

A. I. N° - 206926.3000/16-6
AUTUADO - LOJAS SIMONETTI LTDA.
AUTUANTE - DELSON ANTONIO BARBOSA AGUIAR
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTENRET 28.12.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0219-02/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Restou comprovado que as mercadorias estão sujeitas à substituição tributária e, por conta disso, inclusive por expressa vedaçāo contida no art. 356 do RICMS-BA, não é possível a utilização do crédito fiscal pelo adquirente. Infração subsistente. **b)** DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS EFETUADAS POR CONSUMIDOR FINAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. O estabelecimento que receber, em virtude de garantia, troca, inadimplemento do comprador ou desfazimento do negócio, mercadoria devolvida por produtor ou extrator ou por qualquer pessoa física ou jurídica não considerada contribuinte ou não obrigada à emissão de Nota Fiscal poderá creditar-se do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, mediante a emissão de nota fiscal para documentar o fato. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infrações comprovadas. Não acolhidas preliminares de prescrição e de decadência. Rejeitada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 06/06/2016, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$78.314,45, em razão de:

INFRAÇÃO 01 - 01.02.06 - Utilizou indevidamente de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Valor histórico autuado R\$4.880,25. Referente aos meses de março a agosto de 2011.

INFRAÇÃO 02 - 01.02.17 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação. Valor histórico autuado R\$52.072,50. Referente aos meses de janeiro a dezembro de 2011.

INFRAÇÃO 03 - 07.01.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Valor histórico autuado R\$1.299,72. Referente aos meses de janeiro e fevereiro de 2011.

INFRAÇÃO 04 - 07.01.02 - Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior. Valor histórico autuado R\$20.061,98. Referente aos meses de março a dezembro de 2011.

O autuado apresentou defesa, fls. 28 a 37, mediante advogado habilitado nos autos, inicialmente transcreve às infrações e comenta sobre a tempestividade da defesa.

Argui “*prescrição*” para os fatos geradores anteriores à 16/06/2011, transcrevendo o artigo 173, inciso I e II, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

No mérito, **em relação à infração 01** aduz que em parte do período, a legislação apontada não estava em vigor, no que tange os produtos constates no item 44 do anexo 88 do RICMS/97, pois o item 44, do anexo 88 do RICMS/97, foi introduzido pelo Decreto 12.534, publicado em 24/12/2010, tendo sua vigência a vigorar somente a partir de 01/03/2011, sendo assim, a Autuada não poderia ser penalizada neste período em relação estes produtos em questão.

Sendo assim, alega que o Auto de Infração não está em conformidade com a legislação que vigorava na época, devendo o mesmo, ser julgado improcedente, face a “*prescrição*” já alegada preliminarmente, e também a vigência do Decreto 12.534, que passou a viger depois de 01/03/2011.

Argumenta que sempre que vende essas mercadorias, o autuado a tributava, sendo assim todas as vendas destas mercadorias, neste período, foram realizadas com a tributação normal, gerando nesta ótica créditos para o autuado. Como prova disso os cupons fiscais abaixo:

1. Cupom COO: 018661; Data: 07/04/2011; Código/Produto: 164045/Colchobox Robustus D50 138; Valor de Venda R\$ 269,00(tributado na saída em alíquota de 17%).
2. Cupom COO: 018707; Data 09/04/2011; Código/Produto: 233285/Colchão Berco Max Saude; Valor de Venda R\$ 118,00(tributado na saída em alíquota de 17%).

Sendo assim, entende que o Auto de Infração se encontra eivado de nulidade devendo o mesmo ser julgado totalmente improcedente acolhendo todos os argumentos da defesa, ou a menos seja reconhecida a compensação dos créditos quando da saída deste mesmos produtos.

Em relação à Infração 02, diz que o autuante considerou que o autuado agiu de forma dolosa ao aproveitar os créditos do ICMS em relação as devoluções, pois ao considerar que a não apresentação da nota fiscal assinada ou documento auxiliar pela pessoa que devolveu a mercadoria, estaria o autuado obrigado a pagar todo o ICMS referente as devoluções, devoluções estas que realmente ocorreram, o que não pode admitir.

Sustenta que existem outras formas de comprovar que não foi esta a realidade dos fatos, pois todas as devoluções tem vendas posteriores em nome do cliente, comprovando-se assim que em nenhum momento ocorreu a omissão do recolhimento do ICMS, mas sim talvez em uma análise bem criteriosa uma falta de um documento acessório procedural, até porque a boa-fé se presume e má fé se prova, a simples alegação de não ter o documento auxiliar, não é possível presumir que este creditamento foi indevido.

Em seu entender não poderá ser interpretada com utilização indevida de crédito na devolução de mercadoria, pois a devolução ocorreu sim, e de fato muitas as vezes foram, pois erros de ECF, para venda no cartão crédito, até porque sabemos que a inovação tecnológica é muito boa, mais para atingir a este ponto muitas vezes passam por grandes desafios, e que as vezes a própria operadora de cartão crédito não aprovava a venda, ou até por troca por outra mercadoria, pois aquela apresentou algum vício, desistência ou dentre outros vários motivos. Como prova, cita alguns exemplos onde os clientes efetuaram compras e posteriormente estes produtos foram devolvidos e logo depois foi realizado outra venda para o mesmo cliente:

Exemplo1:

1^a Compra: Data: 16/12/2011; Cupom COO 024105, Cliente: Zenildo Diogo dos Santos; CPF nº 858.272.325-30; Valor: R\$ 141,60.

Devolução: Data 23/12/2011; Danfe 4795; Cliente: Zenildo Diogo dos Santos; CPF nº 858.272.325-30; Valor: R\$ 141,60

2^a Compra: Data: 23/12/2011; Cupom COO 024325, Cliente: Zenildo Diogo dos Santos; CPF nº 858.272.325-30; Valor: R\$ 141,60.

Exemplo 2:

1^a Compra: Data: 29/04/2016; Cupom COO 019389, Cliente: Zelia Antonia Fraga; CPF nº 900.378.207-53; Valor: R\$ 1725,30.

Devolução: Data 05/05/2011; Danfe 833; Cliente: Zelia Antonia Fraga; CPF nº 900.378.207-53; Valor: R\$ 1725,30.

2^a Compra: Data: 05/05/2011; Cupom COO 019578, Cliente: Zelia Antonia Fraga; CPF nº 900.378.207-53; Valor: R\$ 1725,30.

Exemplo 3:

1^a Compra: Data: 01/08/2011; Cupom COO 021242, Cliente: Ronaldo Oliveira de Jesus; CPF nº 018.540.935-09; Valor: R\$ 919,00.

Devolução: Data 22/08/2011; Danfe 2508; Cliente: Ronaldo Oliveira de Jesus; CPF nº 018.540.935-09; Valor: R\$ 919,00

2^a Compra: Data: 22/08/2011; Cupom COO 021675, Cliente: Ronaldo Oliveira de Jesus; CPF nº 018.540.935-09; Valor: R\$ 919,00

Assegura que, no que tange ao documento “papel” assinado pelo cliente que realizou a devolução, é um procedimento a seu ver arcaico e desnecessário, tanto que com a NFC-e, onde o documento já pode até ser enviado via e-mail para o consumidor diretamente, entendendo ser desnecessário tal procedimento.

Acrescentando que o intuito da NFC-e é justamente economizar a utilização de papel e com isso ajudar o meio ambiente, pois com essa diminuição de papel há diminuição de poluente e desmatamento de grandes florestas, em todo o mundo.

Assim, entende que a não apresentação deste documento não deveria punir o contribuindo com o pagamento novamente da mesmo ICMS, sob pena de *bis in idem*, e que no máximo seria razoável no caso, de talvez a aplicação de uma multa acessória, pois o pagamento novamente do imposto, gerará uma decisão um tanto quanto desarrazoada.

Ao final, requer que seja julgado improcedente o Auto de Infração.

O autuante ao prestar Informação Fiscal, fls. 108 e 109, aduz que não houve “*prescrição*” pois o Estado teria até 31 de dezembro de 2016 para fiscalizar ao autuado.

Em relação à infração 01, quanto a alegação defensiva que em parte do período autuado a legislação apontada não estava em vigor, no que tange os produtos constates no item 44 do anexo 88 do RICMS/97 – Decreto 6.284/97, já que o item 44, do anexo 88 do RICMS/97, foi introduzido pelo Decreto 12.534, publicado em 24/12/2010, tendo sua vigência a vigorar somente a partir de 01/03/2011, diz concordar com a empresa mas, só foi considerado o período de 01/03/2011 a 31/12/2011, não houve nenhum valor cobrado a maior.

Destaca que se houve tributação normal dos produtos sobre os quais deveria ter sido pago na entrada e não na saída, deve a infratora pedir restituição, não cabendo aqui compensação.

No que tange à Infração 02, quanto a alegação defensiva de serem irrelevantes as normas que regem a devolução de mercadorias, aduz que a Legislação baiana é clara quanto a devolução de mercadorias:

Art. 653. O estabelecimento que receber em virtude de troca ou desfazimento do negócio, mercadoria devolvida por produtor ou extrator ou por qualquer pessoa física ou jurídica não considerada contribuinte ou não obrigada à emissão de Nota Fiscal poderá creditar-se do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, desde que haja prova inequívoca da devolução.

§ 1º ...

§ 2º Nas hipóteses deste artigo, o estabelecimento recebedor deverá:

I - emitir Nota Fiscal, na entrada das mercadorias, mencionando o número, a série, a subsérie e a data do documento fiscal originário, e o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto a ser creditado, se for o caso;

II - obter, na Nota Fiscal (entrada) referida no inciso anterior ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade;

Realça que em tais cuidados, acima citados, não foram observados, portanto não houve prova inequívoca da devolução, sendo o imposto devido.

VOTO

Inicialmente devo analisar a arguição preliminar de “prescrição” do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos antes de 16/06/2011, transcrevendo o artigo 173 do CTN.

Nos termos do art. 173 do CTN, a decadência representa a perda do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, mediante o lançamento, em virtude do decurso do prazo de cinco anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Por seu turno, a prescrição arguida pela defesa, encontra-se prevista no art. 174 do CTN, extinguindo o direito de ação de cobrança do crédito tributário pelo transcurso do prazo de cinco anos, contados da data da constituição definitiva do crédito tributário.

Considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado em 2016, não há, portanto, o que se falar em prescrição. Dessa forma, afasto os argumentos defensivos atinentes à prescrição do crédito tributário e passo a analisá-los à luz do instituto da decadência.

No tocante à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento tributário, relativo aos fatos gerados ocorridos antes de 16/06/2011, não pode ser acolhida, pelos motivos que passo a expor.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial, nos lançamentos tributários sujeitos à homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, como no caso do ICMS, quando do pagamento antecipado, o ente tributante dispõe de cinco anos para realizar o lançamento ou homologação, nos termos do artigo 150 do CTN - Código Tributário Nacional.

Observo que o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, nos termos do artigo acima citado, extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. Havendo pagamento integral do tributo devido, não havendo outro prazo previsto em lei para homologação, este será de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Para aplicação da referida norma legal, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos, entre eles, que o tributo tenha sido apurado e recolhido de acordo com lei, ou seja, o pagamento integralmente do valor devido pelo sujeito passivo; que não exista lei que fixe outro prazo e por fim, que não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, requisitos não existentes na lide em questão.

Na presente lide, o sujeito passivo, contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, omitiu-se em prestar as informações ao fisco, artigo 149 do CTN, sendo necessária a apuração do imposto devido mediante procedimento administrativo tributário, resultando na lavratura do Auto de

Infração em tela, por ter o sujeito passivo omitido informações na apuração do ICMS e realizado o consequente recolhimento em valor inferior ao devido.

Portanto, não se pode falar na aplicação da regra do § 4º do artigo 150 do CTN, pois, mediante ação fiscal, restou comprovada a omissão de pagamentos do tributo estadual, não havendo pagamento antecipado não se pode falar em homologação, pois não se pode homologar um pagamento que não foi realizado pelo sujeito passivo.

Também não pode ser arguida a aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN, pois o Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, aplicado aos contribuintes baianos, em seu artigo 107-B, fixou prazo para homologação, exercendo a faculdade prevista no próprio § 4º do artigo 150 do CTN.

O prazo para homologação tácita do lançamento e extinção do crédito tributário, fixado no Código Tributário do Estado da Bahia, no § 5º do artigo 107-B, é de 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, desde que não seja comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, pois, comprovada essa situação, o tributo poderá ser reclamado pelo sujeito ativo, ente tributante, a qualquer época.

Assim, no caso em tela, o prazo para contagem da decadência deve ser observado o previsto no § 5º do artigo 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, combinado com o artigo 173, inciso I, do CTN, o qual estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, por se tratar de fatos geradores ocorridos no exercício de 2011, o fisco teria até o dia 31/12/2016 para constituir o lançamento tributário. Como o Auto de Infração foi lavrado em 06/06/2016 não se configurou a decadência.

Não acolho as preliminares de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondentes às infrações imputadas.

Além do mais, observo que o autuante na lavratura do Auto de Infração obedeceu ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, eis que, contém todos os elementos esclarecedores da acusação fiscal, tais como a descrição do fato, o enquadramento legal, os valores de cada período, a multa aplicada, além do Anexo do demonstrativo de débito, no qual, consta a tabela de redução de multa, tabela de correção dos acréscimos legais.

Além disso, a eventual inclusão indevida de determinados dados no levantamento fiscal não é questão nulidade e sim de mérito, a qual será analisado no momento próprio, qual seja, após análise das questões preliminares.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

No mérito, propriamente dito, observo que às infrações 03 e 04 não foram questionadas pela defesa, sendo apresentada apenas questões preliminares que já foram analisadas e afastadas no início do presente voto. Assim, ficam mantidas na autuação.

Na infração 01 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento por substituição tributária.

Em sua defesa o sujeito passivo alega que a legislação apontada não estava em vigor, no que tange os produtos constates no item 44 do anexo 88 do RICMS/97, pois o item 44, do anexo 88 do RICMS/97, foi introduzido pelo Decreto 12.534, publicado em 24/12/2010, tendo sua vigência a vigorar somente a partir de 01/03/2011.

Como se observa da alegação defensiva, o autuado não questiona o fato da mercadoria em lide, *Colchões, inclusive box*, encontra-se enquadrada na Substituição Tributária a partir de 01/03/2011.

Entretanto, a defesa alegou que foram incluídas operações anteriores ao dia 01/03/2011. Entendo que esse argumento defensivo não é capaz de elidir a autuação, uma vez que analisando os levantamentos fiscais que embasaram à infração, os quais foram acostados às folhas 15 a 22 dos autos, resta comprovado que somente foram incluídas notas fiscais a partir de março de 2011.

Ademais, no próprio corpo do Auto de Infração, fl. 01, constam os meses de março a agosto de 2011.

Quanto a alegação de que teria dado saídas de todas as mercadorias com destaque do ICMS, ou seja, estaria apurando e recolhendo o imposto pelo regime normal, essa alegação não foi comprovada pela defesa, pois, caberia a defesa comprovar que todas as mercadorias, sem exceção, entradas em seu estabelecimento foram objeto de saídas de tributação normal. Devo ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Se houve apuração e recolhimento indevido pelo contribuinte autuado, o que não restou comprovado nos autos, caberá ao sujeito passivo adotar os procedimentos pertinentes ao pedido de restituição do tributo que entender ter recolhimento indevidamente.

Assim, estando comprovado que a mercadoria objeto dos documentos fiscais citados não estão enquadrados no Regime de Substituição Tributária, é ilícito o crédito sobre as aquisições respectivas.

Logo, à infração 01 restou caracterizada.

A infração 02 acusa o sujeito passivo de utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem que houvesse a comprovação.

Portanto, a exigência fiscal diz respeito a imputação de que o contribuinte autuado creditou indevidamente de ICMS decorrente de devoluções efetuadas por consumidor final sem a emissão de nota fiscal de entrada e sem a declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade.

A defesa reconhece que não emite de nota fiscal de entrada com a declaração assinada pela pessoa que efetuou a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade, alegando que o documento “papel” assinado pelo cliente que realizou a devolução, é um procedimento arcaico e desnecessário, acrescentando que o intuito da NFC-e é justamente economizar a utilização de papel e com isso ajudar o meio ambiente, pois com essa diminuição de papel há diminuição de poluente e desmatamento de grandes florestas, em todo o mundo, citando, inclusive alguns exemplos em que o seu cliente realizou outra venda logo em seguida.

Ocorre que tais alegações não são capazes de elidir a imputação, pois tratando-se de utilização de crédito fiscal, deve-se observar as disposições expressa na legislação do ICMS. No caso em lide, o exame do presente lançamento passa pela análise do aspecto material da incidência do ICMS,

frente ao disposto na legislação tributária, bem como das implicações decorrentes do descumprimento das obrigações principal e acessória, em especial, o determinado no artigo 653, do RICMS/97, *in verbis*:

Art. 653. O estabelecimento que receber, em virtude de garantia, troca, inadimplemento do comprador ou desfazimento do negócio, mercadoria devolvida por produtor ou extrator ou por qualquer pessoa física ou jurídica não considerada contribuinte ou não obrigada à emissão de Nota Fiscal poderá creditar-se do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, desde que haja prova inequívoca da devolução.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, entende-se por:

I - garantia, a obrigação assumida pelo remetente ou fabricante de substituir ou consertar a mercadoria se esta apresentar defeito;

II - troca, a substituição de mercadoria por uma ou mais da mesma espécie ou de espécie diversa, desde que de valor não inferior ao da substituída.

§ 2º Nas hipóteses deste artigo, o estabelecimento recebedor deverá:

I - emitir Nota Fiscal, na entrada das mercadorias, mencionando o número, a série, a subsérie e a data do documento fiscal originário, e o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto a ser creditado, se for o caso;

II - obter, na Nota Fiscal (entrada) referida no inciso anterior ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade;

III - lançar a Nota Fiscal referida no inciso I no Registro de Entradas, consignando os respectivos valores nas colunas "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações ou Prestações com Crédito do Imposto", quando for o caso.

§ 3º A Nota Fiscal (entrada) emitida na forma do parágrafo anterior servirá para acompanhar a mercadoria em seu transporte até o estabelecimento de origem.

§ 3º-A. Tratando-se de devoluções ocorridas no estabelecimento, o contribuinte poderá, mediante autorização do inspetor fazendário, emitir uma única nota fiscal de entrada englobando todas as devoluções ocorridas durante a semana, observados os procedimentos previstos no § 2º.

Conforme consignado no *caput* do artigo 653 do RICMS-BA, a legislação tributária estadual prevê a hipótese de utilização de crédito fiscal de ICMS nos casos de devoluções realizadas por consumidores finais, pessoa física ou pessoa jurídica não obrigada à emissão de nota fiscal. Todavia, o estabelecimento recebedor das devoluções deverá comprovar a efetividade dessas devoluções mediante o cumprimento das obrigações previstas no §2º transcrito acima, obrigações que a defesa entende ser desnecessárias.

Portanto, entendo que os cupons fiscais acostados pela defesa, sem as emissões das notas fiscais de entradas e sem as declarações firmadas pelos adquirentes, não servem como elemento de prova inequívoca das devoluções, requisito indispensável para o creditamento do imposto, à luz do artigo 653, do RICMS/97, não sendo possível converter a cobrança do imposto em multa por descumprimento de obrigação acessória como requerida pela defesa.

Devo ressaltar que a mera alegação de presunção de inocência, da ausência de fraude fiscal, da boa-fé, arguida pelo autuado, não o exime do cometimento da infração apontada na presente lide, considerando a indisponibilidade do crédito fiscal e porque o direito tributário se move por um viés objetivo, acorde art. 136, CTN, ao tratar da responsabilidade pelas infrações tributárias estritamente fiscais.

"Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato."

Dispõe o art. 136 a desconsideração da intenção do agente ou do responsável, dispensando-se assim a presença do dolo, que é a vontade livre e consciente dirigida a realizar o ato tido pela norma tributária como ilícito, justamente para que o Fisco fique livre de ter que demonstrar, em cada especificidade fática, a existência da vontade do infrator de burlar ou não a lei. Necessário, contudo, que reste provada a ocorrência do fato gerador do imposto, de responsabilidade tributária do contribuinte autuado. A fazenda pública, assim, não precisa investigar, nem mesmo

provar a intenção, pois que, para a responsabilidade pela prática da conduta ilícita tributária não-delituosa, esta investigação não se faz necessária, posto que o próprio Código determinou que essa responsabilidade independe da intenção.

No caso concreto, portanto, ainda que agindo de boa-fé, o contribuinte não poderia utilizar-se de crédito de fiscal, cuja prova desse direito não consegue fazê-la, em relação às devoluções das vendas, anteriormente feitas, a pessoa física, consumidor final, não obrigada a emissão de documento fiscal.

Desta forma, entendo que à infração 02 restou caracterizada.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206926.3000/16-6**, lavrado contra **LOJAS SIMONETTI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$78.314,45**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alínea “d”, e VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA