

**PROCESSO** - A. I. Nº 233000.0001/14-9  
**RECORRENTE** - EXTRATIVA METALQUIMICA S.A.  
**RECORRIDO** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0138-03/16  
**ORIGEM** - INFAZ ITAPETINGA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 30/03/2017

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C/JF Nº 0062-12/17

**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 Recorrente não foram suficientes para elidir a exigência tributária. Mantida Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, inconformado com a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2014, que exige crédito tributário no valor total histórico de R\$1.479.147,00, em decorrência da seguinte infração:

*Infração 01 – 01.02.10 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado.*

Após apresentação da impugnação pelo autuado (fls. 68 a 81) e da Informação Fiscal pelo autuante (fls. 303 e 304), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 3ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração nos seguintes termos.

### 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 Autuado, 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.*

*Observe 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 pelo Autuado. 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.*

Inconformado com a Decisão julgada procedente, o autuado interpôs Recurso Voluntário tempestivo às fls. 333 a 344, requerendo que o presente Auto de Infração fosse julgado nulo ou integralmente improcedente.

Preliminarmente, suscita a nulidade da autuação por falta de elementos essenciais à sua compreensão. Explica que não há a menor condição do autuado compreender como foram alcançados valores tão absurdos, pois o método de cálculo para se chegar a quantia apresentada neste lançamento não é compreendido e nem esclarecido nas planilhas apresentadas. Diz que está sendo constrangida em seu patrimônio, pois, é seu direito saber os detalhes da forma minuciosa

utilizada pelo Poder Público para restringir sua propriedade, não se limitando a observância do devido processo legal, mas a forma pela qual se chegou aos valores cobrados.

No mérito, referente a acusação que fora utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS por suposta não entrada de mercadoria no seu estabelecimento, o Recorrente justifica afirmando que todas as aquisições foram realizadas no Estado do Amapá e que por esse motivo não pode ser responsabilizada simplesmente pela falta de carimbos nas notas fiscais.

Complementa dizendo que não se pode desconsiderar uma operação que realmente aconteceu por este motivo (a falta de carimbos fiscais). Afirma, que para a legitimidade do crédito 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.

Explica que a entidade 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 sua fornecedora de areia de cromita e de óxido de tântalo, matérias primas misturadas ao grafite, utilizado na abertura de válvula gaveta de painéis de fundição, ou seja, o que houve foi apenas a compra de matérias primas, de fundamental importância para a produção do produto final do Recorrente, qual seja, o grafite.

O autuado alega que o seu fornecedor (Mineração Vila Nova Ltda.), regularmente constituído, ao vender um de seus produtos de comercialização, constitui uma operação válida, e que por direito, pela natureza do ICMS da não-cumulatividade, permite o creditamento do imposto pago no momento da aquisição da mercadoria. Justifica que o ICMS, inclusive, já estava embutido no preço.

Nesse sentido, reforça que comprou produto de sua necessidade e nessa operação exerceu seu direito de creditar do ICMS gerado, não havendo qualquer irregularidade que pudesse levar à Autoridade Fiscalizadora a desconsiderar todo o crédito de ICMS.

Assevera que a autoridade fiscal ao considerar todos os créditos fiscais utilizados pelo recorrente como inidôneos, tendo como justificativa razões inverídicas, joga por terra toda uma construção doutrinária e jurisprudencial relacionada aos princípios e regras constitucionais.

Especifica que 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 apostado ao débito decorrente das operações mercantis de venda, garantindo a natureza jurídica ontológica dos chamados impostos sobre o consumo, que devem ser suportados financeiramente pelo consumidor final, 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”.

Finaliza afirmando que, no caso em análise, a existência do crédito do ICMS é inconteste, sendo legítimo, portanto, todo o crédito de ICMS lançado.

Indaga ainda que a autuação teve como premissa o Art. 97, inciso VII do RICMS/97, porém a Mineração Vila Nova Ltda., empresa fornecedora, efetivamente recolheu o ICMS das notas fiscais objeto do presente Auto de Infração e que de forma legítima e regular o Recorrente creditou-se do imposto, respaldada no princípio da não-cumulatividade.

Desta forma, o autuado sustenta que realizou o seu direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto. Ressalta que exerceu o seu direito ao tomar crédito do imposto pago antecipadamente pelo seu fornecedor, Mineração Vila Nova Ltda. Dessa forma, não vê razão para desconsideração de todos os lançamentos realizados entre as empresas, até porque o Estado do Amapá recebeu os impostos destacados nas notas fiscais.

No que se refere a multa aplicada, o autuado alega que o autuante ao estabelecer multa de 150%, desconfigura e desnatura a própria natureza e função da multa, ou seja, o que era para servir como instrumento sancionador e inibidor do Estado, transforma-se em inequívoca fonte de

arrecadação, configurando-se como tributos ilegais, disfarçados sob a roupagem de penalidade pecuniária. Frisa sobre a necessidade de que a própria Administração Pública reveja suas autuações e aplicações sancionatórias, sem a necessidade de se levar ao Judiciário questões basilares da teoria do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, requer o Recorrente que na remota hipótese de não acolhimento da argumentação supra e a não declaração de improcedência da ação fiscal, que seja acolhida o presente Recurso, para fins de reclassificação/redução da multa aplicada, tendo em vista os princípios administrativos da razoabilidade/proporcionalidade.

Não houve Parecer jurídico pela PGE/PROFIS.

## VOTO

Temos sob julgamento o Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3ª JF, que julgou Procedente o Auto de Infração epígrafado, que cobra ICMS, por utilização indevida de crédito fiscal por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento do autuado, nos períodos de 2010 (outubro à dezembro), 2011 (janeiro à outubro) e 2012 (janeiro e fevereiro).

Da análise das peças processuais, há de se salientar que o lançamento de ofício do crédito tributário preenche as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal. Ainda que discorde da fundamentação legal enquadrada nesta Infração (Art. 97, Inciso VII do RICMS/97), tão situação não acarreta a nulidade do Auto de Infração, de acordo com o disposto no §1º do Art. 18. Isso porque, a sua natureza é de fácil entendimento, tendo o contribuinte exercido o seu direito à ampla defesa.

Além disso, as planilhas e todas as notas fiscais que compõe o levantamento constam impressas às fls. 6 a 60, com a devida composição do valor cobrado no Auto de Infração. Não há cálculos e formas de difícil compreensão como alegou o Recorrente. O crédito de ICMS lançado como indevido é o mesmo ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição, pela alíquota de 12% por ter como origem o estado do Amapá.

Pelo exposto, rejeito a preliminar de nulidade arguida pelo Recorrente.

No que tange ao mérito, o Recorrente entende que não pode ser responsabilizada pela falta de carimbo fiscal nas notas fiscais. Alega ser legítimo o crédito fiscal, já que houve o devido pagamento do ICMS ao estado do Amapá, pela pessoa jurídica que lhe forneceu matéria prima, reproduzindo como fundamento o mesmo Art. 97, Inciso VII do RICMS/97 citado na Infração.

O autuante por sua vez indaga que o autuado em nenhuma ocasião deixa comprovada a efetiva circulação da mercadoria e o ingresso em seu estabelecimento. Apresenta a título de informação que o autuado é um dos proprietários da Mineração Vila Nova Ltda. (fornecedor), supondo que esta última pode possuir um alto saldo credor de ICMS, sendo este transferido através das notas fiscais simbólicas para Bahia, melhorando assim o fluxo de caixa do grupo empresarial. Desta forma entende que mesmo havendo o pagamento do ICMS para o estado do Amapá não pode este se beneficiar em detrimento ao estado da Bahia, já que não há comprovação da circulação da mercadoria.

A infração apurada está sustentada no fato de que as mercadorias em questão não adentraram no estabelecimento do Recorrente. O autuado anexou aos Autos as fotocópias do recibo da declaração estadual do Amapá (DIAP), bem como dos livros fiscais de saída e de apuração do ICMS, todos documentos do emitente das notas fiscais, todavia, a comprovação do lançamento do imposto em livro específico 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 Recorrente também fez referência a ausência do carimbo nos documentos fiscais, alegando

que este não pode ser motivo suficiente para ser penalizada, todavia, esta não é a única prova da não circulação da mercadoria. Outras situações trazidas pelo autuante tais como a ausência dos correspondentes CTC's, falta de comprovação do pagamento das notas fiscais, dentre outras, comprova o não ingresso das mercadorias em seu estabelecimento e a recusa pelo Recorrente 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, de acordo com os artigos 142 e 143 do RPAF/99.

A título de exemplificação, a Nota Fiscal nº 8, chave de acesso 1610.1002.0084.6100.0136.5505.5000.0000.0800.0000.0155, emitida no dia 29/10/2010, no valor de R\$220.000,00, referente à aquisição de areia de cromita, têm como responsável pelo transporte o próprio emitente (fornecedor) e como transportador a Matriz da “Extrativa Metalquímica S.A.” situado em Minas Gerais e que não possui atividade de transporte em seu cadastro estadual, conforme podemos verificar na imagem ilustrativa abaixo:

Consulta Pública ao Cadastro do Estado de Minas Gerais

Dados Principais	
CNPJ:	03.711.590/0001-59
Inscrição Estadual:	650077262.00-70
UF:	MG
Nome Empresarial:	EXTRATIVA METALQUIMICA S/A
Informações Complementares	
CNAE-F Principal:	2099-1/99 - Fabricação de outros produtos químicos não especificados anteriormente
CNAE-F Secundária:	4623-1/02 - Comércio atacadista de couros, lãs, peles e outros subprodutos não-comestíveis de origem animal
Data de Início de Atividade:	19/05/2000
Situação Cadastral:	Habilitado - Ativo
Data Situação Cadastral:	19/05/2000
Regime de Recolhimento:	DEBITO E CREDITO

Também não há nenhum outro evento vinculado a essa mesma NF no Portal da SEFAZ/BA, além da própria autorização pelo estado do Amapá, conforme imagem abaixo:

Situação Atual: AUTORIZADA (Ambiente de autorização: produção)		
Eventos da NF-e	Protocolo	Data / Hora
Autorização de Uso (Cód.: 110100)	316100001387036	29/10/2010 às 18:28:55

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 este que não ocorreu, não havendo, portanto, como prosperar a alegada inobservância ao princípio da não cumulatividade.

Ademais, consoante dispõe o Parágrafo único do Art. 116 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”.

Além disso, o fato de não ter CTC's vinculados às notas fiscais, leva ao entendimento de ser esta uma operação incompleta e desta forma, supedâneo no Art. 23 da Lei Complementar nº 87/96, fica entendido pela impossibilidade do direito ao crédito, para efeito de compensação com os débitos pelas saídas, conforme entendeu o autuado.

Já quanto a multa de 150%, está fundamentada na alínea “b”, Inciso V do Art. 42 da Lei Estadual nº 7.014/96 e deve ser aplicada exatamente para as situações como a desta lide, de utilização indevida de crédito, quando comprovado que a mercadoria não adentrou no estabelecimento, nem de forma real, nem simbolicamente, fugindo à competência deste Conselho julgar eventuais inconstitucionalidades ou os alegados efeitos confiscatórios.

Não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento da obrigação tributária ora apurada.

Quanto ao pedido de redução da multa, opino desfavoravelmente, tendo em vista que não se enquadra na hipótese prevista no art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, uma vez que a multa foi aplicada por descumprimento de obrigação tributária principal, ou seja, crédito indevido de ICMS que acarretou em falta de recolhimento ou recolhimento à menor do imposto, não cabendo, portanto, a redução pleiteada, prevista apenas às multas por descumprimento de obrigações acessórias.

Em relação à infração caracterizada neste Auto de Infração, tratando-se de matéria de fato, se o contribuinte dispuser de outros documentos probatórios capazes de atestar que as mercadorias efetivamente entraram em seu estabelecimento, a exemplo dos CTC's e das duplicatas quitadas em rede bancária conforme consta nas próprias notas fiscais, poderá, com fulcro no quanto previsto no artigo 113 do RPAF/BA, requerer a revisão do lançamento em sede de controle de legalidade.

Por todo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentando e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **233000.0001/14-9**, lavrado contra **EXTRATIVA METALQUIMICA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.479.147,00**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de fevereiro de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS