

**A. I. Nº** - 089008.3000/16-6  
**AUTUADO** - LOJAS SIMONETTI LTDA.  
**AUTUANTE** - EDMUNDO SILVA  
**ORIGEM** - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 18/07/2018

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0092-03/18**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração não elidida pelo sujeito passivo. **b)** DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS A CONSUMIDOR SEM A DEVIDA COMPROVAÇÃO. Defesa não logra êxito em comprovar as operações de devolução na forma determinada pela legislação de regência. Infração subsistente. **c)** MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Infração não impugnada em relação ao mérito. Acatada parcialmente preliminar de decadência em relação ao período lançado com fatos geradores ocorridos anteriores a junho de 2011. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 15/06/2016, exige crédito tributário no valor de R\$125.893,910, em razão das seguintes irregularidades:

**Infração 01 - 01.02.05.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$30.822,98, acrescido da multa de 60%;

**Infração 02 - 01.02.17.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$94.532,68, acrescido da multa de 60%;

**Infração 03 - 01.02.26.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$538,25, acrescido da multa de 60%.

O autuado impugna o lançamento fls. 58 a 66. Depois de registrar a tempestividade de sua peça defensiva e reproduzir o teor das infrações apresenta suas razões de fato e de direito que se seguem.

Inicialmente observa que, de acordo com as informações constantes no Auto de Infração, o período fiscalizado foi de 01/01/2011 a 31/12/2011. No entanto, só tomou conhecimento do Auto de Infração em 16/06/2016, assim, os fatos geradores ocorridos cinco anos anteriores a esta data estão prescritos, de acordo com o art. 173, incisos I e II, Parágrafo único, do CTN, que reproduz.

Assevera que o prazo para o cômputo da prescrição quinquenal é da data da emissão do documento fiscal, sendo assim, a prescrição em relação ao ICMS, que anterior à data de 16/06/2011, deverão ser consideradas prescritas de pleno direito em todas as infrações do presente Auto de Infração.

Inicialmente ressalta que o processo administrativo é totalmente revestido e instituído pelo princípio da legalidade com preceitua a nossa Carta Magna em seu artigo 37, *caput*.

Ressalta que o Poder Público em suas atividades, está sempre atrelado a fazer somente o que a lei permitir, diferentemente do privado onde só poderá deixar de fazer algo se a lei proibir. Prossegue assinalando que, nessa linha de pensamento, a fim de regulamentar o processo administrativo fiscal, foi editado o RPAF-BA/99, que é a legislação que Regula o Processo Administrativo Fiscal no Estado da Bahia. Arremata frisando que toda a legislação ou regulamentação ao ser criada, sempre vem embasada em princípios e motivos pelos quais são os norteadores da criação e aplicação da norma, bem como as finalidades de sua regulamentação.

Registra que, para corroborar com o seu raciocínio reproduz o teor do art. 2º, do RPAF-BA/99, que assegura ao contribuinte um tratamento justo, digno e igualitário no processo administrativo.

Diz que ao passar os olhos no supra aludido artigo, rapidamente tal interpretação nos remete aos princípios de direito que invoca necessariamente a CF/88, marco histórico da nova era democrática que nos coloca no mesmo cenário político daqueles que vivenciam o Estado Democrático de Direito.

Em relação à Infração 01, que lhe acusa de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, afirma 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-BA/97.

Observa que o item 44, do Anexo 88, do RICMS-BA/97, foi introduzido pelo Dec. 12.534, publicado em 24/12/2010, tendo sua vigência a vigorar somente a partir de 01/03/2011, sendo assim, não poderia ser penalizada neste período em relação estes produtos em questão.

Destaca que o Auto de Infração não está em conformidade com a legislação que vigorava na época, devendo ser o mesmo, ser julgado improcedente, em face das prescrições já alegada preliminarmente, e também a vigência do Dec. 12.534, que passou a vigor depois de 01/03/2011.

Pondera que se superadas todas as alegações acima expostas, registra que se extrai da presente apuração é que estaria utilizando de crédito na entrada de mercadoria submetida ao regime de Substituto Tributário, mas também estava pagando o ICMS quando da saída destes mesmos produtos.

Afirma que sempre que realizada a venda destas mercadorias, também a tributava, sendo assim todas as vendas destas mercadorias que foram realizadas neste período com a tributação normal, foram recolhidas de forma irregular, gerando, nesta ótica créditos.

Prova disso, frisa que se seguem os cupons fiscais abaixo Anexo I, que comprovam que os produtos considerados Substituto Tributário, estavam tendo sua saída tributada normalmente, só que em sua apuração encontravam-se com a tributação normal:

1. Cupom COO: 004236; Data: 06/04/2011; Código/Produto: 0164020/Colchão Selectus D60 88x188x1; Valor de Venda R\$ 220,00(tributado na saída em alíquota de 17%).
2. Cupom COO: 054009; Data 12/09/2011; Código/Produto: 164113/Colchobox Elite Espuma 138; Valor de Venda R\$ 269,00 (tributado na saída em alíquota de 17%).
3. Cupom COO: 049226; Data 06/04/2011; Código/Produto: 164045/Colchobox Robustus D50 138; Valor de Venda R\$ 250,00 (tributado na saída em alíquota de 17%).

Por isso, afirma que o Auto de Infração encontra-se eivado de nulidade devendo o mesmo ser julgado improcedente acolhendo todos os seus argumentos, ou ao menos seja reconhecida a compensação dos créditos quando da saída destes mesmos produtos.

Em relação à Infração 02, observa que nesta infração, o Auditor Fiscal, considerou que agiu de forma dolosa ao aproveitar dos 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 obrigada a pagar todo o ICMS referente as devoluções, devoluções estas que realmente ocorreram, o que não pode admitir.

Assevera que existem outras formas de comprovar que não foi esta a realidade dos fatos, pois todas as devoluções têm vendas posteriores em nome do cliente, comprovando-se assim que em momento algum ocorreu a omissão do recolhimento do ICMS, mas sim talvez em uma análise bem criteriosa uma falta de um documento acessório procedimental, 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.

Revela que a cada dia mais para o mudo virtual, e demonstração disso é o próprio fisco, que passou do “famoso bloco” para a ECF, SPED hoje NFC-e, ou seja, a eliminação do papel já é uma realidade em nosso meio, e não poderia ser diferente, pois, a evolução do mundo, das coisas, dos tempos, estão aí para melhorar a cada dia mais ainda o nosso dia a dia, e não poderia ser diferente nas empresas privadas e estatais.

Afirma que essa infração não poderá ser interpretada como 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 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, até porque se ficasse aqui escrevendo e justificando os motivos das devoluções ficaríamos por muitos e muitos linhas.

Revela que não pode aceitar o creditamento indevido, pois isso não ocorreu. Para demonstrar que realmente não houve qualquer ato de má-fé, assinala que acosta alguns exemplos onde os clientes efetuaram compras e posteriormente estes produtos foram devolvidos e, logo depois, foi realizada outra venda para o mesmo cliente:

*Exemplo 1:*

*1ª Compra; Data: 16/05/2011; Cupom COO 004863, Cliente: Yuri Almeida Do Carmo; CPF nº 737.780.285-53; Valor: R\$ 1.940,67.*

*Devolução; Data 16/05/2011; Danfe 2187; Cliente: Yuri Almeida Do Carmo; CPF nº 737.780.285-53; Valor: R\$ 1.940,67.*

*2ª Compra; Data: 16/05/2011; Cupom COO 004867, Cliente: Yuri Almeida Do Carmo; CPF nº 737.780.285-53; Valor: R\$ 1.940,67.*

*Exemplo 2:*

*1ª Compra; Data: 21/12/2011; Cupom COO 008788, Cliente: Mauriza Santos de Souza; CPF nº 395.748.815-04; Valor: R\$ 1.299,00.*

*Devolução; Data 05/05/2011; Danfe 10617; Cliente: Mauriza Santos de Souza; CPF nº 395.748.815-04; Valor: R\$ 1.299,00.*

*2ª Compra; Data: 22/12/2011; Cupom COO 008808, Cliente: Mauriza Santos de Souza; CPF nº 395.748.815-04; Valor: R\$ 1.299,00.*

*Exemplo 3:*

*1ª Compra; Data: 02/05/2011; Cupom COO 004559, Cliente: Leonor Lima Cruz; CPF nº 010.784.755-80; Valor: R\$ 189,90.*

*Devolução; Data 05/05/2011; Danfe 1851; Cliente: Cliente: Leonor Lima Cruz; CPF nº 010.784.755-80; Valor: R\$ 189,90.*

*2ª Compra; Data: 05/05/2011; Cupom COO 004664, Cliente: Leonor Lima Cruz; CPF nº 010.784.755-80; Valor: R\$ 189,90.*

Registra que além dos exemplos expostos acima, tem outros vários em anexo, como prova de que em nenhum momento a Autuada agiu de má-fé.

Declara que conforme amplamente demonstrado acima e em anexo, não restam dúvidas que não ocorreu nenhuma utilização de crédito indevido de ICMS, referente as devoluções, até porque foi vastamente comprovada a nova venda, e seria ilógico o cliente comprar, devolver e comprar pagando novamente, comprovando assim cabalmente que nenhum momento a Autuada, utilizou-se de créditos indevidos.

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

Revela que a não apresentação deste documento não deveria punir o contribuinte com o pagamento novamente do 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.

Pugna pelo acolhimento de seus argumentos expendidos, para que ao final o presente Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente em todos os seus termos.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O Autuante presta informação fiscal, fl. 113 a 115, depois de resumir as ponderações da Impugnação, refuta as razões defensivas nos termos que se seguem.

Inicialmente registra a questão da decadência tem sido alvo de inúmeros acórdãos, em que reiteradamente é majoritariamente decidida como se vê nos acórdãos: Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08.

Observa que o Código Tributário Nacional - CTN permitiu, através de lei, ao ente federativo respectivo a possibilidade de instituir outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no § 4º, do art. 150. Prossegue destacando que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, §4º, do CTN, que prevê: “*se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador*”.

Revela que o disposto no art. 107-A, inciso I, do COTEB, instituído pela Lei 3.956/81, vigente à época dos fatos geradores, que em sua essência transcreve o art. 173, inciso I, do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Revela que a revogação do art. 107-A, da Lei nº 3.956/81, dada pela Lei 13.199/14 não retroage os efeitos para antes de 29/11/14. Menciona que esse entendimento acompanha a jurisprudência desse CONSEF e da PGE/PROFIS, de que a revogação do art. 107-A, do COTEB decorrente do advento da Lei 13.199/14, por se tratar de norma jurídica de natureza material e não procedimental, não pode retroagir para surtir efeito em relação a fato gerador ocorrido sob a égide da legislação tributária à época vigente. (Acórdãos CJF de nºs 0031-11/15 e 0050-12/15).

Assim, conforme expendido, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2011 só seriam atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2017 e as medidas preparatórias para o lançamento, bem como a ciência do Auto de Infração ocorreram ainda no exercício de 2016, não havendo, portanto, a extinção do direito da Fazenda Pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2011.

Arremata assinalando que, de acordo com a exposição acima, não restam dúvidas sobre a legalidade da cobrança dos créditos constituídos neste Auto de Infração, com datas de ocorrências dos fatos geradores de janeiro a dezembro de 2011, visto que estas datas são anteriores a revogação do art. 107-A, do COTEB, através da Lei 13.199/14, com a decadência só ocorrendo a partir de 01/01/2017.

Em relação à Infração 01, no que diz respeito à alegação da Defesa de que não poderia se penalizada neste período em relação aos produtos constantes do Item 44, do Anexo 88, do RICMS-BA/97, pelo fato de que o referido Item não se encontrava em vigor, uma vez que somente foi introduzido pelo Dec. 12.534/10, tendo sua vigência a vigorar somente a partir de 01/03/2011,

esclareceu o Autuante que o lançamento desse item da autuação somente fora efetuado a partir de 02/03/2011 conforme se pode observar às fls. 17 a 23 do processo. Afirmar ter observado a orientação do Dec. 12.534/10 com efeitos a partir de 01/03/2011. Remata sustentando que, desta forma, todas as mercadorias adquiridas no período de 01/01/2011 à 01/03/2011 não fizeram parte da base de cálculo da infração.

Quanto à ponderação defensiva de que, ao realizar a venda das mercadorias objeto da Infração 01, também a tributava, sendo assim todas as vendas destas mercadorias que foram realizadas neste período com a tributação normal, foram recolhidas de forma irregular, gerando créditos, esclarece o Autuante que o contribuinte legislou em causa própria, uma vez que utilizou o crédito nas operações de mercadorias submetidas ao regime de Antecipação Tributária. Arremata informando que, uma vez comprovado estes créditos, caberia ao mesmo fazer o pedido de restituição de indébito, consoante orientação do RPAF-BA/99.

Em relação à Infração 02, que imputa a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadoria efetuada por consumidor final, sem a devida comprovação, observa que o Impugnante não obteve na nota fiscal ou em documento apartado declaração assinada pela pessoa que efetuou, com indicação do motivo, espécie e número do documento de identidade, conforme determina o inciso II, §2º, do art. 653, do RICMS-BA/97.

Depois de reproduzir os incisos I e II, do §2º, do aludido dispositivo regulamentar, registra seu entendimento de que o contribuinte não cumpriu ainda mais uma vez a legislação no que se refere ao ICMS, no procedimento adotado no retorno de mercadorias vendidas a não contribuintes. Fazendo da forma que melhor resolvesse o problema da empresa.

Em relação à Infração 03, relata que o Autuado não faz qualquer menção em sua defesa.

Conclui assinalando que, pelos motivos expostos, mantém a autuação.

Em pauta suplementar essa 3ª JF converte os autos em diligência, fl. 117, para que o Autuante intimasse o Impugnante a apresentar comprovação de forma inequívoca para cada uma das operações arroladas nos demonstrativos de débito: Infração 01, demonstrativo às fls. 17 a 28, que tiveram as correspondentes saídas efetuadas com débito do imposto; Infração 02, demonstrativos às fls. 30 a 46, que foram emitidas notas fiscais de saída em substituição às correspondentes mercadorias devolvidas. Sendo apresentadas as correspondentes comprovações que elaborassem novos demonstrativos excluindo as operações devidamente comprovadas.

O Autuante apresenta o resultado da diligência, fls. 138 e 139, esclarecendo que, em relação à Infração 01, o Impugnante apenas apresentou alguns documentos com tributação na saída das mercadorias, fls. 106 a 111. Asseverou que, uma vez comprovado esses débitos, caberia requerer a restituição do indébito, segundo orientação do RPAF-BA/99.

No tocante à Infração 02, informou que o Impugnante não cumpriu mais uma vez a legislação no que se refere ao ICMS, no procedimento admitido no retorno de mercadorias vendidas a não contribuintes. Procedendo da melhor forma que resolvesse o problema da empresa.

Conclui reafirmando que o Defendente não faz qualquer menção em relação à Infração 03 e pugna pela procedência do Auto de Infração.

Na assentada do julgamento, o patrono do Autuado, em sustentação oral, reprisou todos os seus argumentos alinhados em sede de defesa, precipuamente, no tocante à preliminar de decadência em relação aos fatos geradores de todas as infrações, cujas datas de ocorrência do fato gerador ocorreram anteriormente a junho de 2011, reafirmando também suas razões de defesa em relação às Infrações 01 e 02. Revelou que, em relação ao tema decadência, a Segunda Instância desse CONSEF através dos Acórdãos CJF de nº 0257-12/17 e de nº 0385-12/17, acolheu seu pleito e entendeu como operada parcialmente nos julgamentos dos Autos de Infração lavrados contra outros dois estabelecimentos seus.

## VOTO

Inicialmente cabe enfrentar a alegação da defesa de que os lançamentos anteriores a 16/06/2011 em todas as três Infrações do presente Auto de Infração devem ser considerados prescritos.

Convém salientar que a PGE-PROFIS emitiu o Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, para estabelecer que se conta o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, §4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Considerando que nas infrações apuradas no presente Auto de Infração decorreram de uso indevido de crédito fiscal, o que implica nesses o recolhimento a menos, bem com os precedentes indicados pelo Autuado dos julgados pela 2ª CJF deste CONSEF, entendo que as operações realizadas no período de janeiro a maio de 2011 foram tragadas pela decadência.

Assim, com a exclusão das exigências apuradas nos meses de janeiro a maio de 2011, a Infração 01 passa R\$19.374,64, a Infração 02, para R\$65.082,81 e a Infração 03 para R\$225,39.

No mérito, o Auto de Infração lavrado para exigir crédito tributário no montante de R\$125.893,91, referente a três irregularidades, conforme descrição pormenorizada no preâmbulo do relatório.

A Infração 03 não foi objeto de impugnação pelo Autuado em sua Defesa no tocante ao mérito, sendo, portanto, considerada procedente, não fazendo parte da lide. Entretanto, em decorrência da decadência parcial acatada, remanesce o valor de R\$225,39.

A Infração 01 imputa ao sujeito passivo a utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária.

Em sede de defesa o Impugnante alegou que não foi considerado no levantamento fiscal que o item 44, do Anexo 88, do RICMS-BA/97, somente entrou em vigor a partir de 01/03/2011, e que apesar, de ter utilizado os créditos na entrada de mercadorias sujeitas à substituição tributária, adotou nas vendas dessas mercadorias Tributação normal, pugnando pela improcedência desse item da autuação.

O Autuante ao proceder à informação fiscal esclareceu que a alegação da defesa atinente ao item 44, do Anexo 88, do RICMS, não procede, haja vista, que não foi incluído no levantamento fiscal qualquer operação antes de 01/03/2011 com o referido item. Acrescentou ainda que em relação alegação de que as mercadorias saíram com tributação normal o Autuando deve comprovar a alegação e se confirmada providenciar a restituição do indébito.

Ao compulsar os autos depois de examinar os elementos que fundamentam esse item da autuação constato que, mesmo após a realização de diligência para que, cada aquisição de mercadoria sujeita a substituição tributária, objeto da autuação, nas quais foram apropriadas indevidamente o crédito fiscal, fosse comprovada inequivocamente pelo Impugnante que tiveram as saídas tributadas normalmente, não se obteve êxito.

Em suma, o Defendente não carrou aos autos a comprovação de que todos os itens arrolados no levantamento fiscal tiveram, sem exceção alguma, suas saídas tributadas normalmente.

Assim, tendo em vista restar devidamente configurado nos autos o cometimento da infração pelo Autuado que não conseguira elidir a acusação fiscal, concluo pela manutenção parcial desse item da autuação, no valor de R\$19.374,64, em decorrência da decadência parcial acatada

A Infração 02 imputa ao sujeito passivo a utilização indevida de crédito fiscal a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação.

O autuado sustentou em suas razões de defesa ser desnecessária a emissão da declaração do cliente que efetuou a da mercadoria

Para lastrear o lançamento fiscal, o Autuante acostou aos autos demonstrativo às fls. 30 a 48 Anexo III. Saliento que, como mencionado pelo Autuado existe expresso disciplinamento no Regulamento do ICMS-BA sobre a devolução de mercadoria efetuada por pessoa não obrigada a emissão de nota fiscal. É a norma constante no art. 653, do RICMS-BA/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 [...]*

*§ 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.”*

Conforme se depreende do teor do dispositivo regulamentar de regência, há previsão de utilização de crédito fiscal de ICMS por parte do contribuinte, nos casos de devolução de mercadoria realizada por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas não obrigadas à emissão de nota fiscal.

Entretanto, estabeleceu o legislador a indispensabilidade de prova inequívoca da devolução para que o crédito fiscal apropriado seja legitimado, ou seja, a imprescindível 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 ser aposta na própria nota fiscal ou em documento apartado.

Logo, afigura-se evidenciada de forma indelével a exigência expressamente preconizada pelo legislador para legitimação do crédito fiscal da comprovação do desfazimento do negócio ou troca da mercadoria, por parte de quem devolve a mercadoria ou desfaz o negócio.

Resta indubitado que, mesmo se tratando de uma obrigação tributária acessória, a comprovação da devolução deve ser feita do modo expressamente estabelecido na legislação do ICMS - de forma inequívoca - haja vista que o creditamento levado a efeito pelo contribuinte interfere diretamente na apuração do imposto, ou seja, no cumprimento da obrigação principal.

Assim sendo, cabe ao sujeito passivo recebedor da devolução comprovar a sua ocorrência mediante o cumprimento das obrigações previstas no supra aludido dispositivo regulamentar.

Em que pese a emissão do documento fiscal de entrada referido no art. 653, do RICMS-BA/97, contudo, o exame desses documentos fiscais permite constatar que eles não atendem às determinações contidas no referido dispositivo regulamentar, pela ausência de um elemento indispensável para comprovação da devolução e, conseqüentemente, do creditamento, que é 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, bem como a falta de identificação do documento originário.

Logo, do exame das peças que instruem esse item da autuação resta patente nos autos que o Autuado, apesar de ter emitido as notas fiscais de devoluções cujas cópias estão anexadas aos autos, não deu cumprimento ao disposto no do art. 653, do multicitado regulamento do ICMS.

Remanescendo, portanto, sem comprovação inequívoca nos autos a efetiva devolução das operações objeto da autuação. Eis que, a unilateral emissão da nota fiscal de entrada sem a declaração expressa do motivo e de quem efetuou a devolução é insuficiente para adimplemento da utilização do crédito fiscal correspondente.

Assim, considerando o acerto da autuação concluo pela subsistência parcial da Infração 02, no valor de R\$65.082,81, em decorrência da decadência parcial acatada.

| DEMONSTRATIVO COMPARATIVO DE DÉBITO |                   |                  |       |               |
|-------------------------------------|-------------------|------------------|-------|---------------|
| Infração                            | Auto de Infração  | Julgamento       | Multa |               |
| 01                                  | 30.822,98         | 19.374,64        | 60%   | Proc.em Parte |
| 02                                  | 94.532,68         | 65.082,81        | 60%   | Proc.em Parte |
| 03                                  | 538,25            | 225,39           | 60%   | Proc.em Parte |
| <b>Totais</b>                       | <b>125.893,91</b> | <b>84.682,84</b> |       |               |

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

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 089008.3000/16-6, lavrado contra **LOJAS SIMONETTI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$84.682,84**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso VII, alínea “a”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULADORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – JULGADOR