

A. I. Nº - 207162.0006/18-8
AUTUADO - RBX RIO COMÉRCIO DE ROUPAS S.A.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO MACHADO DE SOUZA
ORIGEM - DAT METRO / INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 01/11/2022

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0192-03/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DEVOLUÇÕES REALIZADAS POR CONSUMIDOR FINAL. FALTA DE COMPROVAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Refeito os cálculos pelo Autuante, em sede de informação fiscal, as notas fiscais de devolução de transferências entre estabelecimentos do Autuado, constantes no levantamento fiscal, foram excluídas, reduzindo o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Afastada a preliminar de nulidade. Acatada a preliminar de decadência. Indeferido pedido de nova diligência. Não acolhido pedido de redução da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/03/2018, exige crédito tributário no valor de R\$ 147.229,47, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da Infração **01 - 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 de 2013 a dezembro de 2016. Demonstrativo às fls. 15 a 28 e CD à fl. 14.

O Autuado impugna o lançamento fls. 38 a 57. Alinhando suas razões de defesa na forma

Inicialmente observa ser pessoa jurídica de direito privado que tem como atividade a confecção de peças de vestuário, inclusive acessórios em geral, bem assim o comércio atacadista e varejista destes artigos, e outras atividades correlatas, sob a marca “Animale”.

Revela que na persecução de seu objeto social, teve lavrado contra si Auto de Infração para constituir e exigir crédito tributário de ICMS apurado nos períodos compreendidos entre janeiro de 2013 a dezembro de 2016, acrescido de multa e juros, totalizando R\$ 297.583,72. Acrescenta que, conforme se depreende da leitura do Relatório Fiscal da Infração, teria incorrido em infração à legislação tributária na utilização de crédito fiscal de ICMS oriundo da devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final: “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação*”, sendo invocados como fundamentos legais da presente autuação, em relação à suposta utilização indevida de crédito, o inciso VIII, do art. 6º, e o art. 31, da Lei nº 7.014/96, c/c. o art. 454, do RICMS-BA/12.

Observa que a Autoridade Fiscal equivocou-se ao lançar o referido crédito tributário porquanto **(i)** não houve qualquer descrição/especificação quanto à conduta irregular praticada, ocasionando verdadeiro cerceamento de defesa e descumprimento do quanto exigido no art. 142, do CTN; **(ii)** efetuou o lançamento de créditos fulminados pela decadência, na forma do art. 150, § 4º, do CTN; **(iii)** vedou o aproveitamento de créditos cuja utilização observou aos parâmetros estabelecidos no art. 454, § 1º, do RICMS-BA/12; e **(iv)** impôs uma penalidade ilegal/inconstitucional devido à sua desproporcionalidade.

Assevera se mostrar imperiosa a declaração da insubsistência, plena e irrestrita, do Auto de Infração impugnado e, consequentemente, o reconhecimento de sua nulidade, inclusive quanto à

ausência de descrição satisfatória da alegada “infração” e consequente cerceamento de defesa, com o cancelamento da cobrança perpetrada, conforme as razões a seguir aduzidas.

Revela que no Relatório Fiscal da Infração apenas existe a menção que “utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação”, sem nenhuma descrição/especificação quanto à suposta conduta irregular praticada, de modo que se deparou com a constituição de crédito tributário incongruente e sem fundamento.

Observa que ao capítular a infração em suposto crédito decorrente de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, o Autuante não apontou as razões que motivaram a autuação, mas apenas indicou o enquadramento legal, situação que impede o contribuinte de apresentar sua defesa corretamente, correndo o risco de ser condenado a pagar por algo indevido. Acrescenta ainda que o Autuante indicou dispositivo legal que trata de matéria estranha à autuação (art. 6º, VIII, da Lei nº 7.014/96), já que cuida da aquisição de mercadorias saídas de estabelecimentos de produtor rural ou extrator.

Por isso, assinala que o Auto de Infração encerra em si flagrante cerceamento de defesa, violando de forma explícita o inciso LV, do art. 5º, da CF/88, cujo teor transcreve. Destaca ainda que, em observância a esse preceito, é imprescindível que estejam presentes todos os elementos para plena identificação da infração que suporta a lavratura do Auto de Infração para que possa o contribuinte associar os créditos cobrados aos supostos fatos que deram ensejo à exação, sempre com o fundamento legal especificado.

Registra que, no presente caso, não há descrição dos fatos que configuraram as infrações aos dispositivos invocados, ocasionando verdadeiro cerceamento do direito de defesa na medida que o Autuado se defende da subjunção dos fatos à norma e não somente da norma/qualificação legal dada pela Autoridade Fiscal.

Destaca que o lançamento é vinculado à descrição legal do fato, nos termos do art. 142, do CTN, razão pela qual não se mostra possível outra alternativa à Autoridade Fiscal que não perquirir exaustivamente os fatos e as causas que ensejaram o lançamento guerreado, não merecendo qualquer guarida a infundada e desarrazoada constituição de créditos em seu desfavor sem a conduta descritiva do suposto fato gerador.

Observa que do supracitado dispositivo, verifica-se que compete ao agente da Administração Pública realizar a identificação e comprovação dos seguintes elementos: (i) a ocorrência do fato gerador; (ii) a matéria tributária; (iii) o valor do tributo devido; (iv) o sujeito passivo e (v) eventual penalidade cabível caso o contribuinte não cumpra a sua responsabilidade tributária. Prossegue destacando que tais elementos têm de ser tipificados por inteiro, não podendo ser baseados em mero palpite ou presunção de que houve a infração pela, como ocorreu, *data venia*, nos autos do presente Auto de Infração, em que o agente da Administração Pública o lavrou, sem qualquer comprovação da ocorrência do fato gerador.

Nessa linha, traz à baila precedentes administrativos que se posicionaram no sentido de que às atuações fiscais consistentes na exigência de tributo de determinada pessoa física ou jurídica padecem de vício quando ausente a discriminação dos fatos geradores, reproduzindo as ementas: (*Processo nº 37034.001695/2003-11, Relator: Elias Sampaio Freire, 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, Data da sessão: 25/10/2011*) e; (*Processo nº 37318.000835/2007-81, Relator: Rycardo Henrique de Magalhães de Oliveira, Sexta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, Data da sessão: 07/10/2008*).

Afirma ser medida imperiosa a nulidade, com o cancelamento da cobrança efetivada pela Autoridade Fiscal, e declarada a improcedência do lançamento guerreado, considerando o vício insanável acima exposto, o qual macula de nulidade a integralidade do presente Auto de Infração, por tornar impossível o regular exercício do direito constitucionalmente assegurado do contraditório e da ampla defesa [art. 5º, LV, da CF/88], bem como não cumprir o quanto exigido no art. 142, do CTN, para a constituição do presente crédito tributário.

Observa que o Auto de Infração trata da exigência do ICMS creditado em desacordo com a legislação no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2016, tendo sido cientificada da autuação no dia 03 de abril de 2018, de modo que o transcurso de prazo superior a cinco anos leva à conclusão de que o crédito tributário relativo às operações ocorridas até o dia 02 de abril de 2013 foi atingido pela decadência (Levantamento 1 - “Relação das Notas Fiscais Atingidas pela Decadência), na forma do art. 150, § 4º, do CTN, cujo teor reproduz.

Assinala que o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento, sob a égide do art. 543-C, do Código de Processo Civil/1973, de que, em se tratando de tributo sujeito à lançamento por homologação, o prazo para constituição do crédito tributário é de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, na forma do § 4º, do art. 150, nos casos em que ocorre o pagamento antecipado do tributo e ausente a constatação de dolo, fraude ou simulação, afastando-se a incidência do art. 173, inciso I, do mesmo diploma, do CTN, reproduzindo a ementa do (*REsp 973.733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009*).

Afirma que no presente caso procedeu ao pagamento antecipado do tributo e, ademais, não agiu com dolo, fraude ou simulação - o que sequer foi tangenciado no auto de infração -, sendo de rigor, pois, a desconstituição da parcela do Auto de Infração lavrado após o transcurso do prazo decadencial.

Frisa que, mesmo que se alegue que o crédito tributário decorrente de acusação fiscal de creditamento indevido do ICMS não estaria sujeito a tal regra decadencial, a jurisprudência do próprio STJ é pacífica em reputar irrelevante o tipo de infração imputada ao sujeito passivo para aferição da caducidade, reproduzindo o teor da ementa do (*AgRg nos EREsp 1199262/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 07/11/2011*); (*AgRg no REsp 1318020/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 27/08/2013*) e; (*AgRg no REsp 1448906/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016*).

Arremata destacando ser indubitável que transcorreu *in albis* o prazo de que dispunha o Fisco para lançar eventuais diferenças de ICMS supostamente devido relativo ao creditamento efetuado até 02 de abril de 2013, sendo assim imperioso o cancelamento de parte do Auto de Infração.

Destaca o equívoco do Autuante ao incluir algumas notas fiscais de transferência/devolução entre seus estabelecimentos, já que não guardam relação com a infração imputada, pois, como se depreende da leitura do Relatório do Auto de Infração, a acusação imposta efetuada por consumidor final: “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação*”.

Observa que, apesar do teor da autuação fiscal, o Autuante incluiu 27 notas fiscais (Levantamento 2 - “Relação das Notas Fiscais de Devolução entre Estabelecimentos”) que têm por natureza a devolução de transferências entre seus estabelecimentos, ou seja, não se trata de mercadorias devolvidas por consumidor final, de modo que deverão ser excluídas dos levantamentos fiscais por não serem objeto da autuação.

Registra ser necessário o reconhecimento da improcedência do Auto de Infração em relação às notas fiscais que tratam das devoluções de transferência entre seus estabelecimentos por evidentemente não ter ocorrido a infração imputada, já que esta correspondente exclusivamente às devoluções efetuadas por consumidor final.

Ao adentrar no mérito da questão principal, isto é, os créditos aproveitados em decorrência da devolução de mercadoria efetuada por consumidor final, ressalta que o direito está amparado na legislação local, sendo improcedente a glosa realizada pelo Autuante.

Revela que a utilização dos créditos fiscais advindos da devolução de mercadoria por consumidor final está prevista no art. 454, do RICMS-BA/12, cujo teor transcreve.

Menciona que no caso em tela, cumpriu aos requisitos tendentes à utilização do crédito, como se verifica na documentação anexa, juntando-se i) a nota fiscal de entrada das mercadorias

devolvidas com a indicação no campo “dados adicionais” de todas as informações do documento fiscal originário da venda ao consumidor final; *ii) declaração assinada pelo consumidor final que efetuou a troca, com a indicação do número do CPF;* e *iii) o comprovante do lançamento da nota fiscal no livro Registro de Entradas.*

Como se depreende do mês utilizado por amostragem (mai/16), afirma que cumpre à risca as determinações da legislação baiana para o aproveitamento de crédito, não havendo razões que justifiquem a glosa efetuada pelo Autuante.

Argumenta não haver que se falar em ausência de indicação do motivo da devolução, pois consta expressamente no documento de declaração que a causa da devolução é a troca da mercadoria.

Revela ser sabido que o comércio do ramo de vestuário tem como característica a elevada ocorrência de trocas de produtos efetuadas pelos consumidores finais, já que os clientes, por inúmeras vezes, acabam por comprar peças em tamanhos menores ou maiores do que o adequado, bem como em cores ou modelos dos quais posteriormente vêm a se arrepender. Acrescenta ainda que, nos casos de compras de presentes, em que o presenteado opta por efetuar a troca pelos motivos delineados no parágrafo anterior. Por isso, assevera ser impossível que exija de seu cliente o motivo subjetivo que o levou à troca do produto, pois configura diminuição do direito de arrependimento (direito do consumidor), assim como a oferta de condições de troca maiores se revela necessária neste ramo para que possa competir com as demais empresas do mercado.

Aduz que, a vedação dos créditos pela ausência de indicação específica do motivo da troca (devolução da mercadoria) revela um preciosismo formal completamente abusivo, já que este requisito não possui impacto no crédito fiscal e só serviria como justificativa para óbice arbitrário a ser praticado pela Fiscalização no aproveitamento de créditos, ocasionando, ainda, violação aos princípios constitucionais da livre concorrência e de defesa do consumidor, assegurados nos incisos IV e V, do art. 170, da CF/88.

Afirma ser necessário que se reconheça a higidez dos créditos utilizados decorrente das devoluções de mercadorias efetuadas pelo consumidor final, com respaldo no art. 454, do RICMS-BA/12, não sendo possível constatar a violação apontada pelo Autuante neste Auto de Infração.

Pondera que, tendo em vista o cometimento de supostas infrações, foi aplicada a penalidade prevista na alínea “a”, do inciso VII, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Assinala que, com isso, foi submetido à exigência extorsiva de multa punitiva aplicada em valor exorbitante e de caráter confiscatório, que representa absoluta iniquidade ante as razões que levaram a Autoridade fiscal lavrar o presente Auto de Infração. Acrescenta que não se pode aferir legitimidade da pena que a Autoridade fiscal pretende impor, tendo em vista que ser completamente assimétrica aos erros formais eventualmente observados, configurando grave lesão ao Princípio Constitucional da Vedaçāo ao Confisco, previsto no inciso IV, do art. 150, da CF/88. Arremata revelando que o *caput* do art. constitucional em análise dispõe que a Administração Tributária deverá respeitar não só os princípios insculpidos no seu bojo, como também as garantias asseguradas ao contribuinte existentes nas demais disposições da Carta Magna.

Revela que dentre tais garantias, destaca-se o direito de propriedade preconizado no inciso XXII, do art. 5º, da CF/88, e que resguarda a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional a prerrogativa de não terem seu patrimônio dilapidado sem prévia indenização, ou, quando da atuação dos agentes tributários, sem a existência de arrecadação extremada.

Assinala que a vedação do efeito de confisco da atuação fiscal do Estado e das entidades que detêm a capacidade tributária tem estreita relação com o direito de propriedade do contribuinte, conforme elucida Bernardo Ribeiro de Moraes.

Prossegue mencionando que a extensão da atuação tributária deve respeitar o patrimônio do contribuinte, retirando de seu domínio apenas parcela que não afete a sua integralidade e não viole a sua capacidade econômica. Continua ponderando que, considerando que o princípio em análise é aplicado quando da atuação arrecadatória do Estado, é imperiosa a conclusão de que tal garantia do contribuinte envolve também a dosagem da punibilidade a ser aplicada em virtude de eventual descumprimento de obrigação tributária.

Sustenta que a valoração da multa deve estar em perfeita consonância com o princípio que veda o confisco na exigência exacial, sob pena da ocorrência de dilapidação do patrimônio do infrator da obrigação fiscal.

Para corroborar esse seu entendimento, traz colação ensinamentos dos juristas pátrios, Paulo César Baria de Castilho, Sacha Calmon Navarro Coelho, Heron Arzua e Dirceu Galdino e José Eduardo Soares de Melo.

Observa que os Tribunais do país têm reduzido penalidades flagrantemente confiscatórias e desproporcionais para que reflitam padrões punitivos que não representam enriquecimento ilícito do Fisco, como é possível depreender dos precedentes: (AI 482281 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-07 PP-01390 LEXSTF v. 31, n. 368, 2009, p. 127-130); (ADI 1075 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, DJ 24-11-2006 PP-00059 EMENT VOL-02257-01 PP-00156 RTJ VOL-00200-02 PP-00647 RDDT n. 139, 2007, p. 199-211 RDDT n. 137, 2007, p. 236-237); (RE 91707, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/12/1979, DJ 29-02-1980 PP-00975 EMENT VOL-01161-02 PP-00512 RTJ VOL-00096-03 PP-01354) e (RE 57904, Relator(a): Min. EVANDRO LINS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/04/1966, DJ 24-06-1966), cujas ementas reproduz.

Em que pesem as supostas violações assinaladas, tendo em vista todos os argumentos expostos nos tópicos anteriores, assevera cumprir a este Conselho reduzir a penalidade aplicada, caso não venha a cancelar por inteiro o Auto de Infração combatido, através de um limite/patamar máximo razoável, que não represente confisco do patrimônio e não seja desproporcional à infração supostamente praticada, sob pena de enriquecimento ilícito do Fisco e de violação aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da vedação ao confisco.

Arremata frisando que por todo o exposto, se pode chegar as seguintes conclusões:

a) o víncio da falta de descrição satisfatória da alegada “infração” macula de nulidade a integralidade do presente Auto de Infração, por tornar impossível o regular exercício do direito constitucionalmente assegurado do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) e/ou não cumprir o quanto exigido no art. 142, do CTN, qual seja, determinar a ocorrência do suposto fato gerador, sendo medida imperiosa a anulação integral da autuação, por não ter se desincumbido de demonstrar qualquer infração às disposições legais e regulamentares de regência;

b) é indubitável que transcorreu *in albis* o prazo de que dispunha o Fisco para lançar eventuais diferenças de ICMS supostamente devido relativo ao creditamento efetuado até 02 de abril de 2013, sendo assim imperioso o cancelamento de parte do Auto de Infração;

c) revela-se de rigor a improcedência do Auto de Infração em relação às notas fiscais que tratam das devoluções de transferência entre seus estabelecimentos por evidentemente não ter ocorrido a infração imputada, já que esta correspondente exclusivamente às devoluções efetuadas por consumidor final;

d) é necessário que se reconheça a higidez dos créditos utilizados decorrente das devoluções de mercadorias efetuadas pelo consumidor final, com respaldo no art. 454, do RICMS-BA/12, não sendo possível constatar a violação apontada pelo Autuante neste Auto de Infração e;

e) o percentual de multa estipulado pelo Autuante viola os mais comezinhos princípios jurídicos, em especial, o direito ao não confisco e o direito de propriedade, preconizados no Texto Constitucional, devendo ser, no mínimo, reduzido por este Órgão Julgador.

Protesta pela produção de todas as provas em direito admitidas, em especial, a juntada de novos documentos e a realização de diligências e/ou de perícia, sempre com a sua participação/ciência

nos moldes pugnados preliminarmente, visando a comprovação das alegações efetuadas, sob pena de violação dos princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

Conclui requerendo o reconhecimento da insubsistência/nulidade plena e irrestrita do Auto de Infração guerreado, inclusive quanto à sua capitulação e modalidade, com base nos argumentos consignados na presente Defesa, por não haver praticado qualquer infração à legislação tributária aplicável, bem como por restar o crédito tributário fulminado pela decadência e por terem sido incluídas na autuação operações que não condizem com acusação fiscal. E, subsidiariamente, caso não sejam reconhecidos seus argumentos, pugna pela redução da multa confiscatória aplicada a percentual condizente com a concreta situação.

O Autuante presta informação fiscal fl. 115 a 120, depois de resumir as razões de Defesa alinhadas pelo Impugnante, apresenta as seguintes ponderações.

Quanto às alegações relativas ao item “a” das suas conclusões, à fl. 56, assevera que a arguição apresentada é totalmente desprovida de conteúdo objetivo e lógico. Visto que, a descrição da Infração 01, “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação” é mais do que suficiente para definir e especificar que a infração foi lavrada em consequência da utilização, por parte do Defendente, de supostos créditos fiscais, lançados sem a devida comprovação de devolução de mercadorias, efetuadas por consumidor final.

Sustenta que todos os elementos necessários para o entendimento dos fatos estão descritos no referido texto, inexistindo, desta forma, qualquer fundamento nas alegações apresentadas pelo Defendente, quanto a não existência da determinação do fato gerador da infração. Estando, assim, em plena conformidade com o que estabelece o citado art. 142, do CTN, mencionado pela Defendente.

Em se tratando do item “b”, registra que o Impugnante argui a decadência do direito da Fazenda Estadual à constituição do crédito tributário relativos ao ICMS cujos fatos geradores ocorreram até 02/04/2013, baseados no § 4º, do art. 150, do Código Tributário Nacional - CTN, que estabelece a contagem do prazo a partir da ocorrência dos fatos geradores.

Desta forma, frisa que o Autuado defende a falta de sustentáculo para a autuação relativa aos lançamentos referentes até 02 de abril de 2013, sendo imperioso o cancelamento de parte do Auto de Infração.

Menciona que utilizando a permissão contida no dispositivo da Legislação Federal acima, o § 5º, do art. 107-B da Lei Estadual nº 3.956/81, que instituiu o Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, fixou prazo para a homologação do lançamento, conforme reproduzido em seu teor que colaciona à fl. 117. Por isso assevera que não pode ser arguida a determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que se aplica, apenas, quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação.

Prossegue acrescentando que a homologação tácita, prevista no § 4º, do art. 150, do CTN, só ocorre quando o imposto devido é lançado pelo sujeito passivo e pago dentro das condições previstas na legislação tributária.

Revela que, no caso em discussão, os valores lançados foram apurados mediante a realização de uma auditoria fiscal que identificou a ocorrência de várias infrações e, consequentemente, o recolhimento a menos do ICMS apurado mensalmente.

Afirma que essa parcela do ICMS que deixou de ser recolhida foi lançada de ofício e, portanto, em relação aos valores cobrados no Auto de Infração não houve o lançamento por homologação. Assim, não se pode aplicar o previsto no supracitado dispositivo legal que fundamentou a contestação do Autuado.

Explica que, para os fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2013, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/2018 para constituir o crédito tributário. Na questão que ora se discute, o crédito fiscal foi constituído em 28/03/2018, quando foi encerrado o procedimento fiscal com a

lavratura do Auto de Infração, e a respectiva ciência do representante legal da Defendente, em 04/04/2018, não havendo, portanto, a alegada decadência pretendida.

No que diz respeito ao “item c”, observa que o Defendente apresentou no Levantamento 1 - Devolução entre Estabelecimentos, constante do CD-R anexo à sua defesa, à fl. nº 57, a Relação de Notas Fiscais de Devolução entre Estabelecimentos, sendo que:

Em relativo ao exercício de 2013, assinala que as notas fiscais relacionadas de nºs 1390; 1913 e 1948, não são suficientes para comprovar as devoluções. Ou seja, a natureza da operação informada na nota fiscal nº 1390, de 02/03/2013, não é uma operação de Devolução entre Estabelecimentos, e, sim, Devolução de Venda a Consumidor.

Revela que, neste caso, as provas são as apresentações de declaração de devolução assinada pelo consumidor final, como também o motivo da devolução, a espécie e o número do seu documento de identidade, além das informações referentes ao documento fiscal originário, conforme estabelece o art. 454, do RICMS-BA/12.

Quanto às outras Notas Fiscais de nº 1913 de 16/07/2013 e nº 1948 de 29/07/2013, informa que ambas, têm como natureza da operação Devolução de Venda com Cancelamento de Ticket. E, referem-se às notas fiscais de entrada emitidas do próprio estabelecimento autuado para ele mesmo. Destaca que, neste caso, não foram apresentados os cupons que comprovariam efetivamente os respectivos cancelamentos.

Frisa, que essas 03 notas fiscais anteriormente citadas, referem-se ao exercício de 2013. No qual a Relação de Notas Fiscais Emitidas sem Comprovação - Anexo I, emitida pelo Autuante e gravada no CD-R à fl. 14, constam 794 notas fiscais referentes às operações de devolução de 2013. Entretanto, o Defendente tentou comprovar, apenas 03 das operações de devolução relacionadas no Anexo I.

Relativo ao exercício de 2014, registra que se tratando das notas fiscais relacionadas no demonstrativo Anexo II, gravado no CD-R emitido pelo Autuante, não houve qualquer manifestação da Defendente em relação a qualquer item da relação. Assim, foram mantidos no Auto de Infração todos os itens relacionados relativos a 2014, Anexo II.

Relativo ao exercício de 2015, o Defendente arguiu a improcedência de apenas 15 notas fiscais, das 89 relacionadas no Anexo III, gravado no CD-R do Auto de Infração. Foi alegado que se trata de operações de Devolução de Transferência entre Estabelecimentos, o que foi plenamente acatado e, consequentemente, subtraídas do respectivo Anexo III.

Explica que, em relação às operações referentes às 74 notas fiscais restantes ficaram sem a devida comprovação, sendo, portanto, mantidas no Anexo III referente ao exercício de 2015.

Quanto ao exercício de 2016, as operações relativas às 09 notas fiscais relacionadas pelo Defendente no Levantamento 1 da Defesa, frisa que foram acatadas, visto que, comprovadamente referem-se à operações de Devolução de Transferências entre Estabelecimentos, indevidamente lançadas no Auto de Infração.

Destaca que, no exercício de 2016, o número de notas fiscais sem a devida comprovação das operações de devolução relacionadas no Anexo IV, foi de 93 notas. Desta forma, 84 notas fiscais ficaram sem a devida comprovação, e, consequentemente, foram mantidas na relação revisada do exercício de 2016, ou seja, no Anexo IV.

Ao tratar do “item d”, informa que relacionou nos demonstrativos, Anexos I; II; III e IV, do Auto de Infração gravado em CD-R à fl. 14, um total de 1585 notas fiscais referentes às operações de devolução sem comprovação realizadas por consumidor final.

Observa que desse total de 1.585 operações o Defendente comprovou de forma inequívoca, através de documentos, apenas 16 operações de devolução de mercadoria realizadas por consumidor final relativas ao exercício de 2016. As quais compõem o Levantamento 3 - Direito ao Crédito

Tributário gravado no CD-R de sua defesa à fl. 57. E, efetivamente comprovam a higidez dos créditos lançados, ou seja, atendem plenamente ao que estabelece o art. 454, do RICMS-BA/12.

Informa que foi emitida nova relação revisada, (Anexo IV), contemplando a retirada das 16 operações de devolução de mercadoria realizada por consumidor final no exercício de 2016.

Destaca, também, que todas as operações citadas nos referidos Anexos I; II; III e IV foram exigidas do contribuinte as respectivas comprovações, durante a fase de execução da fiscalização, através de intimações específicas constantes das fls. 08 e 09.

No que concerne ao “item e”, afirma que tal arguição não é de sua competência. Desta forma, nada tem a informar sobre o citado item.

Informa que foram emitidas 02 novas relações revisadas (Anexos III e Anexo IV), contemplando os itens acatados, as quais se encontram gravadas no DVD-R anexo à fl. 115, na seguinte ordem:

Anexo I - RELAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS DE DEVOLUÇÃO EMITIDAS SEM COMPROVAÇÃO EM 2013 (não houve alteração, as operações arguidas não foram acatadas): R\$ 67.191,99;

Anexo II - RELAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS DE DEVOLUÇÃO EMITIDAS SEM COMPROVAÇÃO EM 2014 (sem alteração, não houve manifestação do Autuado): R\$ 54.469,13;

Anexo III - RELAÇÃO REVISADA DAS NOTAS FISCAIS DE DEVOLUÇÃO EMITIDAS SEM COMPROVAÇÃO EM 2015 (houve alteração com o acatamento das arguições): R\$ 11.279,41;

Anexo IV - RELAÇÃO REVISADA DAS NOTAS FISCAIS DE DEVOLUÇÃO EMITIDAS SEM COMPROVAÇÃO EM 2016 (houve alteração com a retirada das arguições referentes às devoluções entre estabelecimentos e também das relativas a consumidor final cujas comprovações foram acatadas): R\$ 9.334,87.

Diante do exposto, assinala que o valor histórico do débito foi recalculado para R\$ 142.275,40, de acordo com os dispositivos legais aplicáveis, razão pela qual afirma reconhecer a procedência parcial do Auto de Infração, e o submete ao Conselho de Fazenda do Estado.

Informa que os novos demonstrativos elaborados são em função de argumentos e provas apresentadas pelo Autuado. Conforme estabelece o § 8º, do art. 126, do RPAF-BA/99 é dispensada a ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas inequívocas apresentadas pelo Autuado.

Em pauta suplementar essa 3ª JJF converteu os autos em diligência para que o Autuado fosse intimado para entrega dos demonstrativos constantes da mídia CD, à fl. 121, colhendo declaração de que os arquivos foram abertos na presença do preposto do fisco e que seus conteúdos estão acessíveis, concedendo o prazo de 10 para manifestação.

O Autuado se manifesta às fls. 132 a 135, acerca do pedido de diligência, estacando que, considerando a diligência supra, o Autuante elaborou novos cálculos, apenas para excluir do débito fiscal relativo às operações relativas às notas fiscais que tratam das devoluções de transferência entre seus estabelecimentos por evidentemente não corresponderem à infração imputada, esta adstrita exclusivamente às devoluções efetuadas por consumidor final.

Observa que, o Autuante (*i*) não excluiu todas as operações relativas às notas fiscais que tratam das devoluções de transferência entre estabelecimentos da Defendente; bem como (*ii*) não conferiu a melhor interpretação da legislação aplicável *in casu*, em relação aos demais tópicos de defesa apresentados.

Inicialmente, em relação ao item “(*i*)” supra, considerando o reconhecimento do Autuante relativa à necessidade de exclusão das citadas operações, deveria ter retirado do débito todas as operações indicadas em seu Levantamento 2 (“Relação das Notas Fiscais de Devolução entre Estabelecimentos”) acostado à peça defensiva.

Registra que o Autuante não excluiu as Notas Fiscais de Devolução de nºs 1.390, 1.913 e 1.948, os quais ainda seguem compondo a exigência tributária combatida, conforme se depreende do Anexo I (Operações de 2013) retificado após a diligência.

Diz restar imperiosa nova conversão do feito em diligência, para que seja determinado ao Autuante que retifique o levantamento fiscal a fim de excluir a totalidade das operações relativas às notas fiscais que tratam das devoluções de transferência entre estabelecimentos da Defendente, eis que extrapolam a matéria tributável descrita no auto de infração.

No que se refere ao item “(ii)”, afirma seu entendimento de que é pertinente reiterar os demais tópicos de defesa apresentados, a serem considerados em nova diligência e futuramente no julgamento pelo CONSEF da Impugnação ofertada:

- a)** o vício da falta de descrição satisfatória da alegada “infração” macula de nulidade a integralidade do presente Auto de Infração, por tornar impossível o regular exercício do direito constitucionalmente assegurado à Defendente do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) e/ou não cumprir o quanto exigido no art. 142, do CTN, qual seja, determinar a ocorrência do suposto fato gerador, sendo medida imperiosa a anulação integral da autuação, por não ter se desincumbido de demonstrar qualquer infração às disposições legais e regulamentares de regência;
- b)** é indubitável que transcorreu *in albis* o prazo de que dispunha o Fisco para lançar eventuais diferenças de ICMS supostamente devido relativo ao creditamento efetuado até 02 de abril de 2013, sendo assim imperioso o cancelamento de parte do Auto de Infração, consoante Levantamento 1 acostado pela Defendente à peça defensiva (“Relação das Notas Fiscais Atingidas pela Decadência”);
- c)** é necessário que se reconheça a higidez dos créditos utilizados pela Defendente decorrente das devoluções de mercadorias efetuadas pelo consumidor final, com respaldo no art. 454, do RICMS-BA/12, não sendo possível constatar a violação apontada pelo Autuante neste Auto de Infração; e
- d)** o percentual de multa estipulado pelo Autuante viola os mais comezinhos princípios jurídicos, em especial, o direito ao não confisco e o direito de propriedade, preconizados no Texto Constitucional, devendo ser, no mínimo, reduzido por este Órgão Julgador.

Pugna, em virtude dos novos cálculos apresentados, pela conversão novamente do feito em diligência, para que seja determinado ao Autuante que retifique o levantamento fiscal a fim de excluir a totalidade das operações relativas às notas fiscais que tratam das devoluções de transferência entre seus estabelecimentos, inclusive como corolário lógico da primeira reformulação do lançamento.

Conclui reiterando integralmente a peça defensiva em relação às demais ilegalidades apontadas, a ser considerada em nova diligência e futuramente no julgamento pelo CONSEF da Impugnação ofertada.

O Autuante presta nova informação fiscal, observando incialmente que as alegações apresentadas pelo Autuado não procedem, uma vez que o motivo da não exclusão das operações aludidas em relação as Notas Fiscais de nºs 1.390, 1.913 e 1.948 já terem sido explicitados, claramente por ocasião da 1ª Informação Fiscal à fl. 118, cujo teor reproduz.

Quanto ao item “(ii)”, assim nomeado e tratado pelo Autuado, fls. 133 e 134, informa que os tópicos [a; b; c e d] já foram todos devidamente contestados na Informação Fiscal anterior à fls. 115 a 120.

Conclui reafirmando todo o conteúdo constante da Informação Fiscal prestada anteriormente.

VOTO

De início, cabe enfrentar as preliminares de nulidade suscitadas pelo Impugnante, aduzindo a existência de vício insanável por tornar impossível o regular exercício de seu direito ao contraditório e a ampla defesa, pela ausência de comprovação da acusação fiscal, sem nenhuma descrição/especificação da conduta irregular praticada, sem a indicação da motivação da autuação, bem como pela indicação de dispositivo legal de matéria estranha a autuação [inciso

VIII, do art. 6º, da Lei 7.014/96] que cuida da aquisição de mercadorias saídas de estabelecimentos de produtor rural.

Do exame realizado nos elementos que integram os autos, constato que não deve prosperar a pretensão do Defendente. Com relação à alegação da inexistência de comprovação da acusação fiscal, pela ausência de descrição/especificação da conduta irregular praticada, não apontando a motivação da autuação não corresponde a realidade dos fatos. Eis que, mesmo antes da lavratura do Auto de Infração o Impugnante foi intimado, fl. 09, a apresentar os comprovantes relativos às devoluções de mercadorias devidamente discriminadas e registradas em sua escrita fiscal. Constam também dos autos demonstrativo de apuração relacionando todas as notas fiscais, fls. 15 a 28, cujas cópias lhe foram enviadas, fls. 12 e 13, identificando individualizadamente a origem dos valores apurados. Além disso, a descrição da infração, de forma clara, veicula objetivamente a irregularidade cometida. Logo, resta evidenciado nos autos que, o conjunto de informações articuladas para circunstanciar a infração objeto da autuação, inclusive, a quase totalidade do enquadramento legal, não deixam dúvidas de que o Autuado certamente compreendeu do que estava sendo acusado. Por seu turno, ao contrário do alegado, em sua Impugnação desenvolveu e articulou com desenvoltura suas razões de Defesa, não esbarrando em óbice algum, indicando e apontando com objetividade seus questionamentos, os quais, inclusive, foram parcialmente acolhidos pelo Autuante em sede de informação. Portanto, dúvidas não há, de que inexiste nos autos qualquer evidência de ofensa ao contraditório e da ampla defesa e, muito menos ausência de motivação.

No que concerne à alegação da existência de divergência entre o fato apurado e o enquadramento legal da infração objeto da autuação, saliento que à luz do § 1º, do art. 18, e o “caput” do art. 19, do RPAF-BA/99,: (i) eventuais omissões ou incorreções e a não observância de exigências formais da legislação não acarretam nulidade desde que seja possível se determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário; e (ii) o erro da indicação de dispositivo regulamentar e/ou legal, não implica nulidade, desde que pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Em suma não acolho as preliminares de nulidade apresentadas na Impugnação, por entender que: (i) a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível; (ii) foram determinados, com segurança, a infração e o infrator e; (iii) não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

E, por fim, resta ainda evidenciado que o PAF está revestido das formalidades legais, ante a inexistência dos motivos preconizados na legislação de regência, precípuamente os elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, que pudesse inquinar de nulidade o presente lançamento.

Cabe também enfrentar a preliminar de decadência suscitada pelo Autuado, relativa aos lançamentos, cujos fatos geradores ocorreram nos meses de janeiro a março de 2013, tendo tomado ciência da lavratura do Auto de Infração em 04/04/2018.

Convém esclarecer que em relação ao tema Decadência, a PGE - Procuradoria Geral do Estado, por meio da Procuradoria Fiscal, através da emissão do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, manifestou o entendimento de que “Conta-se 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”.

Quando se apura, no levantamento fiscal, imposto não declarado e não pago, implica inexistência de pagamento ou lançamento a ser homologado, neste caso, aplica-se a regra estabelecida no inciso I, do art. 173 do CTN.

Este tem sido o entendimento assente nos julgamentos de 2ª Instância deste CONSEF, ao decidir sobre esse tema.

No presente caso, a acusação fiscal se refere a utilização indevida de créditos fiscais. Logo em se tratando de operações declaradas, por isso, deve ser aplicado o mandamento previsto no § 4º, do art. 150, do CTN. Assim, contando-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, as operações, cujos fatos geradores ocorreram no período de janeiro a março de 2013, foram tragadas pela decadência, haja vista que o Impugnante tomou ciência da lavratura do Auto de Infração em 04/04/2018, fl. 03. Portanto, devem ser excluídos das aludidas infrações os valores apurados nos meses de janeiro a março de 2013.

Indefiro o pedido de diligência ou perícia do autuado, conforme requerido em sua defesa. Os elementos constantes nos autos, já são suficientes para a formação de juízo de valor e convencimento dos Julgadores. Ademais, a matéria em lide não depende de conhecimentos técnicos. Portanto, com base no inciso I, alínea “a”, e no inciso II, da alínea “b”, do art. 147, do RPAF-BA/99, não acolho tal pedido.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, pela utilização indevida de crédito fiscal, a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2016.

Portanto, a exigência fiscal diz respeito à imputação de que o contribuinte autuado se 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.

No caso ora 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 nos artigos 454 e 455, do RICMS-BA/2012, que reproduzo, *in verbis*:

“Art. 454. O contribuinte 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 a emissão de nota fiscal poderá creditar-se do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, desde que haja prova inequívoca da devolução.

§ 1º Na hipótese deste artigo, o estabelecimento recebedor deverá:

I - emitir nota fiscal na entrada das mercadorias, mencionando a quantidade e a descrição da mercadoria, 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 referida no inciso I 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.

§ 2º A nota fiscal (entrada) emitida na forma do § 1º deste artigo servirá para acompanhar a mercadoria em seu transporte até o estabelecimento de origem.

Art. 455. Tratando-se de devoluções ocorridas no estabelecimento, o contribuinte poderá emitir uma única nota fiscal de entrada englobando todas as devoluções ocorridas durante o dia ou a semana, devendo especificar a quantidade e a descrição das mercadorias, o número, a série, a subsérie e a data dos documentos fiscais originários, sem prejuízo dos procedimentos previstos nos incisos II e III do § 1º do art. 454.”

A Defesa observou que, apesar do teor da autuação fiscal, o Autuante incluiu 27 notas fiscais (Levantamento 2 - “Relação das Notas Fiscais de Devolução entre Estabelecimentos”) que têm por natureza a devolução de transferências entre seus estabelecimentos, ou seja, não se trata de mercadorias devolvidas por consumidor final, que devem ser excluídas dos levantamentos fiscais por não serem objeto da autuação.

Alegou também que cumpriu aos requisitos tendentes à utilização do crédito, conforme documentação anexa, juntando-se *i*) a nota fiscal de entrada das mercadorias devolvidas com a indicação no campo “dados adicionais” de todas as informações do documento fiscal originário da venda ao consumidor final; *ii*) declaração assinada pelo consumidor final que efetuou a troca, com a indicação do número do CPF; e *iii*) o comprovante do lançamento da nota fiscal no livro Registro de Entradas.

Asseverou que cumpre à risca as determinações da legislação baiana para o aproveitamento de crédito, não havendo razões que justifiquem a glosa efetuada pelo Autuante.

Destacou ainda ser sabido que o comércio do ramo de vestuário tem como característica a elevada ocorrência de trocas de produtos efetuadas pelos consumidores finais, já que os clientes, por inúmeras vezes, acabam por comprar peças em tamanhos menores ou maiores do que o adequado, bem como em cores ou modelos dos quais posteriormente vêm a se arrepender.

O Autuante em sua informação fiscal esclareceu que, em relação ao exercício de 2013 as notas fiscais relacionadas de nºs 1390; 1913 e 1948, não são suficientes para comprovar as devoluções. Ou seja, a natureza da operação informada na Nota Fiscal nº 1390 de 02/03/2013, não é uma operação de Devolução entre Estabelecimentos, e, sim, Devolução de Venda a Consumidor.

Explicou que a prova exigida, neste caso, são as apresentações de declaração de devolução assinada pelo consumidor final, como também o motivo da devolução, a espécie e o número do seu documento de identidade, além das informações referentes ao documento fiscal originário, conforme estabelece o art. 454, do RICMS-BA/12.

Quanto às outras Notas Fiscais de nº 1913 de 16/07/2013 e nº 1948 de 29/07/2013, registrou que ambas, têm como natureza da operação Devolução de Venda com Cancelamento de Ticket. E, referem-se às notas fiscais de entrada emitidas do próprio estabelecimento autuado para ele mesmo. Destacou que, neste caso, não foram apresentados os cupons que comprovariam efetivamente os respectivos cancelamentos. Destacou que apesar de constar 794 notas fiscais referentes às operações de devolução de 2013, o Defendente tentou comprovar, apenas 03 das operações de devolução relacionadas no Anexo I.

Sustentou que em 2013 o Anexo I com a relação das notas fiscais de devolução emitidas sem comprovação não houve alteração por não terem sido acatadas as operações arguidas.

Relativo ao exercício de 2014, registrou que foram todas mantidas as operações, pois se tratando das notas fiscais relacionadas no demonstrativo Anexo II, gravado no CD-R emitido pelo Autuante, não houve qualquer manifestação da Defendente em relação a qualquer item da relação.

Quanto ao exercício de 2015, o Defendente arguiu a improcedência de apenas 15 notas fiscais, das 89 relacionadas no Anexo III, gravado no CD-R do Auto de Infração. Foi alegado que se trata de operações de Devolução de Transferência entre Estabelecimentos, o que foi plenamente acatado e, consequentemente, subtraídas do respectivo Anexo III. Informou que acatou a alegação do Autuado sendo que em julho o débito no valor de R\$ 2.109,17, passa para R\$ 766,53, em agosto o débito no valor de R\$ 965,82, passa para R\$ 734,06, em setembro o débito no valor de R\$ 3.396,43, passa para R\$ 2.920,11, em outubro o débito no valor de R\$ 94,11, deixa de existir, em novembro o débito no valor de R\$ 385,66, passa para R\$ 306,09 e em dezembro o débito no valor de R\$ 1.705,47, passa para R\$ 1.638,04, reduzindo o valor do débito para R\$ 11.279,41.

Explica que, em relação às operações referentes às 74 notas fiscais restantes ficaram sem a devida comprovação, sendo, portanto, mantidas no Anexo III referente ao exercício de 2015.

No que diz respeito ao exercício de 2016, explicou que as operações relativas às 09 notas fiscais relacionadas pelo Defendente no Levantamento 1 da Defesa, foram acatadas, visto que, comprovadamente se referem à operações de Devolução de Transferências entre Estabelecimentos indevidamente lançadas no Auto de Infração e também 16 relativas a consumidor final cujas comprovações foram acatadas, sendo que: em março o débito no valor de R\$ 1.171,76, passa para R\$ 1.088,00, em maio o débito no valor de R\$ 2.049,00, deixa de existir e, em dezembro o débito no valor de R\$ 2.403,47, passa para R\$ 2.190,42, reduzindo o valor do débito em 2016, para R\$ 9.334,87.

Registrhou que, com os ajustes decorrentes das alegações comprovadas e acatadas, o valor do débito foi reduzido para R\$ 142.275,40, conforme explicitados nos demonstrativos constantes do CD acostado à fl. 121.

Em diligência solicitada por essa 3^a JJF, para que fosse entregue ao Autuado cópia dos novos demonstrativos constante do CD acostado à fl. 121, elaborados pelo Autuante ao proceder a Informação fiscal e acatar parcialmente as legações defensivas.

No atendimento à diligência o Autuado se manifestou reprimendo suas alegações defensivas que foram devidamente enfrentadas pelo Autuante, sem acrescentar qualquer fato novo.

Ao compulsar as peças que compõe os autos constato que as alegações apresentadas pelo Autuado não são capazes de elidir a imputação, pois se tratando de utilização de crédito fiscal, devem-se observar as disposições expressas na legislação do ICMS, pois verifico que apesar de ter alegado em sua peça defensiva não carreou aos as comprovações preconizadas pela legislação de regência.

Da leitura dos dispositivos acima transcritos, constata-se que conforme consignado no caput do art. 454, 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 inciso II, do § 1º, transrito acima, obrigações essas que a Defesa não comprovou nos autos.

Consigno que o descumprimento dos procedimentos que dariam a legitimidade aos créditos que foram glosados pela fiscalização, ante a falta de emissão das notas fiscais de entradas, sem as declarações firmadas pelos adquirentes, sujeita o Autuado a glosa dos créditos nestas operações, como realizado pela fiscalização, considerando a não apresentação de elemento de prova inequívoca das devoluções, requisito indispensável para o creditamento do imposto, à luz do art. 454, do RICMS-BA/12.

Entendo que o Autuante em sua informação fiscal acatou corretamente somente a alegação defensiva, ao excluir do levantamento fiscal, os documentos relativos às operações de Devolução de Transferência entre estabelecimento do Autuado, bem como as 16 notas fiscais de operações de devolução de mercadoria realizada por consumidor final no exercício de 2016, fl. 119.

No que concerne, especificamente, às Notas Fiscais de nº 1390, 1913 e 1948, depois de examinar no Sistema de Nota Fiscal Eletrônica através do código de acesso, constato assistir razão ao Autuante, ao não acatar o argumento defensivo. Verifico que Nota Fiscal nº 1390, efetivamente não se trata de operação de Devolução entre Estabelecimentos. Quanto às Notas Fiscais de nºs 1913 e 1948, de fato, decorrem de operação de Devolução de Venda com Cancelamento do *Ticket*, emitidas pelo Autuado sem mencionar nem constar a identificação do documento que deu origem a operação de saída, consoante expressa exigência no inciso I, do § 1º, do art. 454, do RICMS-BA/12.

Sendo assim, acato as correções efetuadas pelo Autuante que reduziu o valor do débito para o valor remanescente de R\$ 142.275,40, constante do CD à fl. 121, que com a decadência alcançada para as operações atinentes aos meses de janeiro/2013 - R\$ 5.398,86; fevereiro/2013 - R\$ 1.636,93 e março/2013 - R\$ 3.213,85, totalizando o montante de R\$ 10.249,64, reduz o valor de débito originalmente lançado para R\$ 136.979,83.

Assim, nos termos expendidos concluo pela subsistência parcial da autuação.

O Autuado apresentou o entendimento de que o percentual da multa aplicado é desproporcional e viola o direito ao não confisco e o direito de propriedade pugnando pela sua redução.

Consigno que a aplicação da multa decorre do cometimento pelo Impugnante da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60% para a irregularidade cometida, consoante previsão expressa estatuída na alínea “a”, do inciso VII, do art. 42, da Lei 7.014/96.

Ademais, essa Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, e não cabe a este órgão julgador, a declaração de constitucionalidade da legislação estadual, nos termos do inciso I, art. 167, do RPAF-BA/99.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207162.0006/18-8, lavrado contra **RBX RIO COMÉRCIO DE ROUPAS S.A.**, devendo ser intimado o Autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 136.979,83**, 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 virtual das Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2022.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA