

A. I. N° - 233000.0001/14-9
AUTUADO - EXTRATIVA METALQUÍMICA S/A.
AUTUANTE - FLÁVIO JOSÉ DANTAS DA SILVA
ORIGEM - INFAZ ITAPETINGA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 21/07/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0138-03/16

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. NÃO COMPROVAÇÃO DA ENTRADA DAS MERCADORIAS NO ESTABELECIMENTO. Autuado não comprova ter dado entrada nas mercadorias em seu estabelecimento. Os livros fiscais e os documentos apresentados pelo impugnante não foram suficientes para elidir a exigência tributária. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 30/06/2014, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$1.479.147,00, acrescido da multa de 150%, por ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado, nos meses de outubro de 2010 a outubro de 2011, janeiro e fevereiro de 2012. (Infração 01.02.10).

O autuado impugna o lançamento às fls.68/81, através de advogado procuração fl.82. Registra a tempestividade de sua peça defensiva. Repete a infração que lhe foi imputada e o respectivo dispositivo legal. Aduz que foi desconsiderado todo o crédito de ICMS tomado nos anos de 2010 a 2012 e não bastasse tudo isso, a Autoridade Fiscal aplica multa confiscatória de 150%. Diz que a fundamentação para a lavratura do auto de infração apontada não possui consistência plausível que culmine na infração alegada.

Observa que o fato de haver ou não, a circulação de mercadoria, ou mesmo o pagamento dos fornecedores, não é o cerne para se definir a legitimidade ou não da tomada do crédito do ICMS. Afirma que essas questões são pano de fundo à questão principal qual seja: a comprovação de que o imposto destacado foi efetivamente lançado na origem, e isto de fato ocorreu, conforme faz prova LRS (livro de Registro de Saída) e LRA (livro de Registro de Apuração de ICMS e DIAP) da empresa Mineração Vila Nova Ltda. Lembra que é o que prescreve o RICMS/97 no artigo 97, cujo inciso VII estabelece que não obstante o vício do documento, havendo comprovação de que o imposto nele destacado foi efetivamente recolhido ou lançado, a utilização do crédito é admitida.

Assevera que a Mineração Vila Nova Ltda., empresa fornecedora da Extrativa Metalquímica S/A, efetivamente lançou o ICMS das notas fiscais que a Autoridade Fiscal considerou inidôneas, portanto, a defendente se creditou de um imposto que seria legítimo e regular. Comenta que desconsiderar a operação é não levar em conta a própria legislação baiana aplicável ao ICMS, ofendendo claramente o princípio da legalidade e não-cumulatividade.

Afirma que a lavratura do auto de infração limitou-se a análise da circulação ou não de mercadoria, deixando, contudo, de tratar especificamente da legislação pertinente, cujo teor resguarda a autuada, ressaltando ainda que, em momento algum a autoridade fiscal colocou em dúvida a origem do crédito do ICMS aproveitado pela autuada.

Sustenta que através das planilhas apresentadas, não há a menor condição de compreender como foram alcançados valores tão absurdos e o motivo é simples: o método de cálculo para se chegar

a tal quantia apresentado no auto, não é compreendido nem esclarecido nas planilhas. Diz que está sendo constrangida em seu patrimônio e é seu direito saber, com exatidão, todos os detalhes desse procedimento e qual a fórmula utilizada, de forma minuciosa pelo Poder Público para restringir sua propriedade. Argui a nulidade do crédito tributário.

Aduz que a Autoridade Fiscal diz que fora utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS por não ter havido entrada de mercadoria no estabelecimento ou por não ter havido prestação de serviços. Diz ainda, que todas as aquisições foram realizadas no Estado do Amapá e que as notas fiscais não possuem carimbos dos postos fiscais.

Assevera que não pode ser responsabilizada pela falta de carimbos nas notas fiscais. Não se pode desconsiderar uma operação que realmente aconteceu pela falta de carimbos fiscais. Argumenta que para a legitimidade do crédito do ICMS não se faz necessário carimbos fiscais, deve-se verificar a existência do crédito e o pagamento do imposto pela pessoa jurídica que ocupa a primeira posição na cadeia tributária, e isso de fato houve.

Ressalta que possui como objeto social principal a extração e beneficiamento do grafite. Nesse contexto, o fato de todas as notas fiscais serem do Estado do Amapá, ocorre pura e simplesmente porque a Mineração Vila Nova Ltda. é fornecedora de areia de cromita e de óxido de tântalo, matérias primas, misturadas ao gravite para ser vendido aos clientes Arcelormital Brasil S.A, (nota fiscal em anexo), Tupy S.A., Schulz S.A., utilizado na abertura de válvula gaveta de painéis de fundição, portanto, o que houve foi apenas a compra de matérias primas, de fundamental importância para a produção do produto final da autuada, qual seja: o grafite.

Observa ser da natureza do ICMS, a não-cumulatividade e possui o direito de creditar-se de um imposto efetivamente recolhido e lançado, de um imposto que foi pago no momento da aquisição da mercadoria, haja vista que o ICMS já estava embutido no preço da mercadoria adquirida.

Sustenta que a Empresa emitente das notas fiscais (Mineração Vila Nova Ltda.) está regularmente constituída. A operação geradora da emissão da nota fiscal foi uma operação plenamente válida. Estava a fornecedora vendendo um de seus produtos de comercialização e estava a Impugnante comprando matéria prima para misturar ao grafite, portanto teria comprado produto de sua necessidade e nessa operação exerceu seu direito de se creditar do ICMS gerado, não havendo, nessas operações qualquer irregularidade que pudesse levar à Autoridade Fiscalizadora a desconsiderar todo o crédito do ICMS. Assim sendo, tem-se que a operação abrangida pelas notas fiscais questionadas, realmente aconteceu e apenas exerceu o seu direito de creditar-se do ICMS embutido na própria mercadoria adquirida.

Comenta que o sistema jurídico ocidental é orientado pela supremacia constitucional, isto é, as normas constitucionais são colocadas no vértice da hierarquia das fontes do direito, submetendo todas as demais. Discorre a respeito de regras e princípios na Constituição. Entende que a autoridade fiscal ao considerar todos os créditos fiscais utilizados pela Impugnante como inidôneos, tendo como justificativa razões inverídicas, joga por terra toda uma construção doutrinária e jurisprudencial relacionada aos princípios e regras constitucionais.

Salienta que especificamente, o princípio da não-cumulatividade permite que o crédito fiscal de todas as aquisições de bens e serviços, direta e indiretamente vinculados ao processo de produção e circulação de mercadorias e serviços tributáveis seja oposto ao débito decorrente das operações mercantis de venda e assemelhados, garantindo a natureza jurídica ontológica dos chamados impostos sobre o consumo que devem ser suportados financeiramente pelo consumidor final de mercadorias e serviços. Vale dizer, o princípio da não-cumulatividade é próprio dos tributos que comportam, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, ou seja, é de aplicação para os tributos indiretos, que por sua natureza devem ser não-cumulativos. Portanto, não implica a não-cumulatividade em simples transferência econômica, mas de verdadeiro repasse jurídico do ônus tributário, apenas possível, nos "*tributos por sua natureza não-cumulativos*".

Aduz que o aproveitamento do crédito gerado pelo ICMS deixa de ser exclusivamente a circulação de mercadoria, conseqüentemente, passa a efetividade do aproveitamento do crédito do ICMS, a ter como enfoque a existência ou não do crédito aproveitado. Frisa que no caso em análise, a existência do crédito do ICMS é inconteste, sendo legítimo, portanto, todo o crédito de ICMS lançado pela Impugnante.

Salienta que o artigo 97, inciso VII, do RICMS/BA estabelece que não obstante o vício do documento havendo comprovação de que o imposto nele destacado foi efetivamente recolhido ou lançado, a utilização do crédito é admitida.

Assevera que a Mineração Vila Nova Ltda., empresa fornecedora da Extrativa Metalquímica S/A, efetivamente recolheu o ICMS das notas fiscais objeto da presente autuação. Portanto, houve o efetivo pagamento do ICMS, e a Impugnante se creditou de um imposto que é legítimo e regular. Desconsiderar a operação é desconsiderar a natureza jurídica do ICMS, ofendendo claramente o princípio da não-cumulatividade. Para reforçar seu entendimento reproduz o inciso II do art. 155 da CF/88. Sobre a matéria reproduz doutrina do jurista Sacha Calmon.

Observa que o ICMS, de acordo com a Constituição da República de 1988, está expressamente estruturado pelo sistema imposto contra imposto e não pelo sistema mercadoria contra mercadoria, como entendeu a autoridade fiscal, portanto não vê razão a desconsideração de todos os lançamentos realizados entre as empresas.

Sobre a multa aplicada, invoca os artigos 145 e 150 da CF/88 para afirmar que a referida imposição tributária representa apropriação de bens da Impugnante, contrariando o Princípio da Razoabilidade, pois para se afirmar que o tributo é confiscatório deve-se ater ao caso concreto. Portanto, a partir da análise concreta concluir-se-á sobre a natureza confiscatória da multa aplicada. Aduz que pelo princípio da vedação do confisco, poderia a Administração Pública desconsiderar a aplicação de multas exorbitantes tendo em vista os princípios constitucionais que direcionam toda a atuação Pública. Entende que a aplicação da multa de 150% não se mostra razoável. Invoca magistério de Sacha Calmon Navarro Coelho que transcreve.

No seu entendimento o Auditor Fiscal ao estabelecer multa de 150%, desconfigura, desnatura a própria natureza e função da multa. Ou seja, o que era para servir como instrumento sancionador e inibidor do Estado transformam-se em inequívoca fonte de arrecadação, configurando-se como verdadeiros tributos ilegais, disfarçados sob a roupagem de penalidade pecuniária. Daí a necessidade de que a própria Administração Pública reveja suas atuações e aplicações sancionatórias, sem a necessidade de se levar ao Judiciário, questões basilares da teoria do ordenamento jurídico. Cita decisões do Poder Judiciário pela redução de multas tidas como confiscatórias a limites razoáveis. Nesse sentido reproduz o art. 412 do Código Civil.

Requer, não sendo o caso de total procedência da impugnação, a redução da multa aplicada tendo em vista os princípios administrativos da razoabilidade/proporcionalidade. Nos termos do art. 38 da Lei 9.784/99, requer ainda, a realização de prova documental visando demonstrar suas alegações.

Pede: a) a nulidade do auto de infração; b) no mérito a total improcedência do Auto de Infração em objeto, determinando o seu cancelamento (principal e acréscimos), por completa ausência de embasamento legal; c) na hipótese de não acolhimento da argumentação supra e não declaração da improcedência da ação fiscal, o que se admite apenas para argumentar, seja acolhida a Impugnação, para fins de reclassificação da multa aplicada; d) por fim, protesta comprovar o alegado por todos os meios de provas em direito permitidos, caso se entenda necessário, sob pena de cerceamento de defesa.

O Autuante presta informação fiscal fls.303/304. Repete a acusação fiscal e sintetiza os termos da defesa. Diz que ao analisar a defesa do contribuinte, percebe que a mesma não apresenta sustentação consistente, visto que quando evoca o inciso VII do art. 97 do RICMS, grifa o texto: *"...admitindo-se, porém, a utilização de crédito depois de sanada a irregularidade, ou se, não*

obstante o vício do documento, houver comprovação de que o imposto nele destacado foi efetivamente recolhido e lançado;".

Diz que a defesa, de forma obsessiva, tenta explicar que houve uma operação mercantil entre o contribuinte e seu "pseudo" fornecedor, de um produto que é utilizado no seu processo produtivo, frisando que houve o pagamento do ICMS pelo seu fornecedor, portanto, isso lhe dá a qualquer custo, o direito a esse crédito fiscal. Porém, em nenhuma ocasião, deixa comprovada a circulação efetiva da mercadoria e seu determinado ingresso no estabelecimento do contribuinte, chegando a até mesmo admitir, que mesmo a mercadoria tendo sua origem no estado do Amapá, a existência de elementos comprobatórios da circulação da mesma, como a verificação fiscal em postos e barreiras fiscais, é coisa sem a menor importância, porque segundo ele, *"Para a legitimidade do crédito de ICMS não se faz necessário carimbos fiscais..."*. No entanto, assevera que o contribuinte se esquece de evidenciar em sua defesa, pontos que são de alta relevância, como:

a) o inciso V do art. 209 é claro quando determina que um documento é inidôneo quando "não se referir a uma efetiva operação ou prestação, salvo nos casos previstos neste Regulamento", ou seja, não ter acompanhado efetivamente a mercadoria que está discriminada nas notas fiscais corretamente glosadas pela fiscalização, pois determina a inexistência da operação;

b) no mesmo artigo 209, já considerando o inciso VI, determina que também é inidôneo, o documento fiscal, se o mesmo foi emitido, *"...revestido das formalidades legais, tiver sido utilizado com o intuito comprovado de fraude"*. Ou seja, por se tratar de notas fiscais emitidas de forma simbólica, com vistas a transferência de crédito fiscal de um estado para outro, a fim de reduzir o ICMS a recolher no estado da Bahia.

Traça considerações que em seu entendimento vão além do aspecto de falta de circulação das mercadorias, como as que seguem:

a) embora a Bahia seja o maior produtor de cromita do Brasil (produto destacado nas notas fiscais simbólicas) - representando 79,7% da reserva nacional, a Extrativa *"importa"* cromita do Amapá que tem apenas 7,2% da reserva de cromita do Brasil, sendo a Mineração Vila Nova Ltda., uma empresa produtora de cromita no Amapá, portanto o *"fornecedor"* escolhido pela Extrativa, que se encontra a uma distância de 2.109 Km do seu estabelecimento em Maiquenique - Bahia;

b) isso não seria da menor importância, se não fosse a Extrativa uma das proprietárias da Mineração Vila Nova Ltda. (vide cópias de telas de sistemas da SEFAZ-BA e Receita Federal - anexadas).

Elabora as seguintes indagações importantes: a) não estaria a Mineração Vila Nova Ltda. com um alto saldo credor de ICMS, que sendo o mesmo transferido através de notas fiscais simbólicas, para a Bahia, melhoraria o fluxo de caixa do grupo empresarial? b) considerando como verdade a afirmação da Extrativa, de que realmente houve o pagamento do ICMS pela Mineração Vila Nova, apenas beneficiou-se o erário do Amapá, em detrimento do da Bahia, já que não há comprovação da circulação da mercadoria.

Assevera que vale ser considerado, como uma espécie efetiva de confissão pelo contribuinte de que realmente não existiu a circulação da mercadoria, quando no capítulo 7 da sua defesa, denominada de *"Pedidos"*, alínea c, requisita: *"Na remota hipótese de V. Sas. não acolherem a argumentação supra [...] requer a Impugnante seja acolhida a presente Impugnação, para fins de reclassificação da multa aplicada contra a Impugnante."*

Ratifica em todos os aspectos o conteúdo do auto de infração lavrado, solicitando a esse referencial e justo Conselho, que a bem da justiça e com vistas a recompor a receita de direito do erário do Estado da Bahia, seja julgado integralmente procedente o auto de infração em questão.

VOTO

Nas alegações defensivas o autuado disse que a fundamentação apontada para a lavratura do auto de infração, não possui consistência plausível que culmine na infração alegada.

Não vislumbro na autuação qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, que foi exercida plenamente, haja vista que o sujeito passivo demonstrou perfeito conhecimento da infração que lhe foi imputada, sendo esta fundamentada em demonstrativo e documentos fiscais fls.06/60, inexistindo o alegado cerceamento do direito de defesa, por falta de fundamentação legal da autuação. Em verdade, os dispositivos do regulamento considerados infringidos pelo contribuinte foram indicados claramente no Auto de Infração, bem como os dispositivos legais referentes à multa indicada.

Registro que, ainda que houvesse erro na indicação de dispositivos regulamentares, o que no presente caso não foi constatado, não implicaria nulidade da autuação fiscal, conforme dispõe o art. 19 do RPAF/99, visto que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Neste caso, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99, não acolho a nulidade suscitada pelo autuado.

O defendente alegou que o método de cálculo para se chegar a tal quantia apresentado no auto, não é compreendido nem esclarecido nas planilhas elaboradas pelo autuante.

Ao contrário do alegado pelo autuado, verifico que a planilha que dá suporte à acusação fiscal com as respectivas notas fiscais e que estão apensadas às fls. 06/60, demonstram com bastante clareza a infração ora em análise, que indica as notas fiscais onde constam os créditos glosados. Neste caso, entendo que não ficou configurado cerceamento ao direito de defesa e insegurança da infração, conforme alegado nas razões defensivas, ficando rejeitadas as preliminares de nulidades suscitadas.

No mérito, o auto de infração acusa o contribuinte de ter feito utilização de créditos fiscais indevidamente, visto que as mercadorias adquiridas de estabelecimento situado no estado do Amapá não entraram em seu estabelecimento no Estado da Bahia.

O defendente alegou que o fato de haver ou não a circulação de mercadoria, ou mesmo o pagamento dos fornecedores, não é o cerne para se definir a legitimidade ou não da tomada do crédito do ICMS.

Frisou que para se determinar a legitimidade do crédito do ICMS, não se faz necessário carimbo fiscal, devendo-se verificar a existência do crédito e o pagamento do imposto pela pessoa jurídica que ocupa a primeira posição na cadeia tributária.

Na informação fiscal, o autuante afirmou que, em nenhuma ocasião, ao longo da defesa, o autuado deixou comprovada a circulação efetiva da mercadoria e seu determinado ingresso no seu estabelecimento, chegando a admitir, que mesmo a mercadoria tendo sua origem no Estado do Amapá, a existência de elementos comprobatórios da circulação da mesma, como a verificação fiscal em postos e barreiras fiscais, seriam coisas sem importância.

Aduziu também, que a Extrativa, empresa autuada, é uma das proprietárias da Mineração Vila Nova Ltda., conforme cópia da tela de sistemas da SEFAZ-BA e Receita Federal - anexadas fls.305/306 e que a Mineração Vila Nova Ltda., com um alto saldo credor de ICMS, estava transferindo tais valores através de notas fiscais simbólicas, para o Estado da Bahia, já que não há comprovação nos autos de circulação da mercadoria.

Observo que a presente lide se resume em determinar se houve ou não, a circulação da mercadoria e a alegada entrada das mesmas no estabelecimento do sujeito passivo, uma vez que os créditos fiscais destacados nas aludidas notas fiscais foram glosados pela fiscalização como créditos indevidos, conforme demonstrativos às fls. 06/60 dos autos.

O defendente entende que o crédito é legítimo, pois afirma ter havido débito na saída da mercadoria do Amapá para a Bahia, bem como, comprovação do registro fiscal das operações pela empresa emitente. Invoca o inciso VII do art. 97 do RICMS/97 que entende confirmar sua interpretação a respeito da matéria.

Quanto a esta alegação, saliento que para a aplicação do inciso VII do art. 97 do RICMS/BA, adiante transcrito, citado pelo impugnante, necessário seria, a condição de ter havido a aquisição ou entrada de mercadoria no estabelecimento do sujeito passivo. Em outras palavras, caso o autuado comprovasse, o que não fez, que de fato as mercadorias entraram em seu estabelecimento, no Estado da Bahia, um erro ou irregularidade constatado no documento fiscal, passível de correção nos termos regulamentares, haveria possibilidade de saneamento e utilização do respectivo crédito fiscal.

Assim, o que o autuante concluiu e acompanho seu entendimento, é que não há elementos que comprovem as aludidas aquisições ou entradas pelo autuado, não havendo como aplicar o aludido artigo no que tange ao seu inciso VII, conforme interpretação defensiva.

“Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:

VII - quando se tratar de documento fiscal falso ou inidôneo, nos termos do art. 209 e seu parágrafo único, admitindo-se, porém, a utilização do crédito depois de sanada a irregularidade, ou se, não obstante o vício do documento, houver comprovação de que o imposto nele destacado foi efetivamente recolhido ou lançado.”

Compulsando os autos, verifico que o frete se deu sempre por conta do próprio autuado e não constam informações ou conhecimentos de transporte referentes aos fretes realizados. Vejo que de acordo com os documentos constantes do processo, as mercadorias teriam passado pelos postos fiscais dos diversos Estados da Federação até a Bahia, sem a indicação do transportador na nota fiscal ou no DANFE.

Entendo não ser razoável que durante todo o período abrangido pela ação fiscal, de 2010 a 2012, transportando mercadorias no trecho de Amapá até o estado da Bahia, nunca tenha ocorrido um registro em barreira ou qualquer comprovação dos postos fiscais de tais operações e da necessária circulação exigida pelo trajeto que a mercadoria teria que fazer até chegar ao estabelecimento do sujeito passivo.

Cabe razão ao autuante, quando afirma que *“apenas o fato de o contribuinte apresentar Registro de Apuração de ICMS da Mineração Vila Nova Ltda. do Amapá com débito de ICMS não comprova a saída de mercadoria do Amapá para a Bahia, bem como, não comprova o trânsito da mercadoria e sua entrada no Estado da Bahia. Do mesmo modo, documentos do fisco do Amapá apresentados pelo contribuinte não comprovam que as mercadorias constantes das notas fiscais a que fazem referência o levantamento fiscal, saíram do Estado do Amapá e entraram no Estado da Bahia.”*

Essa mesma linha de raciocínio, esposada pelo autuante, que no momento é desfavorável ao sujeito passivo, poderia lhe ser favorável, como o é para muitos outros contribuintes deste Estado, na medida em que esse Contencioso Administrativo Fiscal não acolhe, em seu predominante entendimento, como ocorridas as aquisições ou entradas de mercadorias nos estabelecimentos de contribuintes da Bahia, para efeito de exigência de obrigação principal ou acessória, apenas as cópias das notas fiscais colhidas através do SINTEGRA, onde constam vendas declaradas pelas empresas de outras unidades Federativas com destino a contribuintes deste Estado, sem comprovações adicionais, que envolvem, entre outras, os conhecimentos de transportes, bem como comprovação de passagens nos postos fiscais.

Esse entendimento demonstra a cautela desse colegiado ao analisar e ratificar como efetivamente ocorridas, as entradas ou aquisições de mercadorias por estabelecimentos deste Estado, originárias de outras unidades Federativas.

Sem dúvidas, diante dos elementos trazidos aos autos pelo autuante, a cópia do livro de apuração do remetente, e outros documentos do fisco do Amapá (que não tem como demonstrar a circulação da mercadoria até o Estado da Bahia), documentos estes, que foram gerados ou informados pelo estabelecimento da mesma empresa, remetente, não são suficientes para comprovar a operação alegada pelo sujeito passivo ou mesmo o efetivo recolhimento do imposto das aludidas notas fiscais.

Cabe verificar, por derradeiro, que, se aplicado o inciso VII do art. 97 do RICMS/BA, apontado pela autuante no Auto de Infração, como fundamentação da exigência, na linha interpretativa do sujeito passivo, o Estado da Bahia, mesmo constatando inexistentes aquisições ou entradas de mercadorias nos estabelecimentos situados neste Estado, teria que acolher como legítimos os créditos fiscais originários de operações interestaduais, bastando para tanto que os pretensos adquirentes comprovassem a existência de documentos fiscais idôneos e o imposto tenha sido recolhido no Estado de origem, o que os livros apresentados não indicam que efetivamente ocorreu no presente caso.

Assim, teríamos legitimado operações simuladas para efeito de aproveitamento dos créditos fiscais pelos contribuintes desse Estado, sem que houvesse operações subsequentes que resultassem em imposto devido ao Estado da Bahia, na medida em que não ocorreram as efetivas aquisições ou entradas das mercadorias.

Relevante esclarecer que não se está a obstar a aplicação do princípio da não-cumulatividade do ICMS, previsto no artigo 155, § 2º, I e II, da Constituição Federal, na medida em que não há aquisição ou entrada de mercadorias, comprovada pelo impugnante, tornando os créditos, ora apropriados, indevidos para compensação com o imposto devido pelo autuado.

Sendo assim, ratifico o entendimento de que não há comprovação da aquisição ou entrada das mercadorias no estabelecimento do sujeito passivo, que durante dois anos diz ter recebido a mercadoria *areia de cromita* vindas do estado do Amapá para a Bahia, sem identificação do trânsito e entrada no estado da Bahia.

Vale lembrar por importante, as disposições dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, no sentido de que a *recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária*, assim como, a *simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*.

No que diz respeito a alegação de confiscatoriedade da multa aplicada, saliento que não há ilegalidade na multa incidente sobre o imposto devido pela autuada. O inciso V, do art.97, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), determina que a Lei pode fixar a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos ou para outras infrações nela definidas. Aplicou o autuante para a infração aqui discutida, a multa prevista no inciso V, “b” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, no percentual de 150%, em ajustada cominação com o descumprimento das obrigações tributárias descritas no presente Auto de Infração. A arguição de que a multa aplicada tem caráter confiscatório não subsiste. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Quanto ao pleito da sua redução, só cabe competência a essa Junta de Julgamento do CONSEF a apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação acessória, na forma do art. 158 do RPAF/BA.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o auto de infração **nº 233000.0001/14-9**, lavrado contra **EXTRATIVA METALQUÍMICA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.479.147,00**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, inciso V, alínea “b” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de Julho de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR