

**PROCESSO** - A. I. Nº 087015.0014/11-4  
**RECORRENTE** - EXTRATIVA METALQUÍMICA S/A. (GRAFITE DO BRASIL)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0314-04/12  
**ORIGEM** - INFRAZ ITAPETINGA  
**INTERNET** - 04.07.2013

### 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0240-13/13

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA NÃO ENTRADA NO ESTABELECIMENTO. Comprovada a infração, em razão das provas apensadas aos autos e das contradições das alegações defensivas. Exigência subsistente. Indeferidas as preliminares de nulidade e a solicitação de diligência ou perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (4ª JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$3.624.764,61, em razão de três infrações.

É objeto do Recurso apenas o primeiro item do Auto de Infração, o qual trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 3.618.100,37, mais multa de 150%.

Na descrição da infração, consta que este Auto de Infração é um complemento do Auto nº 087015.0034/10-7, anteriormente lavrado e julgado procedente pelo CONSEF. Foi consignado que todas as planilhas que acompanham o presente Auto de Infração já estavam prontas quando da lavratura do Auto de Infração anterior, porém não foram incluídas naquele lançamento em decorrência de limitação imposta pela ordem de serviço. Também consta que as razões para a glosa dos créditos foram as mesmas do Auto de Infração anterior, quais sejam:

- a) Todas as aquisições em comento são provenientes do Estado do AMAPÁ e, no entanto, nas notas fiscais não há carimbo de postos existentes no trajeto e nem conhecimento de transporte. Contudo, nas demais aquisições constam nos documentos o carimbo dos postos fiscais existentes nos trajetos ou conhecimentos de transportes com vinculação às respectivas notas.
- b) A quase totalidade das notas fiscais lançadas no livro Registro de Entradas do exercício de 2008 não foi apresentada ao fisco, tendo sido os lançamentos realizados à luz de comunicados, via *e-mail*, sem a presença física dos documentos fiscais (os *e-mails* estão anexados aos autos).
- c) Nos *e-mails* citados acima, constam orientações como o contador do destino deveria proceder para efetuar os lançamentos, a exemplo de números das notas fiscais, datas, valores da base de cálculo e ICMS a ser creditado, etc. Em um desses *e-mails* fica claro que a finalidade era o fechamento do ICMS a ser declarado ao fisco baiano, o que deixa evidente que não se tratava de uma operação de compra de matéria-prima e, sim, visava diminuir o saldo devedor.
- d) Todos os lançamentos contábeis da empresa são fictícios e visam dar aparente legalidade às operações, uma vez que seus débitos com o fornecedor jamais foram quitados. No Auto de Infração já julgado pelo CONSEF, em um dos pronunciamentos, o contribuinte chegou a alegar que um de seus credores havia perdoado toda a sua dívida oriunda de fornecimento de matérias-primas, sendo que tudo isso continuou nos exercícios de 2007 a 2010.

- e) A caligrafia do emissor das notas fiscais é sempre a mesma, não importando os locais e as empresas remetentes – CNPJs e cidades diferentes, no caso, MAZAGÃO-AP e SANTANA-AP.
- f) Todas as operações (notas fiscais apensadas ao processo) não constam das informações do CFAMT e SINTEGRA, conforme documentos anexados ao processo.
- g) A exemplo do ocorrido em 2005 e 2006, as notas fiscais, em relação às quais não houve circulação física de mercadorias foram lançadas a débito da conta matérias-primas e a crédito da conta empréstimo - FARID ASSI JOÃO (sócio gerente), como se ele sócio fosse o fornecedor da matéria-prima, apesar de as notas fiscais terem como remetente a MINERAÇÃO VILA NOVA LTDA., e, em outros casos, aparecem a crédito da própria mineradora. Em ambos os casos, jamais os seus créditos foram recebidos, conforme comprovam os lançamentos contábeis do autuado, demonstrando que se trata de um jogo de lançamentos contábeis, sem a existência de circulação de mercadoria e sem movimentação econômica.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0314-04/12, o Auto de Infração foi julgado Procedente.

Ao proferir o seu voto, a ilustre relatora da Decisão recorrida indeferiu a solicitação de diligência, pois considerou que os elementos constantes no processo já eram suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. O pedido de perícia foi indeferido, sob o argumento de que era de fácil visualização a semelhança da caligrafia constante nas notas fiscais em tela.

A preliminar de nulidade quanto à metodologia empregada na apuração do imposto foi afastada, tendo em vista que “a base de cálculo do ICMS exigido foi encontrada a partir do valor das operações constantes nas notas fiscais anexas ao PAF, fls. 12 a 20, cujo valor destacado de ICMS fora creditado pelo sujeito passivo, conforme planilha de fls. 10 a 11”.

Foi ultrapassada a preliminar segundo a qual os *e-mails* acostados ao processo constituíam provas ilícitas, uma vez que esses *e-mails* foram entregues pelo próprio sujeito passivo, junto com a documentação solicitada.

No mérito, a lide foi decidida da seguinte forma:

*O sujeito passivo tenta desqualificar a autuação, sob a negativa de que o crédito fiscal utilizado não seria legítimo, mas proveniente de fornecedores, tais como MINERAÇÃO VILA NOVA LTDA, do Amapá, mas não consegue comprovadamente justificar como poderia ter sido realizado o transporte de tais mercadorias em tão grande volume e carga, sem que conste nos documentos fiscais anexos ao PAF, sequer um carimbo fiscal dos postos de fronteira. Outrossim, observa-se que os emitentes das notas fiscais possuem a mesma caligrafia, como destacou o autuante, desde a sua primeira manifestação no PAF. Também não há vestígios de que as notas fiscais foram manuseadas por transportadores.*

*Argumentar, como fez o contribuinte que a Mineração Vila Nova Ltda. é fornecedora de areia de cromita e de óxido de tântalo, matérias primas, misturadas ao grafite para ser vendido aos clientes Arcelormittal Brasil S.A, (nota fiscal em anexo), Tupy S.A., Schulz S.A., utilizado na abertura de válvula gaveta de panelas de fundição, mas não comprovar, efetivamente, que ocorreu o trânsito de tais matérias-primas, de fundamental importância para a produção do produto final qual seja, o grafite, não legitima a utilização de créditos fiscais tais como apontados neste lançamento fiscal. Tampouco basta justificar que a emissora das notas fiscais (Mineração Vila Nova Ltda.) está regularmente constituída, para que a operação geradora da emissão da nota fiscal seja uma operação plenamente válida.*

*Corroborando com o entendimento acima, o autuante, no corpo do AI, “destaca que a exemplo do que ocorreu em 2005 e 2006, as notas fiscais, de cujos documentos não houve circulação física de mercadorias, foram lançadas a débito da conta matérias-prima e a crédito da conta empréstimo - FARID ASSI JOÃO (sócio Gerente), como se ele fosse o fornecedor da matéria prima, apesar das notas fiscais terem como remetente MINERAÇÃO VILA NOVA LTDA, e, em outros casos, aparecem a crédito da própria mineradora, todavia, em ambos os casos, jamais os seus créditos, derivados dos fornecimentos, foram recebidos, conforme estão provados nos lançamentos contábeis da Extrativa, demonstrando, claramente, apenas jogo de lançamentos contábeis e a não existência de circulação de mercadoria e, tampouco, movimentação econômica real, pois, nenhum fornecedor sobreviveria nessas condições, ou seja, vender os seus produtos sem a correspondente contraprestação, que é o recebimento do numerário equivalente - cópias dos lançamentos contábeis apensas ao PAF;*

*Enfim, prossegue o autuante, em todas estas (operações) não há menor dúvida de que não houve circulação física de mercadoria, assim como, circulação efetiva de numerários (pagamento x recebimento), ipso facto,*

*enquadram-se, perfeitamente, nos dispositivos contidos nos artigos 97, inc. VII, e 209 inc. IV a VI e § único do art. 209 do RICMS vigente.”*

*A empresario autuado reafirma que apresentou todas as notas fiscais de entrada e saída, assim, todas as notas fiscais do exercício de 2008 foram apresentadas ao Fisco e permanecem à disposição para possíveis averiguações. Tanto é verdade que no PAF, juntou a Autoridade Fiscal os volumes: 08, 09, 10, 11, 12 referente às notas fiscais no exercício de 2008, totalizando 1614 notas fiscais.*

*Pontua que no volume 08 estão as notas fiscais referentes a janeiro, fevereiro e março/2008, (fls. 2430 até as 2778), totalizando 348 notas fiscais. No volume 9 são notas fiscais referentes a abril, maio e junho/2008, (fls. 2790/3211), totalizando 421 notas fiscais. No volume 10 são notas fiscais referentes a junho, julho, agosto, setembro, (fls. 3214 a 3614), totalizando 400 notas fiscais. No volume 11 são notas fiscais referentes a outubro (fls. 3618 a 3808), totalizando 190 notas fiscais. No volume 12 são notas fiscais referentes a novembro e dezembro (fls. 3811 a 4044), totalizando 233 notas fiscais.*

*Ademais, aduz a defendente que verificando o PAF, das 72 notas fiscais objetos da autuação, 57 encontram-se colacionadas.*

*Contudo, embora a defendente informe que a empresa Mineração Vila Nova Ltda, fornecedora da Extrativa Metalquímica S/A, efetivamente recolheu o ICMS das notas fiscais em que a Autoridade Fiscal considerou inidôneas, não foram trazidos ao PAF os comprovantes de tais pagamentos.*

*Outrossim, o autuante destacou que “nos lançamentos contábeis realizados pelo contribuinte (fls. 151 a 201 e 218 a 296), todas as operações “compras” e que se referem às notas fiscais, objeto deste Auto de Infração, seus pagamentos encontram-se, em aberto, mesmos aqueles realizados em 2007 a 2010, da mesma forma que procedera em relação a 2005/2006 (auto anterior).”*

*Neste sentido reafirma o autuante na informação fiscal: “o sujeito passivo elaborou um demonstrativo de “supostos pagamentos realizados (fls. 6925/6931)”, onde cita pagamentos realizados e não junta a devida comprovação dos pagamentos (extratos bancários), como se comprometera em sua defesa (fls. 6908) e, diga-se de passagem, tais pagamentos não constam dos seus lançamentos contábeis, realizados à época. Pergunta se estaria, ele, alterando o Diário Geral e conta CAIXA? Lembrou que, as cópias do original já se encontram apensadas aos autos (fls. 257 a 305 do PAF)”.*

*Portanto não há a comprovação dos pagamentos, e consoante o art. 144 do RPAF/99, poderá ser pedida a entrega ou exibição de documento ou de coisa que se encontre em poder da parte contrária, sendo que a sua entrega ou exibição não poderá ser negada, se aquele que o tiver em seu poder a ele houver feito referência com o propósito de constituir prova.*

*Ademais, consoante dispõe o art. 116 § único do CTN, “A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.*

*De todo o exposto, relevantes ainda são os fatos de que não há prova da circulação efetiva das mercadorias, no seu trajeto, desde a sua origem até o destino - mais de 3.000 Km, como pontua o auditor fiscal, além de que não há registro do trânsito da mercadoria, em nenhum posto fiscal e, não há conhecimentos de fretes, assim como, não há registros das notas fiscais no CFAMT – Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em trânsito. Ressalte-se o grande volume das mercadorias que compõem as notas fiscais objeto da acusação fiscal, sendo necessária a utilização de carretas para o seu transporte. Ademais, e muito importante é que não constam nos autos os efetivos pagamentos das ditas aquisições aos fornecedores, como demonstra o autuante, ao longo da instrução processual, nem a comprovação do pagamento do ICMS a débito dos fornecedores, o que poderia legitimar o aporte do crédito para o Estado da Bahia.*

*Outrossim, a multa aplicada está prevista no art. da Lei nº 7.014/96, portanto legal.*

*[...]*

*Ante todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

Inconformado com a Decisão proferida pela 4<sup>a</sup> JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, no qual afirma que a Decisão recorrida merece ser reformada.

Após demonstrar a tempestividade do Recurso Voluntário e fazer uma síntese do processo, o recorrente afirma que a relatora da Decisão recorrida não rebateu todas as alegações defensivas, reportando-se a maior parte do tempo ao primeiro Auto de Infração, inclusive, fazendo transcrições de fatos e alegações que compuseram aquele Auto.

Preliminarmente, suscita a nulidade da Decisão recorrida, por ofensa à ampla defesa e ao contraditório, em razão do indeferimento do pedido de diligência. Explica que a diligência solicitada visava comprovar que o crédito utilizado foi recolhido na origem, tendo em vista que o disposto no art. 97, VII, do RICMS-BA, estabelece que não obstante o vício do documento fiscal, havendo comprovação de que o imposto nele destacado foi recolhido ou lançado, a utilização do crédito fiscal será admitida. Assegura que a Mineração Vila Nova Ltda. lançou o ICMS das notas fiscais consideradas como inidôneas e, às fls. 7127 a 7318, anexa fotocópia de páginas de livros fiscais dessa citada empresa. Diz que se creditou de um imposto legítimo, de forma que desconsiderar as operações é afrontar a legislação baiana e os princípios da legalidade e da não cumulatividade. Ressalta que o indeferimento da diligência constitui uma violação de princípios da administração pública, além dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Solicita que o processo seja encaminhado à 4ª JJF para apreciação das provas ora apresentadas.

Argui a nulidade do Auto de Infração por falta de elementos essenciais à compreensão do lançamento. Diz que o método de cálculo utilizado para se chegar à quantia lançada não é compreendido nas planilhas e nem foi esclarecido pela relatora da Decisão recorrida.

Ainda em preliminar, suscita a nulidade do Auto de Infração por utilização de prova ilícita, uma vez que o autuante juntou ao processo *e-mails* cuja origem afirma desconhecer.

No mérito, destaca que não pode ser responsabilizado pela falta dos carimbos nas notas fiscais, assim como não se pode desconsiderar uma efetiva operação pela falta de carimbos fiscais. Frisa que para a legitimidade do crédito do ICMS não se faz necessário carimbos fiscais, mas sim a existência do crédito e o pagamento do imposto pela emitente dos documentos fiscais.

Diz que o fato de todas as notas fiscais serem do Estado do Amapá ocorre porque a Mineração Vila Nova Ltda. é sua fornecedora de areia de cromita e de óxido de tântalo, matérias-primas que são misturadas ao grafite que é vendido aos clientes Arcelormittal Brasil S.A., Tupy S.A. e Schulz S.A., para ser utilizado na abertura de válvula gaveta de panelas de fundição. Assevera que, portanto, houve apenas a compra de matérias-primas para a produção de grafite e, assim, se creditou do ICMS que já estava embutido no preço das citadas mercadorias.

Assegura que a emissora das notas fiscais (Mineração Vila Nova Ltda.) está regularmente constituída e que as operações geradoras das notas fiscais eram válidas. Enfatiza que tinha o direito de se creditar do ICMS gerado, não havendo irregularidade que justificasse a glosa dos créditos fiscais de ICMS.

Menciona que, segundo o autuante, todas as notas fiscais possuem carimbos dos postos fiscais com exceção das notas consideradas inidôneas. Entretanto, verifica-se nos autos a existência de notas fiscais provenientes de Santa Catarina, São Paulo e de outros Estados sem carimbos dos postos fiscais. Assegura que as operações abrangidas questionadas efetivamente aconteceram e, portanto, tem direito ao crédito correspondente. Destaca que apresentou todas as notas fiscais de entrada e saída, as quais permanecem à disposição do fisco para qualquer averiguação.

Assevera que desconhece a origem dos *e-mails* juntados ao processo e não sabe informar como o autuante tomou conhecimento deles. Acrescenta que não há qualquer informação que possa levar à conclusão de que são orientações para emissão de notas fiscais. Diz que nunca reconheceu a origem dos *e-mails* e que não sabe como essas provas foram parar no presente processo. Menciona que, como a emitente das notas fiscais é a Mineração Vila Nova Ltda., é descabido concluir que a Extrativa Metalquímica estava emitindo nota fiscal para seu fornecedor. Requer que os citados *e-mails* sejam desentranhados do processo, pois não têm nexo de causalidade com os fatos apurados. Frisa que, se os *e-mails* são seus, então são dados sigilosos e, como o autuante não possuía autorização para anexá-los ao processo, constituem provas ilícitas.

Ressalta que somente por meio de uma perícia grafotécnica, cuja solicitação foi indeferida pela primeira instância, se poderia afirmar que a caligrafia utilizada na emissão das notas fiscais era a

mesma. Menciona que não pode ser responsabilizado por ser a caligrafia utilizada na emissão das notas fiscais sempre a mesma.

Destaca que só a partir de julho de 2010 passou a estar obrigado a fornecer informações por meio de arquivos eletrônicos do SINTEGRA, conforme o Convênio ICMS 57/95. Explica que, naquela época, por diversos motivos, optou pela escrituração manual e, portanto, não estava obrigado a entregar arquivo magnético ao fisco.

Diz que o pagamento das duplicatas ocorreu por meio de conta de mútuo, sendo sem nexo as conclusões do autuante. Afirma que a conta de mútuo visa à compensação de operações financeiras de empresas do mesmo grupo econômico, sendo utilizada para informar contabilmente o quanto cada empresa tem a pagar e a receber.

Afirma que os lançamentos a crédito da conta “Farid Assi João” se referem a aporte financeiro do seu Diretor. Ressalta que o lançamento contábil é realizado no fim de cada exercício, e que a respectiva transação está pautada na Lei nº 6.404/76, alterada pela Lei nº 11.638/07. Diz que a relatora da Decisão recorrida não se pronunciou sobre a possibilidade de compensação de débitos usando a conta de mútuo.

Menciona que o autuante ignorou o princípio constitucional da não cumulatividade quando considerou os créditos fiscais utilizados como inidôneos. Discorre longamente sobre princípios constitucionais e, em seguida, afirma que o autuante jogou por terra toda uma construção doutrinária e jurisprudencial relacionada a princípios e regras constitucionais.

Realça que a razão do aproveitamento do crédito fiscal de ICMS deixa de ser exclusivamente a circulação de mercadoria e passa a ter como base a existência do crédito aproveitado. Frisa que a existência do crédito de ICMS é incontestável, sendo legítimo, portanto, todo o crédito lançado. Diz que, na autuação e no voto proferido em primeira instância, questões secundárias como não circulação das mercadorias e falta de carimbo dos postos fiscais foram analisadas com maior ênfase, enquanto a questão principal, a comprovação de que o imposto destacado foi efetivamente recolhido, foi deixada de lado.

Reproduz os dispositivos apontados pela fiscalização como infringidos e, em seguida, frisa que o disposto no art. 97, VII, do RICMS-BA/97, prevê que não obstante o vício do documento, havendo comprovação de que o imposto nele destacado foi efetivamente recolhido ou lançado, a utilização do crédito fiscal é admitida.

Acrescenta que a Mineração Vila Nova Ltda. recolheu o ICMS referente às notas fiscais que foram consideradas como inidôneas e, portanto, o crédito era legítimo e regular. Diz que desconsiderar a operação é ignorar a natureza jurídica do ICMS, ofendendo o princípio da não cumulatividade. Aduz que a Constituição Federal estruturou o ICMS pelo sistema imposto contra imposto e não mercadoria contra mercadoria. Ressalta que está apresentando toda a documentação comprobatória do lançamento do débito de ICMS pela Mineração Vila Nova Ltda., empresa genuinamente exportadora de minério de ferro.

Assegura que a multa aplicada tem o caráter de confisco, o que é expressamente proibido pela Constituição Federal. Transcreve dispositivos constitucionais, faz alusão aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como cita doutrina. Requer que, caso a infração não venha a ser julgada improcedente, a multa seja reduzida com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ao finalizar, requer que: seja decretada a nulidade do Auto de Infração por falta de fundamentação ou pela apresentação de provas ilícitas; seja decretada a nulidade da Decisão recorrida em razão do indeferimento da diligência; sejam os autos remetidos à primeira instância para apreciação das provas apresentadas; sejam os *e-mails* desentranhados do processo. No mérito, pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Também requer que seja a multa reclassificada, caso o Auto de Infração seja julgado procedente.

Em Parecer às fls. 7325 e 7326, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que na Decisão recorrida não houve preterição do direito de defesa, não tendo ocorrido qualquer uma das hipóteses ensejadoras de nulidade capituladas no art. 18 do RPAF/99.

No mérito, diz que apesar da alegação recursal de que a empresa fornecedora tinha efetuado o recolhimento do ICMS, não foi trazida a comprovação dos aludidos pagamentos e, além disso, não há prova da efetiva circulação das mercadorias.

Salienta que as multas indicadas na autuação estão previstas na Lei 7.014/96 e estão em conformidade com as infrações apuradas. Menciona que o requerimento de redução ou cancelamento das mesmas poderá ser apreciado pela Câmara Superior do CONSEF, a pedido do interessado, desde que atendidos os requisitos previstos no art. 159 do RPAF/99.

Ao finalizar, a ilustre Parecerista opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Cuida o presente Recurso Voluntário da Decisão de Primeira Instância que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, sendo objeto do Recurso a Infração 1, a qual trata de utilização indevida de crédito fiscal por não haver as mercadorias entrado no estabelecimento.

Preliminarmente, o recorrente suscitou a nulidade da Decisão recorrida, por cerceamento de defesa, em razão do indeferimento pela primeira instância da diligência que tinha sido solicitada.

Afasto essa preliminar de nulidade, pois o posicionamento da primeira instância está devidamente respaldado na legislação tributária estadual (art. 147, I, “a”, II, “a”, do RPAF/99 – Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99), bem como a Decisão encontra-se fundamentada nos motivos expostos pela ilustre relatora. A realização de diligência ou de perícia destina-se a fornecer ao julgador subsídios acerca de pontos que ele considera controversos, portanto, quando o julgador entende que possui elementos para decidir a lide, não há motivo para a realização de diligência ou perícia e nem há o que se falar em cerceamento de defesa. O pleito recursal para que o processo retorno à 4ª JJF para apreciação das provas trazidas no Recurso Voluntário não pode ser acolhido, pois essas provas só foram trazidas após a promulgação da Decisão de primeira instância. Comungando com o posicionamento adotado pela Primeira Instância, não vejo a necessidade de realização em fase recursal de diligência ou de perícia, pois os elementos probantes existentes nos autos são suficientes para o deslinde das questões.

Foi arguida a nulidade do Auto de Infração por falta de elementos essenciais à compreensão do lançamento efetuado.

Essa preliminar não merece acolhimento, uma vez que o Auto de Infração contém todos os elementos necessários à compreensão do lançamento. A descrição da infração imputada ao recorrente é clara e precisa. O Auto de Infração está acompanhado de demonstrativo que deixa clara a forma de apuração dos valores lançados, constando ali o número das notas fiscais consideradas como inidôneas, a data de registro dessas notas fiscais pelo recorrente, a unidade da Federação, o CNPJ e a razão social do emitente das notas fiscais reputadas como inidôneas, a base de cálculo do imposto lançado, a alíquota e o valor exigido. Corroborando esses elementos constitutivos do crédito tributário lançado, constam no Auto de Infração os dispositivos legais infringidos e o enquadramento legal da multa indicada na autuação. Dessa forma, não há como prosperar o argumento recursal de falta de elementos essenciais à caracterização da infração.

O recorrente suscitou a nulidade do Auto de Infração por utilização de prova ilícita, sob o argumento de que foram juntados ao processo *e-mails* cuja origem era desconhecida.

Ultrapasso essa preliminar, uma vez que os *e-mails* foram entregues juntos com os livros e documentos fiscais solicitados quando do início da ação fiscal e, portanto, não foram obtidos mediante meios ilícitos.

Observo que o recorrente também argui a nulidade da Decisão recorrida, sob o argumento de que a relatora *a quo* deixou de apreciar questões trazidas na defesa.

Afasto essa arguição de nulidade, pois a Decisão de primeira instância não contém omissão. O contexto do voto proferido deixa evidente que os argumentos recursais não se mostraram capazes de elidir a acusação, sendo, portanto, rechaçados. Corroborando esse entendimento, peço vênia transcrever trecho do voto proferido no Acórdão CJF 0143-13/13, da relatoria do ilustre Conselheiro Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo, por meio do qual foi afastada preliminar de nulidade idêntica a que se encontra em análise:

*Quanto ao Recurso Voluntário, verifico que não tem cabimento o pedido de nulidade da Decisão recorrida por, supostamente, não ter enfrentado expressamente argumentos defensivos. Entendo que Decisão de primeiro grau enfrentou o mérito da questão, apreciando sim os argumentos defensivos. Note-se que o julgador não precisa se manifestar expressamente sobre todas as alegações defensivas, rebatendo, um a um, todos os argumentos, se já tiver encontrado fundamentação para a sua Decisão. Neste sentido a jurisprudência pacífica do STJ:*

**PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA.**

**INCLUSÃO DO NOME DO CÔNJUGE COMO DEPENDENTE. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF.**

**1. Não há omissão na Decisão recorrida que tivesse por consequência a violação do art. 535, II, do CPC. As questões apresentadas na apelação não foram decididas conforme objetivava o recorrente, uma vez que foi aplicado entendimento diverso.**

**2. Dessarte, o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a Decisão, o que de fato ocorreu.**

**3. O recorrente pretende a interpretação da Lei Complementar Estadual n. 12/99 e da Lei Estadual n. 13.875/2007; todavia, o exame de normas de caráter local é inviável na via do Recurso especial, em face da vedação prevista na Súmula 280 do STF, segundo a qual "por ofensa a direito local não cabe Recurso extraordinário".**

*Agravio regimental improvido.*

*(AgRg no AREsp 260.318/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 14/03/2013) (grifamos)*

*Assim, rejeito a preliminar de nulidade da Decisão recorrida.*

Adentrando no mérito, observo que a análise das notas fiscais acostadas ao processo deixa evidente que as mercadorias não adentraram no estabelecimento do recorrente, pois não há nesses referidos documentos fiscais qualquer indício da circulação das mercadorias, tais como, carimbos de postos fiscais existentes no percurso, conhecimentos de transporte rodoviário de carga ou comprovação pelo CFAMT da circulação das mercadorias. Além disso, não há prova de que o recorrente tenha efetuado o pagamento dessas supostas operações.

O recorrente alega que a razão do aproveitamento do crédito fiscal deixa de ser exclusivamente a circulação de mercadorias e passa a ter como enfoque a existência do crédito aproveitado.

Essa alegação recursal não merece acolhimento, pois a infração apurada está fundamentada no fato de que as mercadorias em questão não entraram no estabelecimento do recorrente. A comprovação do pagamento ou da compensação do imposto por parte do emitente das notas fiscais não é suficiente para elidir a infração, uma vez que não é razoável que o Estado da Bahia suporte créditos fiscais referentes a mercadorias que não tenham entrado neste Estado e que, portanto, não foram objeto de operações subsequentes tributadas em favor do Estado da Bahia.

O disposto no art. 97, inc. VII, do RICMS-BA, aplica-se quando a mercadoria adentra no estabelecimento e, no entanto, o documento fiscal contém alguma inidoneidade, a qual pode ser suprida com a comprovação de que o imposto foi pago ou compensado na origem. As fotocópias de livros fiscais do emitente das notas fiscais trazidas no Recurso Voluntário não constituem elementos capazes de elidir a infração em comento. Assim, não há como prosperar a tese

recursal, pois, para que o recorrente tivesse direito aos créditos fiscais em tela, as mercadorias deveriam ter entrado no seu estabelecimento localizado na Bahia, fato que não ocorreu.

A ausência de carimbo nos documentos fiscais não é a única prova da não circulação da mercadoria, mas apenas um dos elementos probatórios do não ingresso das mercadorias no estabelecimento do recorrente. Outras provas do ilícito fiscal – tais como, ausência dos correspondentes CTRCs, *e-mails* acostados ao processo, mesma caligrafia em todas as notas fiscais, falta de comprovação do pagamento, etc. – devem ser consideradas em conjunto na apuração da infração, conforme fez o autuante.

Quanto à caligrafia utilizada na emissão das notas fiscais, não há necessidade de realização de perícia grafotécnica, pois o simples exame das notas fiscais deixa evidente que a caligrafia utilizada na emissão das notas fiscais é muito semelhante.

Mesmo admitindo que o recorrente encontrava-se desobrigado de entregar arquivos magnéticos, não se pode olvidar que o CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito) não registrou as operações em comento. Efetivamente, nem todas as operações de circulação de mercadorias são identificadas pelo CFAMT, porém, no caso em tela, nenhuma das operações foi identificada pelo citado sistema de controle.

O recorrente alega que as supostas operações foram pagas mediante aportes em conta de mútuo, porém não há qualquer comprovação acerca desses citados aportes financeiros e nem do pagamento desses supostos empréstimos.

Quanto à alegada inobservância do princípio da não cumulatividade, não há como prosperar o argumento recursal, pois, como as mercadorias não circularam e não entraram ao estabelecimento, não há como se falar em inobservância da não cumulatividade do ICMS.

As multas indicadas no Auto de Infração e mantidas inalteradas na Decisão recorrida são as previstas no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, para os ilícitos fiscais apurados, não havendo qualquer correção a fazer. Deixo de apreciar a alegação recursal atinente ao alegado caráter de confisco das multas indicadas no lançamento, pois tal matéria não se inclui dentre as competências deste CONSEF, a teor do disposto no art. 125, I, do Código Tributário do estado da Bahia (COTEB).

No que tange ao pedido para dispensa ou redução de multa, ressalto que por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, a apreciação desse pedido é de competência da Câmara Superior do CONSEF, nos termos do art. 159 do RPAF/99, mediante pedido específico e atendidos os requisitos previstos.

Em face ao exposto e com base no conjunto probatório acostado ao processo, considero que está sobejamente comprovado o cometimento da infração imputada ao recorrente – a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por não haver as mercadorias entrado no estabelecimento. Assim, foi correto o procedimento do autuante ao efetuar o lançamento tributário de ofício para exigir o imposto que deixou de ser recolhido, acrescido da multa prevista e, em consequência, também acertada mostra-se a Decisão recorrida.

Corroborando o posicionamento acima, peço vênia para transcrever a ementa do Acórdão CJF nº 0355-12/12, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal que manteve inalterada a Decisão de Primeira Instância que julgara Procedente o Auto de Infração nº 087015.0034/10-7, cujo primeiro item do lançamento exigia ICMS referente à situação idêntica a que se encontra em análise:

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA NÃO ENTRADA NO ESTABELECIMENTO. Comprovada a infração, em razão das provas apensadas aos autos e das contradições das alegações defensivas. Exigência subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre as entradas efetuadas em decorrência de operações interestaduais, quando os bens são destinados ao uso e consumo do estabelecimento. Exigência subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.**

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 087015.0014/11-4, lavrado contra EXTRATIVA METALQUÍMICA S/A. (GRAFITE DO BRASIL), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$3.624.764,61, acrescido das multas de 150% sobre R\$3.618.100,37 e 60% sobre R\$6.664,24, previstas no art. 42, incisos V, “b” e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS