprudenciais, argumentando, em síntese, que a fraude em que se baseia a acusação não foi comprovada, sendo fruto de mera especulação do auditor fiscal e que todas as operações foram devidamente registradas, o que revela a sua boa-fé. Sustenta que em momento algum tentou prejudicar o Erário Estadual e que nenhum prejuízo foi causado ao fisco que teve condições, inclusive, de reclamar as diferenças devidas quanto ao cumprimento da obrigação tributária. Invocou a aplicação do princípio da boa-fé. Afirmou inexistir neste caso simulação ou fraude, porém reconhece a existência de um equívoco grosseiro e despropositado e, por conseguinte, o débito do ICMS, tão logo seja atualizado, deverá ser quitado. Declarou ter escriturado em seu livro todas as operações que compõem o presente lançamento de ofício.

Nestes termos, pediu, com arrimo no art. 112 do Código Tributário Nacional que a multa cominada seja afastada ou, de forma subsidiária, requer o reenquadramento da penalidade no inc. XV-A, alínea “b”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, correspondente à infração de embarço à ação fiscal, apenada com multa de R\$460,00.

A Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS) ao se manifestar nos autos sustenta que a acusação de fraude de registro das operações fiscais foi fruto de um trabalho minucioso do fisco, ao apurar que 3 (três) notas fiscais destinadas à COELBA, com valores significativos, foram retiradas do talonário. No entanto, as respectivas operações foram comprovadas junto ao destinatário, mediante intimação a ele dirigida. Argumentou ainda que a alegação de extravio das notas fiscais não pode ser acatada, pois a “queixa, foi providenciada após a ação fiscal”. Da mesma forma as afirmações que agiu de boa-fé não podem ser acolhidas, pois as operações objeto da infração não tiveram comprovação de registro, nem na defesa nem mesmo em sede de Recurso Voluntário. Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário e sugeriu a remessa de cópia dos autos ao Ministério Público do Estado da Bahia, por entender que no processo existem indícios de crime contra a ordem tributária.

## VOTO

Passo inicialmente ao exame do Recurso de Ofício. A exclusão de parte das operações que compõem os itens 1 e 10 do presente lançamento de ofício foi decorrente de equívocos cometidos na ação fiscal, ocasião em que diversas operações que se encontravam devidamente acobertadas com notas fiscais deixaram de ser consideradas pelo autuante. Evidenciados esses equívocos na peça defensiva apresentada pelo contribuinte, a JJF procedeu às correções devidas, reduzindo, respectivamente a infração 1, de R\$ 151.285,58. para R\$150.089,40 e a infração 10, de R\$90.993,17 para R\$1.587,92. Deve ser mantida a Decisão de 1º grau, razão pela qual voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário limita-se o contribuinte a contestar a tipificação da infração dada pelo autuante, reconhecendo, todavia, ser devedor do tributo apurado na infração 1, em cuja composição se encontram as operações acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 167, 169 e 170, que totalizam a base de cálculo no montante de R\$ 882.878,84, com ICMS no valor de R\$ 150.089,40. Argumenta ter incidido em erro grosseiro. Postula, com base nessas alegações, o reenquadramento da multa, para convertê-la em descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. XV-A, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, com penalidade de R\$460,00.

Tais alegações, entretanto, não podem ser acolhidas. Conforme foi muito bem ressaltado no Parecer da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), a apuração dos fatos geradores lançados no item 1 do Auto de Infração só foi possível diante da diligência empreendida pelo autuante que buscou junto à empresa destinatária, as notas fiscais e as provas do recebimento e pagamento das correspondentes operações não declaradas ao fisco pelo contribuinte, ao argumento de que os

talões de notas fiscais tinham sido objeto de extravio. Tal argumento, todavia, diante do que foi apurado no caso concreto, não afasta a responsabilidade tributária do autuado, nem descaracteriza o ilícito fiscal praticado. Isto porque o contribuinte poderia ter se valido da denúncia espontânea e oferecido à tributação as operações omitidas, todas elas praticadas junto à empresa concessionária de energia elétrica da Bahia, única adquirente de seus produtos. As vias correspondentes para a recomposição da sua escrita fiscal e decorrente apuração do imposto se encontravam em poder daquela empresa que mantinha contrato de fornecimento regular com o autuado.

Afora este aspecto, chama a atenção neste processo que comunicação de extravio dos documentos fiscais firmada pelo contribuinte às fls. 39, datada de 27/02/08 se deu após a formalização do início da ação fiscal, verificada em 03/01/2008, objetivando tão-somente desconstituir o lançamento, e, contendo declaração de que as notas fiscais que compunham os talões desaparecidos não tinham sido objeto de utilização, fato este que se revelou inverídico, pois as notas fiscais que serviram de prova para a apuração do imposto se encontravam inseridas justamente nos talões que o contribuinte informou terem sido extraviados.

Convém ressaltar, em acréscimo ao entendimento de que a conduta do autuado não esteve pautada na boa-fé, que entre data de emissão das Notas Fiscais de n<sup>os</sup> 167 (em 15/09/2006) e de 169 e 170 (03/04/07) e o registro do furto dos citados documentos, verificada em 25/02/2008, transcorreram aproximadamente 17 (dezesete) meses. Não é razoável se admitir crível a tese defensiva de erro grosseiro diante do lapso temporal que teve o contribuinte para corrigir as omissões que resultaram na falta de pagamento do ICMS ora lançado.

Todos esses elementos apontam no sentido de nos levar a concluir que o autuado se valeu de expediente ilegal, para subtrair do conhecimento do fisco estadual operações sujeitas ao recolhimento do ICMS, razão pela qual foi correto o enquadramento do fato pela autuação, que tipificou a infração no art. 42, inc. IV, letra “j”, com multa de 100% . Acrescente-se, ainda, que as alegações apresentadas pelo recorrente de que as operações acobertadas pelas Notas Fiscais n<sup>os</sup> 167, 169 e 170 foram devidamente escrituradas não tiveram comprovação documental, nem na defesa nem mesmo em sede de Recurso Voluntário.

*Ex positis* e amparado no Parecer da Procuradoria do Estado, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida, recomendando a remessa de cópia dos autos ao Ministério Público do Estado da Bahia, por entender que no processo existem indícios de crime contra a ordem tributária.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232185.0002/08-0**, lavrado contra **HITZ COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. (HITZ SERVIÇOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$177.486,68**, acrescido das multas de 100% sobre R\$151.677,32, 70% sobre R\$268,90 e 60% sobre R\$25.540,46, previstas no art. 42, incisos IV, “j”, III, II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$710,00**, previstas nos incisos XV, “d” e XIX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores que já se encontram recolhidos. Recomenda-se a remessa de cópia dos autos ao Ministério Público do Estado da Bahia, por entender que no processo existem indícios de crime contra a ordem tributária.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS