

A. I. N° - 232185.0013/20-0
AUTUADO - CENTRAIS EÓLICAS IGAPORÃ LTDA.
AUTUANTE - MARCOS GOMES LOPES
ORIGEM - DAT SUL / INFAS SERTÃO PRODUTIVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 17/04/2025

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0060-03/25-VF**

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Ficou comprovado que o defendante não destacou o ICMS relativo às operações tributáveis. Infração subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas em decorrência de operação interestadual, com mercadoria, bem ou serviço destinados ao uso, consumo do estabelecimento. Mantida a exigência fiscal. 3. MULTA. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS, BENS OU SERVIÇO TOMADO SUJEITOS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1%, calculada sobre o valor dos documentos fiscais sem o devido registro na escrita fiscal. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2020, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$ 249.450,05, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 002.001.003: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no mês de novembro de 2017. Valor do débito: R\$ 65.386,88. Multa de 60%.

Infração 02 – 006.002.001: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, maio a dezembro de 2015; janeiro a março e junho de 2016; março, abril, junho, agosto a dezembro de 2018 e janeiro de 2019. Valor do débito: R\$ 75.254,35. Multa de 60%.

Infração 03 – 016.001.002: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, março, maio, agosto, outubro e novembro de 2015; janeiro, março a dezembro de 2016; fevereiro e abril de 2017. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$ 98.948,34.

Infração 04 – 016.001.006: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2017; fevereiro a dezembro de 2018; janeiro, março a agosto, outubro e novembro de 2019. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$ 9.860,48.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 29 a 57 do PAF. Transcreve a descrição das infrações e alega que as mencionadas operações não restavam sujeitas a recolhimento do ICMS ou tiveram seu recolhimento feito por meio de compensação em razão de guia recolhida a maior em agosto de 2015, cujo valor foi informado no SPED, sendo por essa razão improcedente o lançamento ou constituição de crédito tributário.

Afirma que será demonstrado que a intimação, a não ser quanto às obrigações acessórias relativas às notas expressamente referidas como devidas, trata de casos em que não há incidência de ICMS. Portanto, os lançamentos efetuados pela Superintendência de Administração Tributária – SAT não possuem fundamentos capazes de configurar obrigações tributárias ao contribuinte, devendo ser julgados improcedentes pelos fatos e fundamentos de direito a seguir expostos.

Comenta sobre a tempestividade da defesa e informa que sua concordância com alguns dos lançamentos realizados. Estes lançamentos são tratados nos tópicos relacionados às infrações quanto a *entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal*. Informa as notas fiscais que efetivamente não foram escrituradas.

Dessa forma, para esses débitos, diz que foi requerida a emissão de DAE para o pagamento da multa correspondente à falta de registro na entrada das referidas mercadorias no registro fiscal.

Registra que apesar de serem reconhecidos os lançamentos quanto às notas do tópico anterior, os demais lançamentos do auto de infração são indevidos, conforme será comprovado.

Quanto à Infração 01, alega que apesar de tratar-se de operações remessa de ativo imobilizado para conserto, em que não há a incidência de ICMS, a fiscalização tratou-as como tributáveis e cobrou o referido imposto à alíquota de 18%.

Afirma que não se pode considerar tais operações como de circulação de mercadoria sujeita ao ICMS. Ao considerar uma operação em que não há transferência de propriedade de equipamentos, como se assim o fosse, a fiscalização entendeu como devido ICMS sob o enquadramento do art. 2º, I, e art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, I, do RICMS/BA, aplicando a multa prevista no art. 42, II, alínea “a”, da Lei 7.014/96.

Alega que a nota fiscal a que se refere o lançamento, listada na planilha, não constitui hipótese de incidência do ICMS. Não há operação de comercialização de mercadorias para a incidência do ICMS (imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias), que somente ocorre quando da transferência de titularidade dessas.

Diz que o entendimento quanto à não incidência por ausência de transferência de titularidade alegado está em linha com o firmado pelos Tribunais Superiores, haja vista que as operações de remessa para conserto só se submetem ao conceito de circulação de mercadorias quando o locatário adquire a propriedade do bem.

Nesse sentido, cita a Súmula 573 do Superior Tribunal de Federal que estabelece em situação análoga que não havendo a transferência da titularidade da mercadoria, não há falar em fato gerador do imposto.

Súmula nº 573 - Fato Gerador do Imposto de Circulação de Mercadorias - Saída Física de Máquinas, Utensílios e Implementos a Título de Comodato - Não constitui fato gerador do imposto de circulação de mercadorias a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato.

Acrescenta que o RICMS/BA é claro ao referir que é suspensa a incidência de ICMS quando da saída de mercadoria destinada a conserto.

Art. 280. É suspensa a incidência do ICMS:

I - nas saídas internas, interestaduais e para o exterior, de mercadorias ou bens destinados a industrialização, conserto ou operações similares, bem como nos respectivos retornos, reais ou simbólicos, ressalvada a incidência do imposto quanto ao valor adicionado e às partes, peças e outras mercadorias fornecidas pelo prestador do serviço (Conv. AE 15/74);

Alega que não há menção no RICMS/BA quanto ao prazo de retorno dessas mercadorias quando sua saída ocorrer em razão de remessa para conserto, eis que o inciso III do mesmo artigo somente fixa prazo para retorno de 180 dias quando tratar-se de encomenda para industrialização, o que não é o caso dos autos, *in verbis*:

III - a remessa de mercadoria com suspensão do ICMS fica condicionada a que o retorno real ou simbólico ao estabelecimento de origem, ocorra em até 180 dias, contados da data da saída do

estabelecimento autor da encomenda, sendo que esse prazo poderá ser prorrogado até duas vezes, por igual período, em face de requerimento escrito do interessado, dirigido à repartição fiscal a que estiver vinculado.

Diz que o prazo fixado é, portanto, somente quanto tratar-se de encomenda para industrialização e não remessas para conserto. Ou seja, nos casos de remessa para conserto não há limitação de lapso temporal.

Ressalta que o entendimento do Tribunais pátrios é pacífico nesse sentido, tanto por entendimento de não incidência de ICMS em remessa, bem como pela confirmação do entendimento já firmado nos tribunais superiores.

Cita Julgado em 15/04/2019, publicado no DJE 24/04/2019, destacando que no referido julgado, datado de 15/04/2019, o TJ/MT entendeu favoravelmente ao uma empresa hidrelétrica que havia perdido o processo administrativo sob o fundamento de que o prazo de devolução de 120 (cento e vinte dias) havia se esgotado. Ou seja, o TJ/MT entendeu que não há como incidir tributo sob circulação de mercadorias quando essas não são transferidas de titularidade, mesmo que extrapolado o prazo legal de retorno.

Afirma que o STJ possui jurisprudência pacífica e sob rito dos recursos repetitivos no sentido de que somente é fato gerador de ICMS a efetiva circulação jurídica da mercadoria, que pressupõe a ocorrência do ato de mercancia, com objetivo de lucro e a transferência da titularidade, o que não ocorreu no caso das notas referidas, tendo em vista que as mercadorias foram remetidas para conserto.

Assim, com base na doutrina e jurisprudência, no sentido de que não cabe a incidência de ICMS sobre em remessas para conserto, diz que o Tribunal de Justiça da Bahia assentou o mesmo entendimento. Nesse sentido, a remessa para conserto não reúne as características necessárias à circulação de mercadorias, nem mesmo à prestação de serviços.

Conclui que é ilegal e inconstitucional a limitação temporal prevista, devendo ser afastada qualquer penalidade em virtude da fixação de qualquer prazo para retorno não previsto na Lei Complementar nº 87/96.

Diz que esse entendimento já foi confirmado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 116.121/SP, no sentido de que não podem ser cobrados tributos sobre fatos não previstos na Constituição Federal e até mesmo em Lei Complementar:

Portanto, conforme definido pelo STF, remessas para consertos não ensejam a troca de titularidade de mercadorias, estando a exigência do ICMS nesses casos em flagrante confronto com os dispositivos legais e constitucionais que regem a matéria.

Nesse aspecto, repete, o fato gerador do ICMS requer a efetiva circulação jurídica da mercadoria, que pressupõe a ocorrência do ato de mercancia, com objetivo de lucro e a transferência da titularidade.

Acrescenta que não fosse, no remoto caso de serem consideradas saídas de bem para o conserto sem o retorno, na saída de bem de ativo incorporado há mais de um ano, não há incidência do ICMS. Tal disposição encontra-se expressa nos termos do inciso VIII do art. 3º da Lei nº 7.014/96, que transcreve.

Art. 3º O imposto não incide sobre:

VIII - saídas de bens integrados no ativo permanente, desde que tenham sido objeto de uso, no próprio estabelecimento, por mais de um ano, antes da desincorporação;

Conclui que, mesmo que desconsiderada a operação de remessa para conserto em virtude de supostamente ter sido descumprido prazo para retorno (mesmo que não haja prazo fixado na legislação), a saída de bem do ativo imobilizado incorporado há mais de um ano não é hipótese de incidência do ICMS.

INFRAÇÃO 02: Alega que em relação às competências referidas na planilha, em análise detalhada das notas que compõem os valores supostamente não recolhidos, constatou que em sua grande maioria o ICMS foi apurado e quitado.

Do valor total cobrado à título de principal, afirma que o montante de R\$ 74.966,04 já foi quitado por meio das DAEs ou por substituto que possuía inscrição estadual no Estado.

Diz que outra situação que não foi considerada pela fiscalização é recolhimento efetuado mediante compensação de saldo de guia recolhida a maior em agosto de 2015.

Em razão desse pagamento a maior, foi constatado que a fiscalização não atentou para o fato que a antiga proprietária da empresa deixou de recolher o DIFAL de algumas notas fiscais em razão de estar se compensando do saldo da referida guia paga a maior em agosto de 2015, o valor foi informado no SPED e as apurações compensadas mês a mês.

Dessa forma, as notas fiscais constantes na planilha que elaborou à fl. 52 tiveram o recolhimento do DIFAL feito por meio de compensação e deverão ser excluídas da autuação.

Apesar de já ter ocorrido em sua grande maioria o recolhimento do ICMS DIFAL nos casos, informa que revendo os lançamentos contábeis ocorridos em período anterior à aquisição do controle da empresa, reconhece que algumas notas não foram encontradas e, consequentemente, presume-se que não houve o recolhimento do ICMS no montante de R\$ 25.952,92, em relação às notas fiscais indicadas à fl. 53.

Requer a emissão de guia DAE, com a inclusão dos consectários legais, para a quitação do valor que entende como devido, de acordo com o cálculo vigente para o período de 2020, no valor de R\$ 17.834,34.

Quanto à Infração 03 - 16.01.02, no montante de R\$ 98.948,34, por entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal:

Bem como quanto à Infração 04 - 16.01.06, no montante de R\$ 9.860,48, por entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal:

Observa que corretamente realizou a Escrituração Fiscal Digital - EFD dessas notas, sendo incabível a penalização por sua ausência em relação às notas fiscais que indicou às fls. 55/56.

Afirma que as infrações não podem ser lançadas em relação às notas referidas acima, uma vez que devidamente escrituradas na escrita fiscal da Impugnante, bem como no sistema da própria SEFAZ/BA e no Portal Estadual da NF-e, o que pode ser conferido por meio da chave de acesso de cada uma delas.

Por fim, apresenta as seguintes conclusões:

Não incidência, por não ocorrer hipótese de incidência ante a não circulação econômica da mercadoria.

Ilegalidade da limitação temporal quanto ao retorno de mercadorias remetidas para conserto.

Não há incidência do ICMS na saída de bem do ativo imobilizado utilizados por mais de um ano, nos termos do inciso VIII do art. 3º da Lei nº 7.014/96.

As notas fiscais foram escrituradas, conforme chave de acesso no Portal Estadual da NF-e.

Pelo exposto, requer:

Preliminarmente, requer seja emitido DAE, acrescido dos consectários legais, para o pagamento do valor que entende como devido, uma vez que efetivamente constatou a ausência de escrituração de determinadas notas, bem como a ausência de recolhimento de ICMS no valor de R\$ 25.952,92, agindo sempre na boa-fé em que calcada suas operações;

Quanto às demais notas referidas na intimação, demonstrada a (i) ocorrência de correta escrituração fiscal das notas relacionadas, (ii) a inocorrência de hipótese de incidência do ICMS e

ilegalidade na fixação temporal, a (iii) não incidência do ICMS na saída de bem do ativo imobilizado utilizados por mais de um ano, nos termos do inciso VIII do art. 3º da Lei nº 7.014/96 e (iv) já ter havido o recolhimento do ICMS DIFAL em relação a grande parte dos lançamentos , requer seja o presente recurso conhecido e provido com o cancelamento do auto de lançamento em relação às notas referidas, com o consequente arquivamento do presente processo administrativo.

Por fim, a Impugnante protesta pela produção de todas as provas admitidas, especialmente a realização de diligências e a juntada de outros documentos, assim como pela oportuna sustentação oral de suas razões de defesa.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 91/91v dos autos com as seguintes anotações:

INFRAÇÃO 01: Está prevista a suspensão de incidência de ICMS nas saídas com retorno em até 360 dias, conforme preceitua o art. 280, inciso XVI do RICMS/BA.

Diz que o Contribuinte não fez prova do retorno, mesmo que em prazo posterior aos 360 dias. portanto, incide o ICMS haja vista sequer ter comprovado o retorno.

INFRAÇÃO 02: O Contribuinte alega que recolheu ICMS normal a mais no mês 08/2015. Todavia, não apresenta qualquer prova de recolhimento a mais que o devido, em desconformidade com o art. 8º inciso IV c/c o art. 123 § 5º do RPAF-BA.

INFRAÇÕES 03 e 04: O Contribuinte alega que as notas fiscais relacionadas às folhas 55 a 56 foram devidamente lançadas na Escrituração Fiscal Digital. Todavia, não junta qualquer prova de sua efetiva escrituração, em desconformidade com o art. 8º inciso IV c/c o art. 123 § 5º do RPAF.

Conclui que o Defendente não elidiu a exigência fiscal e pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal. Assim, constato que se encontram os requisitos essenciais na lavratura do auto de infração nos termos do art. 39 do RPAF/99, estão definidos o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

A Infração 01 trata da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no mês de novembro de 2017. Saída de mercadoria com suspensão de ICMS sem retorno no prazo regulamentar.

O Defendente alegou que apesar de tratarem-se de operações remessa de ativo imobilizado para conserto, em que não há a incidência de ICMS, a fiscalização tratou-as como tributáveis e cobrou o referido imposto à alíquota de 18%.

Afirmou que não há menção no RICMS/BA quanto ao prazo de retorno dessas mercadorias quando sua saída ocorrer em razão de remessa para conserto, eis que o inciso III do mesmo artigo somente fixa prazo para retorno de 180 dias quando tratar-se de encomenda para industrialização, o que não é o caso dos autos.

Com base na doutrina e jurisprudência, no sentido de que não cabe a incidência de ICMS sobre em remessas para conserto, disse que é ilegal e inconstitucional a limitação temporal, prevista na legislação deste Estado, devendo ser afastada qualquer penalidade em virtude da fixação de qualquer prazo para retorno não previsto na Lei Complementar nº 87/96.

Quanto às remessas de mercadorias ou bens para conserto, o RICMS-BA/2012 prevê a suspensão da incidência do imposto, ficando condicionada a que as mercadorias ou bens retornem ao estabelecimento de origem dentro de 180 dias, conforme estabelece o art. 280, Inciso XVI, abaixo reproduzido.

Art. 280. É suspensa a incidência do ICMS:

XVI - nas saídas interestaduais de bens integrados ao ativo permanente, bem como de moldes, matrizes, gabaritos, padrões, chapelonas, modelos e estampas, para industrialização ou prestação de serviços fora do estabelecimento, ou com destino a outro estabelecimento inscrito como contribuinte, para serem utilizados na elaboração de produtos encomendados pelo remetente, desde que devam retornar ao estabelecimento de origem, dentro do prazo de 180 dias, contado da saída efetiva (Conv. ICMS 19/91).

Observo que não merecem prosperar as alegações defensivas, haja vista que a legislação condiciona a suspensão da incidência do tributo ao cumprimento de obrigações acessórias com o objetivo de comprovar o retorno das mercadorias ou bens, e decorrido o prazo estabelecido na legislação sem a necessária comprovação considera-se que é devido o imposto por ocasião da saída originária.

Não há possibilidade de acatar as alegações defensivas, considerando que o RICMS-BA dispõe sobre a suspensão de pagamento do imposto, mediante o cumprimento da condição prevista, relativamente ao prazo de retorno do bem.

Sobre as decisões alegadas na Defesa, entendo que as mencionadas Decisões não têm o condão de desconstituir lançamento efetuado, considerando que a constituição do crédito tributário consiste no exercício de uma função administrativa vinculada, obrigatória e prevista em lei.

Em relação ao lançamento, há uma dependência absoluta da atividade da Fiscalização à lei, de modo que não pode o Auditor Fiscal agir livremente, não pode dispensar o tributo, do mesmo modo que não pode cobrá-lo sem que seja devido ou exigí-lo de forma não prescrita na legislação e este Órgão Julgador não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como, não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o inciso I, do art. 167, do RPAF-BA/99.

O Defendente alegou, ainda, que mesmo que desconsiderada a operação de remessa para conserto em virtude de supostamente ter sido descumprido prazo para retorno (mesmo que não haja prazo fixado na legislação), a saída de bem do ativo immobilizado incorporado há mais de um ano não é hipótese de incidência do ICMS. Entretanto, não foi carreado aos autos qualquer comprovação nesse sentido, relativamente à data de aquisição do bem.

Concluo que a suspensão da incidência do imposto nas remessas de mercadorias e bens para conserto é condicionada ao retorno da mercadoria ou bem ao estabelecimento de origem no prazo estabelecido na legislação, o que deve ser comprovado com documentação fiscal. Infração subsistente.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, maio a dezembro de 2015; janeiro a março e junho de 2016; março, abril, junho, agosto a dezembro de 2018 e janeiro de 2019.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

O Defendente alegou que em análise detalhada das notas que compõem os valores supostamente não recolhidos, constatou que em sua grande maioria o ICMS foi apurado e quitado.

Afirmou que o montante de R\$ 74.966,04 já foi quitado por meio de DAEs ou por substituto que possuía inscrição estadual no Estado, mas não foi apresentado qualquer comprovante alegado.

Também foi alegado que a Fiscalização não considerou que foi efetuado recolhimento mediante compensação de saldo de guia recolhida a maior em agosto de 2015.

Mencionou que em razão desse pagamento a maior, a fiscalização não atentou para o fato de que a antiga proprietária da empresa deixou de recolher o DIFAL de algumas notas fiscais em razão de estar se compensando do saldo da referida guia paga a maior em agosto de 2015, o valor foi informado no SPED e as apurações compensadas mês a mês.

Informou notas fiscais que tiveram o recolhimento do DIFAL feito por meio de compensação deverão ser excluídas da autuação. Reconhece que algumas notas não foram encontradas e, consequentemente, presume-se que não houve o recolhimento do ICMS no montante de R\$ 25.952,92, requerendo a emissão de DAE, com a inclusão dos consectários legais, para a quitação do valor que entende como devido.

Na Informação Fiscal, o Autuante afirmou que o Defendente não apresentou qualquer prova de recolhimento a mais que o devido, em desconformidade com o art. 8º inciso IV c/c o art. 123 § 5º do RPAF-BA.

Observo que de acordo com o art. 305, III, “a” do RICMS-BA/2012, os contribuintes do ICMS pelo regime de conta-corrente fiscal, apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal, podendo incluir o valor correspondente à diferença de alíquotas, referente às aquisições de mercadorias ou bens destinados ao seu uso, consumo ou ativo imobilizado. Tal fato não foi comprovado nos autos.

Quanto ao alegado recolhimento efetuado a mais no mês de agosto de 2015, observo que o referido valor constitui crédito fiscal que poderá ser utilizado na compensação prevista no regime normal de apuração do imposto a recolher (conta corrente fiscal – outros créditos), ou para pagamento de débito do imposto decorrente de denúncia espontânea ou autuação fiscal.

Vale salientar que nesta fase processual não há possibilidade de a Junta de Julgamento Fiscal promover à compensação de imposto recolhido a mais ou créditos acumulados, podendo o contribuinte requerer a mencionada compensação quando da quitação do Auto de Infração, ou restituição do indébito, na forma prevista nos arts. 75 a 78 do RPAF-BA/99 e art. 33 da Lei 7.014/96. Mantida a exigência fiscal em sua integralidade.

As infrações 03 e 04 serão analisadas conjuntamente considerando que tratam de aplicação de penalidade em razão da falta de registro na EFD de documentos fiscais.

Infração 03: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, março, maio, agosto, outubro e novembro de 2015; janeiro, março a dezembro de 2016; fevereiro e abril de 2017. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$ 98.948,34.

Infração 04: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2017; fevereiro a dezembro de 2018; janeiro, março a agosto, outubro e novembro de 2019. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$ 9.860,48.

O Defendente alegou que realizou corretamente a Escrituração Fiscal Digital - EFD de diversas notas, sendo incabível a penalização por sua ausência em relação às notas fiscais que mencionou às fls. 55/56. Disse que as infrações não podem ser lançadas em relação às referidas notas fiscais, uma vez que devidamente escrituradas na sua escrita fiscal, bem como no sistema da própria

SEFAZ/BA e no Portal Estadual da NF-e, o que pode ser conferido por meio da chave de acesso de cada uma delas.

Na Informação Fiscal, o Autuante comentou sobre a alegação defensiva de que as notas fiscais relacionadas às folhas 55/56 foram devidamente lançadas na Escrituração Fiscal Digital. Disse que não apresentada qualquer prova de sua efetiva escrituração.

Observo que a falta de escrituração ou lançamento de notas fiscais de forma incompleta em livros fiscais impede a realização de auditorias fiscais, não permitindo apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS. Ou seja, a falta de escrituração de notas fiscais causa dificuldades para a fiscalização desenvolver procedimentos fiscais, por isso é aplicado multa conforme estabelece o art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96, haja vista que interessa ao Estado manter o controle das entradas de mercadorias e prestações realizadas, e a falta de escrituração dos documentos fiscais impede o mencionado controle; a multa é estabelecida em dispositivo de lei, que não condiciona sua aplicação à ocorrência de prejuízo ao erário estadual.

A legislação prevê a aplicação de multa de 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenha sido utilizado sem o devido registro na escrita fiscal (art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96).

O autuado não apresentou comprovação das alegações defensivas, não trouxe aos autos a prova necessária para sustentar seus argumentos. Neste caso, o impugnante deveria exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não cabendo a este órgão julgador buscar provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo.

No presente PAF, ficou comprovado que houve infração à legislação tributária estadual, devendo ser aplicada a penalidade prevista na mencionada legislação, com o objetivo de que a multa cumpra a sua finalidade. Assim, concluo que está correta a exigência fiscal, estando a multa aplicada de acordo com o previsto no art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232185.0013/20-0, lavrado contra **CENTRAIS EÓLICAS IGAPORÃ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 130.450,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 108.808,82** previstas no art. 42, inciso IX, da mesma Lei e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 31 de março de 2025

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA

A. I. N° - 232185.0013/20-0
AUTUADO - CENTRAIS EÓLICAS IGAPORÃ LTDA.
AUTUANTE - MARCOS GOMES LOPES
ORIGEM - DAT SUL / INFAS SERTÃO PRODUTIVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 17/04/2025

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0060-03/25-VF**

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Ficou comprovado que o defendante não destacou o ICMS relativo às operações tributáveis. Infração subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas em decorrência de operação interestadual, com mercadoria, bem ou serviço destinados ao uso, consumo do estabelecimento. Mantida a exigência fiscal. 3. MULTA. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS, BENS OU SERVIÇO TOMADO SUJEITOS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1%, calculada sobre o valor dos documentos fiscais sem o devido registro na escrita fiscal. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2020, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$ 249.450,05, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 002.001.003: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no mês de novembro de 2017. Valor do débito: R\$ 65.386,88. Multa de 60%.

Infração 02 – 006.002.001: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, maio a dezembro de 2015; janeiro a março e junho de 2016; março, abril, junho, agosto a dezembro de 2018 e janeiro de 2019. Valor do débito: R\$ 75.254,35. Multa de 60%.

Infração 03 – 016.001.002: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, março, maio, agosto, outubro e novembro de 2015; janeiro, março a dezembro de 2016; fevereiro e abril de 2017. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$ 98.948,34.

Infração 04 – 016.001.006: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2017; fevereiro a dezembro de 2018; janeiro, março a agosto, outubro e novembro de 2019. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$ 9.860,48.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 29 a 57 do PAF. Transcreve a descrição das infrações e alega que as mencionadas operações não restavam sujeitas a recolhimento do ICMS ou tiveram seu recolhimento feito por meio de compensação em razão de guia recolhida a maior em agosto de 2015, cujo valor foi informado no SPED, sendo por essa razão improcedente o lançamento ou constituição de crédito tributário.

Afirma que será demonstrado que a intimação, a não ser quanto às obrigações acessórias relativas às notas expressamente referidas como devidas, trata de casos em que não há incidência de ICMS. Portanto, os lançamentos efetuados pela Superintendência de Administração Tributária – SAT não possuem fundamentos capazes de configurar obrigações tributárias ao contribuinte, devendo ser julgados improcedentes pelos fatos e fundamentos de direito a seguir expostos.

Comenta sobre a tempestividade da defesa e informa que sua concordância com alguns dos lançamentos realizados. Estes lançamentos são tratados nos tópicos relacionados às infrações quanto a *entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal*. Informa as notas fiscais que efetivamente não foram escrituradas.

Dessa forma, para esses débitos, diz que foi requerida a emissão de DAE para o pagamento da multa correspondente à falta de registro na entrada das referidas mercadorias no registro fiscal.

Registra que apesar de serem reconhecidos os lançamentos quanto às notas do tópico anterior, os demais lançamentos do auto de infração são indevidos, conforme será comprovado.

Quanto à Infração 01, alega que apesar de tratarem-se de operações remessa de ativo imobilizado para conserto, em que não há a incidência de ICMS, a fiscalização tratou-as como tributáveis e cobrou o referido imposto à alíquota de 18%.

Afirma que não se pode considerar tais operações como de circulação de mercadoria sujeita ao ICMS. Ao considerar uma operação em que não há transferência de propriedade de equipamentos, como se assim o fosse, a fiscalização entendeu como devido ICMS sob o enquadramento do art. 2º, I, e art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, I, do RICMS/BA, aplicando a multa prevista no art. 42, II, alínea “a”, da Lei 7.014/96.

Alega que a nota fiscal a que se refere o lançamento, listada na planilha, não constitui hipótese de incidência do ICMS. Não há operação de comercialização de mercadorias para a incidência do ICMS (imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias), que somente ocorre quando da transferência de titularidade dessas.

Diz que o entendimento quanto à não incidência por ausência de transferência de titularidade alegado está em linha com o firmado pelos Tribunais Superiores, haja vista que as operações de remessa para conserto só se submetem ao conceito de circulação de mercadorias quando o locatário adquire a propriedade do bem.

Nesse sentido, cita a Súmula 573 do Superior Tribunal de Federal que estabelece em situação análoga que não havendo a transferência da titularidade da mercadoria, não há falar em fato gerador do imposto.

Súmula nº 573 - Fato Gerador do Imposto de Circulação de Mercadorias - Saída Física de Máquinas, Utensílios e Implementos a Título de Comodato - Não constitui fato gerador do imposto de circulação de mercadorias a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato.

Acrescenta que o RICMS/BA é claro ao referir que é suspensa a incidência de ICMS quando da saída de mercadoria destinada a conserto.

Art. 280. É suspensa a incidência do ICMS:

I - nas saídas internas, interestaduais e para o exterior, de mercadorias ou bens destinados a industrialização, conserto ou operações similares, bem como nos respectivos retornos, reais ou simbólicos, ressalvada a incidência do imposto quanto ao valor adicionado e às partes, peças e outras mercadorias fornecidas pelo prestador do serviço (Conv. AE 15/74);

Alega que não há menção no RICMS/BA quanto ao prazo de retorno dessas mercadorias quando sua saída ocorrer em razão de remessa para conserto, eis que o inciso III do mesmo artigo somente fixa prazo para retorno de 180 dias quando tratar-se de encomenda para industrialização, o que não é o caso dos autos, *in verbis*:

III - a remessa de mercadoria com suspensão do ICMS fica condicionada a que o retorno real ou simbólico ao estabelecimento de origem, ocorra em até 180 dias, contados da data da saída do

estabelecimento autor da encomenda, sendo que esse prazo poderá ser prorrogado até duas vezes, por igual período, em face de requerimento escrito do interessado, dirigido à repartição fiscal a que estiver vinculado.

Diz que o prazo fixado é, portanto, somente quanto tratar-se de encomenda para industrialização e não remessas para conserto. Ou seja, nos casos de remessa para conserto não há limitação de lapso temporal.

Ressalta que o entendimento do Tribunais pátrios é pacífico nesse sentido, tanto por entendimento de não incidência de ICMS em remessa, bem como pela confirmação do entendimento já firmado nos tribunais superiores.

Cita Julgado em 15/04/2019, publicado no DJE 24/04/2019, destacando que no referido julgado, datado de 15/04/2019, o TJ/MT entendeu favoravelmente ao uma empresa hidrelétrica que havia perdido o processo administrativo sob o fundamento de que o prazo de devolução de 120 (cento e vinte dias) havia se esgotado. Ou seja, o TJ/MT entendeu que não há como incidir tributo sob circulação de mercadorias quando essas não são transferidas de titularidade, mesmo que extrapolado o prazo legal de retorno.

Afirma que o STJ possui jurisprudência pacífica e sob rito dos recursos repetitivos no sentido de que somente é fato gerador de ICMS a efetiva circulação jurídica da mercadoria, que pressupõe a ocorrência do ato de mercancia, com objetivo de lucro e a transferência da titularidade, o que não ocorreu no caso das notas referidas, tendo em vista que as mercadorias foram remetidas para conserto.

Assim, com base na doutrina e jurisprudência, no sentido de que não cabe a incidência de ICMS sobre em remessas para conserto, diz que o Tribunal de Justiça da Bahia assentou o mesmo entendimento. Nesse sentido, a remessa para conserto não reúne as características necessárias à circulação de mercadorias, nem mesmo à prestação de serviços.

Conclui que é ilegal e inconstitucional a limitação temporal prevista, devendo ser afastada qualquer penalidade em virtude da fixação de qualquer prazo para retorno não previsto na Lei Complementar nº 87/96.

Diz que esse entendimento já foi confirmado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 116.121/SP, no sentido de que não podem ser cobrados tributos sobre fatos não previstos na Constituição Federal e até mesmo em Lei Complementar:

Portanto, conforme definido pelo STF, remessas para consertos não ensejam a troca de titularidade de mercadorias, estando a exigência do ICMS nesses casos em flagrante confronto com os dispositivos legais e constitucionais que regem a matéria.

Nesse aspecto, repete, o fato gerador do ICMS requer a efetiva circulação jurídica da mercadoria, que pressupõe a ocorrência do ato de mercancia, com objetivo de lucro e a transferência da titularidade.

Acrescenta que não fosse, no remoto caso de serem consideradas saídas de bem para o conserto sem o retorno, na saída de bem de ativo incorporado há mais de um ano, não há incidência do ICMS. Tal disposição encontra-se expressa nos termos do inciso VIII do art. 3º da Lei nº 7.014/96, que transcreve.

Art. 3º O imposto não incide sobre:

VIII - saídas de bens integrados no ativo permanente, desde que tenham sido objeto de uso, no próprio estabelecimento, por mais de um ano, antes da desincorporação;

Conclui que, mesmo que desconsiderada a operação de remessa para conserto em virtude de supostamente ter sido descumprido prazo para retorno (mesmo que não haja prazo fixado na legislação), a saída de bem do ativo imobilizado incorporado há mais de um ano não é hipótese de incidência do ICMS.

INFRAÇÃO 02: Alega que em relação às competências referidas na planilha, em análise detalhada das notas que compõem os valores supostamente não recolhidos, constatou que em sua grande maioria o ICMS foi apurado e quitado.

Do valor total cobrado à título de principal, afirma que o montante de R\$ 74.966,04 já foi quitado por meio das DAEs ou por substituto que possuía inscrição estadual no Estado.

Diz que outra situação que não foi considerada pela fiscalização é recolhimento efetuado mediante compensação de saldo de guia recolhida a maior em agosto de 2015.

Em razão desse pagamento a maior, foi constatado que a fiscalização não atentou para o fato que a antiga proprietária da empresa deixou de recolher o DIFAL de algumas notas fiscais em razão de estar se compensando do saldo da referida guia paga a maior em agosto de 2015, o valor foi informado no SPED e as apurações compensadas mês a mês.

Dessa forma, as notas fiscais constantes na planilha que elaborou à fl. 52 tiveram o recolhimento do DIFAL feito por meio de compensação e deverão ser excluídas da autuação.

Apesar de já ter ocorrido em sua grande maioria o recolhimento do ICMS DIFAL nos casos, informa que revendo os lançamentos contábeis ocorridos em período anterior à aquisição do controle da empresa, reconhece que algumas notas não foram encontradas e, consequentemente, presume-se que não houve o recolhimento do ICMS no montante de R\$ 25.952,92, em relação às notas fiscais indicadas à fl. 53.

Requer a emissão de guia DAE, com a inclusão dos consectários legais, para a quitação do valor que entende como devido, de acordo com o cálculo vigente para o período de 2020, no valor de R\$ 17.834,34.

Quanto à Infração 03 - 16.01.02, no montante de R\$ 98.948,34, por entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal:

Bem como quanto à Infração 04 - 16.01.06, no montante de R\$ 9.860,48, por entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal:

Observa que corretamente realizou a Escrituração Fiscal Digital - EFD dessas notas, sendo incabível a penalização por sua ausência em relação às notas fiscais que indicou às fls. 55/56.

Afirma que as infrações não podem ser lançadas em relação às notas referidas acima, uma vez que devidamente escrituradas na escrita fiscal da Impugnante, bem como no sistema da própria SEFAZ/BA e no Portal Estadual da NF-e, o que pode ser conferido por meio da chave de acesso de cada uma delas.

Por fim, apresenta as seguintes conclusões:

Não incidência, por não ocorrer hipótese de incidência ante a não circulação econômica da mercadoria.

Ilegalidade da limitação temporal quanto ao retorno de mercadorias remetidas para conserto.

Não há incidência do ICMS na saída de bem do ativo imobilizado utilizados por mais de um ano, nos termos do inciso VIII do art. 3º da Lei nº 7.014/96.

As notas fiscais foram escrituradas, conforme chave de acesso no Portal Estadual da NF-e.

Pelo exposto, requer:

Preliminarmente, requer seja emitido DAE, acrescido dos consectários legais, para o pagamento do valor que entende como devido, uma vez que efetivamente constatou a ausência de escrituração de determinadas notas, bem como a ausência de recolhimento de ICMS no valor de R\$ 25.952,92, agindo sempre na boa-fé em que calcada suas operações;

Quanto às demais notas referidas na intimação, demonstrada a (i) ocorrência de correta escrituração fiscal das notas relacionadas, (ii) a inocorrência de hipótese de incidência do ICMS e

ilegalidade na fixação temporal, a (iii) não incidência do ICMS na saída de bem do ativo imobilizado utilizados por mais de um ano, nos termos do inciso VIII do art. 3º da Lei nº 7.014/96 e (iv) já ter havido o recolhimento do ICMS DIFAL em relação a grande parte dos lançamentos , requer seja o presente recurso conhecido e provido com o cancelamento do auto de lançamento em relação às notas referidas, com o consequente arquivamento do presente processo administrativo.

Por fim, a Impugnante protesta pela produção de todas as provas admitidas, especialmente a realização de diligências e a juntada de outros documentos, assim como pela oportuna sustentação oral de suas razões de defesa.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 91/91v dos autos com as seguintes anotações:

INFRAÇÃO 01: Está prevista a suspensão de incidência de ICMS nas saídas com retorno em até 360 dias, conforme preceitua o art. 280, inciso XVI do RICMS/BA.

Diz que o Contribuinte não fez prova do retorno, mesmo que em prazo posterior aos 360 dias. portanto, incide o ICMS haja vista sequer ter comprovado o retorno.

INFRAÇÃO 02: O Contribuinte alega que recolheu ICMS normal a mais no mês 08/2015. Todavia, não apresenta qualquer prova de recolhimento a mais que o devido, em desconformidade com o art. 8º inciso IV c/c o art. 123 § 5º do RPAF-BA.

INFRAÇÕES 03 e 04: O Contribuinte alega que as notas fiscais relacionadas às folhas 55 a 56 foram devidamente lançadas na Escrituração Fiscal Digital. Todavia, não junta qualquer prova de sua efetiva escrituração, em desconformidade com o art. 8º inciso IV c/c o art. 123 § 5º do RPAF.

Conclui que o Defendente não elidiu a exigência fiscal e pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal. Assim, constato que se encontram os requisitos essenciais na lavratura do auto de infração nos termos do art. 39 do RPAF/99, estão definidos o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

A Infração 01 trata da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no mês de novembro de 2017. Saída de mercadoria com suspensão de ICMS sem retorno no prazo regulamentar.

O Defendente alegou que apesar de tratarem-se de operações remessa de ativo imobilizado para conserto, em que não há a incidência de ICMS, a fiscalização tratou-as como tributáveis e cobrou o referido imposto à alíquota de 18%.

Afirmou que não há menção no RICMS/BA quanto ao prazo de retorno dessas mercadorias quando sua saída ocorrer em razão de remessa para conserto, eis que o inciso III do mesmo artigo somente fixa prazo para retorno de 180 dias quando tratar-se de encomenda para industrialização, o que não é o caso dos autos.

Com base na doutrina e jurisprudência, no sentido de que não cabe a incidência de ICMS sobre em remessas para conserto, disse que é ilegal e inconstitucional a limitação temporal, prevista na legislação deste Estado, devendo ser afastada qualquer penalidade em virtude da fixação de qualquer prazo para retorno não previsto na Lei Complementar nº 87/96.

Quanto às remessas de mercadorias ou bens para conserto, o RICMS-BA/2012 prevê a suspensão da incidência do imposto, ficando condicionada a que as mercadorias ou bens retornem ao estabelecimento de origem dentro de 180 dias, conforme estabelece o art. 280, Inciso XVI, abaixo reproduzido.

Art. 280. É suspensa a incidência do ICMS:

XVI - nas saídas interestaduais de bens integrados ao ativo permanente, bem como de moldes, matrizes, gabaritos, padrões, chapelonas, modelos e estampas, para industrialização ou prestação de serviços fora do estabelecimento, ou com destino a outro estabelecimento inscrito como contribuinte, para serem utilizados na elaboração de produtos encomendados pelo remetente, desde que devam retornar ao estabelecimento de origem, dentro do prazo de 180 dias, contado da saída efetiva (Conv. ICMS 19/91).

Observo que não merecem prosperar as alegações defensivas, haja vista que a legislação condiciona a suspensão da incidência do tributo ao cumprimento de obrigações acessórias com o objetivo de comprovar o retorno das mercadorias ou bens, e decorrido o prazo estabelecido na legislação sem a necessária comprovação considera-se que é devido o imposto por ocasião da saída originária.

Não há possibilidade de acatar as alegações defensivas, considerando que o RICMS-BA dispõe sobre a suspensão de pagamento do imposto, mediante o cumprimento da condição prevista, relativamente ao prazo de retorno do bem.

Sobre as decisões alegadas na Defesa, entendo que as mencionadas Decisões não têm o condão de desconstituir lançamento efetuado, considerando que a constituição do crédito tributário consiste no exercício de uma função administrativa vinculada, obrigatória e prevista em lei.

Em relação ao lançamento, há uma dependência absoluta da atividade da Fiscalização à lei, de modo que não pode o Auditor Fiscal agir livremente, não pode dispensar o tributo, do mesmo modo que não pode cobrá-lo sem que seja devido ou exigí-lo de forma não prescrita na legislação e este Órgão Julgador não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como, não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o inciso I, do art. 167, do RPAF-BA/99.

O Defendente alegou, ainda, que mesmo que desconsiderada a operação de remessa para conserto em virtude de supostamente ter sido descumprido prazo para retorno (mesmo que não haja prazo fixado na legislação), a saída de bem do ativo immobilizado incorporado há mais de um ano não é hipótese de incidência do ICMS. Entretanto, não foi carreado aos autos qualquer comprovação nesse sentido, relativamente à data de aquisição do bem.

Concluo que a suspensão da incidência do imposto nas remessas de mercadorias e bens para conserto é condicionada ao retorno da mercadoria ou bem ao estabelecimento de origem no prazo estabelecido na legislação, o que deve ser comprovado com documentação fiscal. Infração subsistente.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, maio a dezembro de 2015; janeiro a março e junho de 2016; março, abril, junho, agosto a dezembro de 2018 e janeiro de 2019.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

O Defendente alegou que em análise detalhada das notas que compõem os valores supostamente não recolhidos, constatou que em sua grande maioria o ICMS foi apurado e quitado.

Afirmou que o montante de R\$ 74.966,04 já foi quitado por meio de DAEs ou por substituto que possuía inscrição estadual no Estado, mas não foi apresentado qualquer comprovante alegado.

Também foi alegado que a Fiscalização não considerou que foi efetuado recolhimento mediante compensação de saldo de guia recolhida a maior em agosto de 2015.

Mencionou que em razão desse pagamento a maior, a fiscalização não atentou para o fato de que a antiga proprietária da empresa deixou de recolher o DIFAL de algumas notas fiscais em razão de estar se compensando do saldo da referida guia paga a maior em agosto de 2015, o valor foi informado no SPED e as apurações compensadas mês a mês.

Informou notas fiscais que tiveram o recolhimento do DIFAL feito por meio de compensação deverão ser excluídas da autuação. Reconhece que algumas notas não foram encontradas e, consequentemente, presume-se que não houve o recolhimento do ICMS no montante de R\$ 25.952,92, requerendo a emissão de DAE, com a inclusão dos consectários legais, para a quitação do valor que entende como devido.

Na Informação Fiscal, o Autuante afirmou que o Defendente não apresentou qualquer prova de recolhimento a mais que o devido, em desconformidade com o art. 8º inciso IV c/c o art. 123 § 5º do RPAF-BA.

Observo que de acordo com o art. 305, III, “a” do RICMS-BA/2012, os contribuintes do ICMS pelo regime de conta-corrente fiscal, apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal, podendo incluir o valor correspondente à diferença de alíquotas, referente às aquisições de mercadorias ou bens destinados ao seu uso, consumo ou ativo imobilizado. Tal fato não foi comprovado nos autos.

Quanto ao alegado recolhimento efetuado a mais no mês de agosto de 2015, observo que o referido valor constitui crédito fiscal que poderá ser utilizado na compensação prevista no regime normal de apuração do imposto a recolher (conta corrente fiscal – outros créditos), ou para pagamento de débito do imposto decorrente de denúncia espontânea ou autuação fiscal.

Vale salientar que nesta fase processual não há possibilidade de a Junta de Julgamento Fiscal promover à compensação de imposto recolhido a mais ou créditos acumulados, podendo o contribuinte requerer a mencionada compensação quando da quitação do Auto de Infração, ou restituição do indébito, na forma prevista nos arts. 75 a 78 do RPAF-BA/99 e art. 33 da Lei 7.014/96. Mantida a exigência fiscal em sua integralidade.

As infrações 03 e 04 serão analisadas conjuntamente considerando que tratam de aplicação de penalidade em razão da falta de registro na EFD de documentos fiscais.

Infração 03: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, março, maio, agosto, outubro e novembro de 2015; janeiro, março a dezembro de 2016; fevereiro e abril de 2017. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$ 98.948,34.

Infração 04: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2017; fevereiro a dezembro de 2018; janeiro, março a agosto, outubro e novembro de 2019. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$ 9.860,48.

O Defendente alegou que realizou corretamente a Escrituração Fiscal Digital - EFD de diversas notas, sendo incabível a penalização por sua ausência em relação às notas fiscais que mencionou às fls. 55/56. Disse que as infrações não podem ser lançadas em relação às referidas notas fiscais, uma vez que devidamente escrituradas na sua escrita fiscal, bem como no sistema da própria

SEFAZ/BA e no Portal Estadual da NF-e, o que pode ser conferido por meio da chave de acesso de cada uma delas.

Na Informação Fiscal, o Autuante comentou sobre a alegação defensiva de que as notas fiscais relacionadas às folhas 55/56 foram devidamente lançadas na Escrituração Fiscal Digital. Disse que não apresentada qualquer prova de sua efetiva escrituração.

Observo que a falta de escrituração ou lançamento de notas fiscais de forma incompleta em livros fiscais impede a realização de auditorias fiscais, não permitindo apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS. Ou seja, a falta de escrituração de notas fiscais causa dificuldades para a fiscalização desenvolver procedimentos fiscais, por isso é aplicado multa conforme estabelece o art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96, haja vista que interessa ao Estado manter o controle das entradas de mercadorias e prestações realizadas, e a falta de escrituração dos documentos fiscais impede o mencionado controle; a multa é estabelecida em dispositivo de lei, que não condiciona sua aplicação à ocorrência de prejuízo ao erário estadual.

A legislação prevê a aplicação de multa de 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenha sido utilizado sem o devido registro na escrita fiscal (art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96).

O autuado não apresentou comprovação das alegações defensivas, não trouxe aos autos a prova necessária para sustentar seus argumentos. Neste caso, o impugnante deveria exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não cabendo a este órgão julgador buscar provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo.

No presente PAF, ficou comprovado que houve infração à legislação tributária estadual, devendo ser aplicada a penalidade prevista na mencionada legislação, com o objetivo de que a multa cumpra a sua finalidade. Assim, concluo que está correta a exigência fiscal, estando a multa aplicada de acordo com o previsto no art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232185.0013/20-0, lavrado contra **CENTRAIS EÓLICAS IGAPORÃ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 130.450,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 108.808,82** previstas no art. 42, inciso IX, da mesma Lei e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 31 de março de 2025

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA