

**A. I. Nº** - 297248.1010/16-0  
**AUTUADO** - PRONTO EXPRESS LOGÍSTICA LTDA.  
**AUTUANTE** - MARLON ANTONIO LIMA REGIS  
**ORIGEM** - INFAZ CRUZ DAS ALMAS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 12/12/2016

### **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0201-01/16**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RETORNO DE BENS REMETIDOS PARA CONSERTO. Retirada a exigência sobre bens do ativo que comprovadamente possuíam mais de um ano de uso pelo autuado por estarem alcançados pela não incidência do imposto, nos termos do inciso VIII do art. 3º da Lei nº 7.014/96. Infração 1 subsistente em parte. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. Autuado com atividade de prestação de serviço de transporte. Retirada a exigência sobre as aquisições de combustíveis, pois é admitido o uso do imposto incidente sobre as suas aquisições na apuração mensal do débito fiscal. Retirada, também, a exigência sobre nota fiscal correspondente a entrada de bem locado. Infração 2 subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 24/03/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$ 147.653,03, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

INFRAÇÃO 1 (02.06.01) - falta de recolhimento do ICMS em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido retorno, ocorrido nos meses de novembro/2014 e janeiro/2016, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 139.169,87, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 (06.05.01) - falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições, ocorridas no mês de dezembro/2011, abril, junho e dezembro/2012, maio, julho e dezembro/2013, fevereiro, maio, junho, julho, setembro e outubro/2014 e março, abril, maio, junho, setembro, outubro e novembro/2015, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 8.484,06, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 63 a 74, inicialmente comprovando a tempestividade de sua apresentação. Diz que a descrição da fundamentação legal que balizou a infração 1 não guarda qualquer relação com a situação apontada, pois o art. 180 do RICMS/12 trata da emissão de bilhete de passagem. Acredita que o autuante pretendia utilizar o art. 280, o que desqualifica a precisão da autuação.

O autuado afirma que promoveu a transferência de dois de seus equipamentos para estabelecimento de terceiro, localizado em Simões Filho, com o fim específico de realização de reparos, não tendo ocorrido transferência da propriedade dos mesmos, e, por conseguinte, não tendo ocorrido o fato gerador do ICMS indevidamente exigido.

Informa que, por conta da especificidade dos equipamentos (bens de grande porte, pesando 10 toneladas cada um), a movimentação e deslocamento dos mesmos requer uma série de cuidados. No caso em espécie, existiram diversas circunstâncias que dificultaram a sua movimentação, entre elas, a indisponibilidade de equipamentos de elevação para sua movimentação. Este detalhe levou a uma demora entre a data de emissão da nota fiscal e a efetiva saída dos bens para conserto. Demora que foi agravada com o atraso da chegada de novos aparelhos de controle remoto utilizados para funcionamento dos equipamentos, em substituição aos antigos que estavam completamente danificados.

Diz que todas estas circunstâncias foram decisivas para inviabilizar o conserto dos bens dentro do prazo de 180 dias previsto no art. 280 do RICMS/BA. Entende como uma total impropriedade a exigência alvo da autuação, ora combatida, no sentido de exigir o pagamento de tributo sem a ocorrência de fato gerador, pois os bens permanecem na propriedade da Impugnante, consistindo, portanto, em verdadeiro entrave às transações e operações empresariais, na medida em que estipula prazo para devolução de bens ou equipamentos enviados para conserto.

Em relação à infração 2, o autuado explica que parte dos materiais relacionados não são destinados a uso e consumo, mas são insumos e, como tais, não se sujeitam ao pagamento da diferença de alíquotas. Cita como exemplos as Notas Fiscais nºs 3615 e 3841, referentes a aquisição de óleo diesel utilizados nas prestações de serviço de transporte que realiza, e a 543567, referente ao recebimento de bens locados.

O autuado informa que produziu planilha com as mercadorias que entende serem destinadas ao uso e consumo que resultou no valor a pagar de R\$ 697,34, que atualizado soma o montante de R\$ 1.134,57 que foi devidamente quitado, conforme faz prova através das guias DAE's em anexo.

Lembra que o diferencial de alíquota do ICMS não incide na aquisição de bens ou serviços de outros Estados para emprego na prestação de serviços que integram o objeto societário do adquirente. Nesse caso, a materialidade da hipótese de incidência não está presente, já que não se pode falar em aquisição para consumo final quando os bens ou serviços adquiridos servem de insumo à prestação de serviços, ainda mais quando esta for tributada pelo ISS, compondo o valor dos materiais a base de cálculo do imposto municipal.

Acrescenta que o elemento de incidência do ICMS não a mera circulação de mercadorias, mas a realização de operações de circulação econômica de mercadorias. Traz entendimento consolidado do STF que considera como não incidência do ICMS a transferência de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte. Assim, entende que a transferência de equipamentos para conserto não enseja a incidência do ICMS.

Reclama acerca do prazo estipulado para retorno do bem enviado para conserto que não ocorre na legislação do Espírito Santo, por exemplo, respeitando a livre e legítima dinâmica da atividade empresarial, assegurada pela constituição federal.

O autuado conclui que não é possível pagar tal tributo, tendo em vista que a saída da mercadoria para conserto não está sujeita a incidência do ICMS, ainda que o seu retorno não respeite o prazo regulamentar de 180 dias previsto em regulamento, sendo, portanto, inconstitucional, indevida e absurda a cobrança alvo da infração 1.

Por todo o exposto, o autuado requer:

- a) seja acolhido e reconhecido o pagamento parcial do valor devido a título de DIFAL no montante de R\$ 1.134,57 referente a infração 2, demonstrado nas guias em anexo;
- b) seja juntada nos autos da procuração anexa (doc.01), cópia do contrato social (doc. 02), bem como demais documentos (NF-e's, planilhas e DAE's de pagamento);
- c) a produção de todos os meios de prova admitidos em direito;
- d) seja julgado procedente o pedido da autuada para que se anule o Lançamento de Débito, e, por via de consequência, a exigência do referido tributo e multa, dada a inconstitucionalidade, ilegalidade da cobrança de ICMS sem ocorrência de fato gerador no que toca as saídas de bens para conserto (infração 1), bem como da cobrança de DIFAL nas aquisições de bens de insumo (infração 2), e, por fim, que se dê o arquivamento do presente processo administrativo fiscal.

O autuante apresentou informação fiscal alega à fl. 170 (frente e verso) reconhecendo erro parcial na indicação do art. 180 do RICMS/12 como fundamento legal da infração 1. Todavia, lembra que a indicação está correta no campo relativo ao enquadramento. Entende que o erro parcial na indicação do dispositivo não implica em nulidade do lançamento, conforme art. 19 do RPAF. Informa que o autuado não provou que os bens retornaram após o prazo inicial previsto na legislação, nem pediu sua prorrogação.

Em relação à infração 1, o autuante informa que o autuado não provou o retorno dos bens,

mesmo fora do prazo regulamentar, nem que tenha pedido a sua prorrogação.

Em relação à infração 2, o autuado afirma que a legislação da Bahia não prevê que o óleo diesel seja utilizado como insumo pelas transportadoras. Entende que a possibilidade de utilizar como crédito fiscal o imposto incidente nas aquisições de óleo diesel não implica em considerá-lo como insumo. Lembra que os bens do ativo também dão direito a crédito mas devem pagar a diferença de alíquota. Conclui que o fato do autuado ter as suas prestações de serviço de transporte isentas do ICMS torna o óleo diesel como bem de consumo.

Informa, ainda, que o remetente do óleo diesel deveria ter efetuado a retenção do ICMS por substituição tributária, relativamente ao diferencial de alíquotas. Como os remetentes não possuíam inscrição no Estado da Bahia, a presente exigência recai sobre o autuado por solidariedade, conforme orientação contida no Parecer nº 19227/2013, emitido pela DITRI/SEFAZ.

Em relação à Nota Fiscal nº 543567, o autuante concorda com a retirada da exigência fiscal depois que ficou comprovado que se refere à entrada de bens locados.

O autuado apresentou nova manifestação das fls. 201 a 207, informando que, após adquirir os referidos bens (grabs), em 15/02/2013, através de sua sede (CNPJ 03.867.580/0001-07), nos termos da NF-e 320 (fl. 210), realizou a transferência dos mesmos para sua filial, através da NF-e nº 238 (fl. 212), em 02/08/2013, e, após o período de 2 anos e cinco meses de uso, em 22/07/2015, efetuou a transferência dos citados bens para conserto mediante a NF-e nº 06 (fl. 213), tendo, inclusive, efetuado a devolução dos mesmos a sua filial, em 04/05/2016, simbolicamente.

Afirma que o CONSEF já firmou entendimento pela não tributação das remessas de bens para reparo ou conserto com suspensão da incidência da norma de tributação. Entende que a não observância de prazo no que toca a devolução dos equipamentos enviados para conserto se trata unicamente de descumprimento de obrigação acessória. Assim, poder-se-ia concluir pela aplicação de multa por descumprimento de uma obrigação acessória.

Salienta que os Grab's adquiridos, em 15/02/2013, pela matriz, conforme NF-e nº 320, foram incorporados ao seu patrimônio em 28/02/2013 (fl. 211), permanecendo em uso por mais de um ano, tendo sido desincorporados em 22/07/2015, NF-e nº 06, quando foram remetidos para o conserto. Desse modo, o lapso temporal entre aquisição dos bens de ativo permanente e sua respectiva desincorporação do ativo foi de dois anos e cinco meses, superior, portanto, ao prazo de 01 (um) ano, previsto na legislação para configurar hipótese de não incidência do ICMS, nos termos do que trata o art. 3º, inciso VIII, Lei nº 7.014/96.

Destaca o Acórdão CJF Nº 0324-12/14, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, que afasta a exigência do ICMS nas hipóteses de falta de retorno de bem enviado para conserto que já tinha sido utilizado por mais de um ano no estabelecimento.

Em relação à infração 2, o autuado reitera que o procedimento de autuação da suposta infração cometida foi feita de forma parcialmente equivocada, visto que parte dos materiais relacionados não são destinados a uso e consumo, mas ou são insumos e, como tais, não se sujeitam a DIFAL ou se destinam a locação.

Destaca que a cobrança do diferencial de alíquota do ICMS exige, expressamente, conforme art. 155, § 2º, incs. VII e VIII, da Constituição Federal e inciso XV, art. 4º da Lei nº 7.014/96, a destinação ao ativo permanente ou consumo. Ou seja, é requisito essencial que o adquirente tenha dado uma destinação final, encerrando o ciclo de circulação comercial dos bens ou serviços adquiridos.

Desse modo, entende que o diferencial de alíquota do ICMS não incide na aquisição de bens ou serviços de outros Estados para emprego na prestação de serviços que integram o objeto societário do adquirente. Insiste que deve ser acolhido o pagamento de parte do valor realmente devido, que soma a quantia de R\$ 697,34, atualizada para R\$ 1.134,57, conforme faz prova através das guias que já foram anexados na defesa.

Reitera que seja julgado procedente o pedido para que se anule a lançamento de débito, e, por via de consequência, a exigência do referido tributo e multa, dada a inconstitucionalidade, ilegalidade da cobrança de ICMS sem ocorrência de fato gerador no que toca as saídas de bens

para conserto (infração 1), bem como da cobrança de DIFAL nas aquisições de bens de insumo (infração 2), e, por fim, que se dê o arquivamento do presente processo administrativo fiscal.

Apesar do autuado ter declarado o pagamento de parte da infração 2, no valor histórico de R\$ 697,34, não foi encontrado nos autos os respectivos comprovantes.

## VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Em relação à infração 1, não é motivo de nulidade o fato do autuante ter cometido um equívoco na digitação do artigo de enquadramento no campo destinado à descrição dos fatos. O texto apresentado corresponde ao do efetivo enquadramento e no campo destinado ao enquadramento da infração, o número do artigo foi digitado corretamente. O art. 39 do RPAF deixa expresso que o erro da indicação do enquadramento legal não implica em nulidade da infração quando o enquadramento ficar evidenciado na descrição dos fatos.

Assiste razão ao autuado quanto a não incidência de ICMS nas saídas de bens do ativo imobilizado com mais de um ano de uso, conforme inciso VIII do art. 3º da Lei nº 7.014/96. Já a suspensão do ICMS nas remessas para conserto, prevista no inciso I do art. 280 do RICMS/12, só possuem eficácia em relação às saídas em que possa se configurar a exigência do ICMS.

Desse modo, nas saídas de bens do ativo com mais de um ano de uso para conserto não há que se falar em suspensão do imposto, pois não há incidência em eventual venda do bem, que seria a presunção nos casos de falta de retorno.

O autuado comprovou por meio das notas fiscais anexadas das fls. 210 a 213 que os bens a que se refere à Nota Fiscal nº 06 tiveram utilização superior a um ano no estabelecimento. O que afasta a possibilidade de qualquer exigência de imposto vinculada a sua saída.

Por outro lado, o autuado não apresentou nota fiscal comprovando a data de aquisição do bem a que se refere a Nota Fiscal nº 05, cuja exigência consta na infração 1 com data de ocorrência em 25/11/2014. Assim, como também não apresentou a nota de retorno do respectivo bem, concluo que procede a exigência em relação a esta nota fiscal.

Convém destacar que cabe nova ação fiscal visando estornar os créditos fiscais vinculados às aquisições dos bens referidos nas Notas Fiscais nºs 05 e 06 que poderiam ser apropriados a partir da data de remessa para conserto, caso não fique comprovado o efetivo retorno dos bens, mesmo em relação aos que possuíam mais de um ano de uso pelo autuado.

Voto pela procedência em parte da infração 1, no valor de R\$ 35.051,53, com data de ocorrência em 25/11/2014.

Em relação à infração 2, a lide está na caracterização das aquisições de combustíveis, bens de consumo e bens do ativo. O autuado é prestador de serviços de transporte e, como tal, pode usar como crédito fiscal o valor do imposto cobrado nas aquisições de combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos, desde que efetivamente utilizados na prestação de serviços de transporte, conforme estabelecido na alínea “c” do inciso I do art. 309 do RICMS/12.

Os combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos constituem-se em elementos essenciais para o exercício da atividade das transportadoras e, por isso, não podem ser consideradas como material de uso ou consumo. O fato de gozar de isenção nas prestações internas de serviços de transporte, não muda a natureza dos combustíveis em relação à atividade das transportadoras. A permissão expressa para utilização de crédito fiscal é indicação que a respectiva mercadoria não deve ser considerada como material de uso ou consumo.

O Parecer nº 19227/2013, citado pelo autuante como fundamento para a presente exigência, não pode ser aplicado ao presente caso pois trata-se de resposta direcionada a contribuinte que exerce atividade de comércio de alimentos por meio de veículos próprios. Neste caso, os combustíveis são considerados como material de consumo e estão sujeitos ao pagamento do diferencial de

alíquotas caso sejam adquiridos em outra unidade da federação.

Da análise da planilha e das notas fiscais anexadas pelo autuado das fls. 104 a 147 concluo que apenas as Notas Fiscais nº 3615, 3833, 3841, 3846, 3892, 3977, 4020, 4023, 4168 e 4416, referentes a aquisições de combustíveis, e a Nota Fiscal nº 543567, referente à entrada de bem locado, devem ser retiradas do demonstrativo de débito. As demais notas fiscais anexadas referem-se a material de uso ou consumo ou de bens destinados ao ativo imobilizado que estão sujeitos ao pagamento do diferencial de alíquotas, nos termos do inciso XV do art. 4º da Lei nº 7.014/96. Desse modo, voto pela procedência em parte da infração 2, nos seguintes termos:

D. OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
31/12/2011	431,90
30/04/2012	414,84
30/06/2012	60,00
31/12/2012	91,20
31/05/2013	635,80
31/07/2013	75,10
31/12/2013	21,83
28/02/2014	135,41
31/05/2014	77,03
30/06/2014	450,82
31/07/2014	427,26
30/09/2014	97,02
31/10/2014	286,66
31/03/2015	64,60
30/04/2015	25,85
31/05/2015	706,56
30/06/2015	1.495,63
30/09/2015	126,00
31/10/2015	340,39
30/11/2015	219,71
<b>TOTAL</b>	<b>6.183,61</b>

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do auto de infração, ficando a exigência fiscal reduzida para R\$ 41.235,14.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **297248.1010/16-0**, lavrado contra **PRONTO EXPRESS LOGÍSTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.235,14**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS- PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

**A. I. Nº** - 297248.1010/16-0  
**AUTUADO** - PRONTO EXPRESS LOGÍSTICA LTDA.  
**AUTUANTE** - MARLON ANTONIO LIMA REGIS  
**ORIGEM** - INFAZ CRUZ DAS ALMAS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 12/12/2016

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0201-01/16**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RETORNO DE BENS REMETIDOS PARA CONSERTO. Retirada a exigência sobre bens do ativo que comprovadamente possuíam mais de um ano de uso pelo autuado por estarem alcançados pela não incidência do imposto, nos termos do inciso VIII do art. 3º da Lei nº 7.014/96. Infração 1 subsistente em parte. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. Autuado com atividade de prestação de serviço de transporte. Retirada a exigência sobre as aquisições de combustíveis, pois é admitido o uso do imposto incidente sobre as suas aquisições na apuração mensal do débito fiscal. Retirada, também, a exigência sobre nota fiscal correspondente a entrada de bem locado. Infração 2 subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 24/03/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$ 147.653,03, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

INFRAÇÃO 1 (02.06.01) - falta de recolhimento do ICMS em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido retorno, ocorrido nos meses de novembro/2014 e janeiro/2016, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 139.169,87, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 (06.05.01) - falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições, ocorridas no mês de dezembro/2011, abril, junho e dezembro/2012, maio, julho e dezembro/2013, fevereiro, maio, junho, julho, setembro e outubro/2014 e março, abril, maio, junho, setembro, outubro e novembro/2015, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 8.484,06, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 63 a 74, inicialmente comprovando a tempestividade de sua apresentação. Diz que a descrição da fundamentação legal que balizou a infração 1 não guarda qualquer relação com a situação apontada, pois o art. 180 do RICMS/12 trata da emissão de bilhete de passagem. Acredita que o autuante pretendia utilizar o art. 280, o que desqualifica a precisão da autuação.

O autuado afirma que promoveu a transferência de dois de seus equipamentos para estabelecimento de terceiro, localizado em Simões Filho, com o fim específico de realização de reparos, não tendo ocorrido transferência da propriedade dos mesmos, e, por conseguinte, não tendo ocorrido o fato gerador do ICMS indevidamente exigido.

Informa que, por conta da especificidade dos equipamentos (bens de grande porte, pesando 10 toneladas cada um), a movimentação e deslocamento dos mesmos requer uma série de cuidados. No caso em espécie, existiram diversas circunstâncias que dificultaram a sua movimentação, entre elas, a indisponibilidade de equipamentos de elevação para sua movimentação. Este detalhe levou a uma demora entre a data de emissão da nota fiscal e a efetiva saída dos bens para conserto. Demora que foi agravada com o atraso da chegada de novos aparelhos de controle remoto utilizados para funcionamento dos equipamentos, em substituição aos antigos que estavam completamente danificados.

Diz que todas estas circunstâncias foram decisivas para inviabilizar o conserto dos bens dentro do prazo de 180 dias previsto no art. 280 do RICMS/BA. Entende como uma total impropriedade a exigência alvo da autuação, ora combatida, no sentido de exigir o pagamento de tributo sem a ocorrência de fato gerador, pois os bens permanecem na propriedade da Impugnante, consistindo, portanto, em verdadeiro entrave às transações e operações empresariais, na medida em que estipula prazo para devolução de bens ou equipamentos enviados para conserto.

Em relação à infração 2, o autuado explica que parte dos materiais relacionados não são destinados a uso e consumo, mas são insumos e, como tais, não se sujeitam ao pagamento da diferença de alíquotas. Cita como exemplos as Notas Fiscais nºs 3615 e 3841, referentes a aquisição de óleo diesel utilizados nas prestações de serviço de transporte que realiza, e a 543567, referente ao recebimento de bens locados.

O autuado informa que produziu planilha com as mercadorias que entende serem destinadas ao uso e consumo que resultou no valor a pagar de R\$ 697,34, que atualizado soma o montante de R\$ 1.134,57 que foi devidamente quitado, conforme faz prova através das guias DAE's em anexo.

Lembra que o diferencial de alíquota do ICMS não incide na aquisição de bens ou serviços de outros Estados para emprego na prestação de serviços que integram o objeto societário do adquirente. Nesse caso, a materialidade da hipótese de incidência não está presente, já que não se pode falar em aquisição para consumo final quando os bens ou serviços adquiridos servem de insumo à prestação de serviços, ainda mais quando esta for tributada pelo ISS, compondo o valor dos materiais a base de cálculo do imposto municipal.

Acrescenta que o elemento de incidência do ICMS não a mera circulação de mercadorias, mas a realização de operações de circulação econômica de mercadorias. Traz entendimento consolidado do STF que considera como não incidência do ICMS a transferência de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte. Assim, entende que a transferência de equipamentos para conserto não enseja a incidência do ICMS.

Reclama acerca do prazo estipulado para retorno do bem enviado para conserto que não ocorre na legislação do Espírito Santo, por exemplo, respeitando a livre e legítima dinâmica da atividade empresarial, assegurada pela constituição federal.

O autuado conclui que não é possível pagar tal tributo, tendo em vista que a saída da mercadoria para conserto não está sujeita a incidência do ICMS, ainda que o seu retorno não respeite o prazo regulamentar de 180 dias previsto em regulamento, sendo, portanto, inconstitucional, indevida e absurda a cobrança alvo da infração 1.

Por todo o exposto, o autuado requer:

- a) seja acolhido e reconhecido o pagamento parcial do valor devido a título de DIFAL no montante de R\$ 1.134,57 referente a infração 2, demonstrado nas guias em anexo;
- b) seja juntada nos autos da procuração anexa (doc.01), cópia do contrato social (doc. 02), bem como demais documentos (NF-e's, planilhas e DAE's de pagamento);
- c) a produção de todos os meios de prova admitidos em direito;
- d) seja julgado procedente o pedido da autuada para que se anule o Lançamento de Débito, e, por via de consequência, a exigência do referido tributo e multa, dada a inconstitucionalidade, ilegalidade da cobrança de ICMS sem ocorrência de fato gerador no que toca as saídas de bens para conserto (infração 1), bem como da cobrança de DIFAL nas aquisições de bens de insumo (infração 2), e, por fim, que se dê o arquivamento do presente processo administrativo fiscal.

O autuante apresentou informação fiscal alega à fl. 170 (frente e verso) reconhecendo erro parcial na indicação do art. 180 do RICMS/12 como fundamento legal da infração 1. Todavia, lembra que a indicação está correta no campo relativo ao enquadramento. Entende que o erro parcial na indicação do dispositivo não implica em nulidade do lançamento, conforme art. 19 do RPAF. Informa que o autuado não provou que os bens retornaram após o prazo inicial previsto na legislação, nem pediu sua prorrogação.

Em relação à infração 1, o autuante informa que o autuado não provou o retorno dos bens,

mesmo fora do prazo regulamentar, nem que tenha pedido a sua prorrogação.

Em relação à infração 2, o autuado afirma que a legislação da Bahia não prevê que o óleo diesel seja utilizado como insumo pelas transportadoras. Entende que a possibilidade de utilizar como crédito fiscal o imposto incidente nas aquisições de óleo diesel não implica em considerá-lo como insumo. Lembra que os bens do ativo também dão direito a crédito mas devem pagar a diferença de alíquota. Conclui que o fato do autuado ter as suas prestações de serviço de transporte isentas do ICMS torna o óleo diesel como bem de consumo.

Informa, ainda, que o remetente do óleo diesel deveria ter efetuado a retenção do ICMS por substituição tributária, relativamente ao diferencial de alíquotas. Como os remetentes não possuíam inscrição no Estado da Bahia, a presente exigência recai sobre o autuado por solidariedade, conforme orientação contida no Parecer nº 19227/2013, emitido pela DITRI/SEFAZ.

Em relação à Nota Fiscal nº 543567, o autuante concorda com a retirada da exigência fiscal depois que ficou comprovado que se refere à entrada de bens locados.

O autuado apresentou nova manifestação das fls. 201 a 207, informando que, após adquirir os referidos bens (grabs), em 15/02/2013, através de sua sede (CNPJ 03.867.580/0001-07), nos termos da NF-e 320 (fl. 210), realizou a transferência dos mesmos para sua filial, através da NF-e nº 238 (fl. 212), em 02/08/2013, e, após o período de 2 anos e cinco meses de uso, em 22/07/2015, efetuou a transferência dos citados bens para conserto mediante a NF-e nº 06 (fl. 213), tendo, inclusive, efetuado a devolução dos mesmos a sua filial, em 04/05/2016, simbolicamente.

Afirma que o CONSEF já firmou entendimento pela não tributação das remessas de bens para reparo ou conserto com suspensão da incidência da norma de tributação. Entende que a não observância de prazo no que toca a devolução dos equipamentos enviados para conserto se trata unicamente de descumprimento de obrigação acessória. Assim, poder-se-ia concluir pela aplicação de multa por descumprimento de uma obrigação acessória.

Salienta que os Grab's adquiridos, em 15/02/2013, pela matriz, conforme NF-e nº 320, foram incorporados ao seu patrimônio em 28/02/2013 (fl. 211), permanecendo em uso por mais de um ano, tendo sido desincorporados em 22/07/2015, NF-e nº 06, quando foram remetidos para o conserto. Desse modo, o lapso temporal entre aquisição dos bens de ativo permanente e sua respectiva desincorporação do ativo foi de dois anos e cinco meses, superior, portanto, ao prazo de 01 (um) ano, previsto na legislação para configurar hipótese de não incidência do ICMS, nos termos do que trata o art. 3º, inciso VIII, Lei nº 7.014/96.

Destaca o Acórdão CJF Nº 0324-12/14, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, que afasta a exigência do ICMS nas hipóteses de falta de retorno de bem enviado para conserto que já tinha sido utilizado por mais de um ano no estabelecimento.

Em relação à infração 2, o autuado reitera que o procedimento de autuação da suposta infração cometida foi feita de forma parcialmente equivocada, visto que parte dos materiais relacionados não são destinados a uso e consumo, mas ou são insumos e, como tais, não se sujeitam a DIFAL ou se destinam a locação.

Destaca que a cobrança do diferencial de alíquota do ICMS exige, expressamente, conforme art. 155, § 2º, incs. VII e VIII, da Constituição Federal e inciso XV, art. 4º da Lei nº 7.014/96, a destinação ao ativo permanente ou consumo. Ou seja, é requisito essencial que o adquirente tenha dado uma destinação final, encerrando o ciclo de circulação comercial dos bens ou serviços adquiridos.

Desse modo, entende que o diferencial de alíquota do ICMS não incide na aquisição de bens ou serviços de outros Estados para emprego na prestação de serviços que integram o objeto societário do adquirente. Insiste que deve ser acolhido o pagamento de parte do valor realmente devido, que soma a quantia de R\$ 697,34, atualizada para R\$ 1.134,57, conforme faz prova através das guias que já foram anexados na defesa.

Reitera que seja julgado procedente o pedido para que se anule a lançamento de débito, e, por via de consequência, a exigência do referido tributo e multa, dada a inconstitucionalidade, ilegalidade da cobrança de ICMS sem ocorrência de fato gerador no que toca as saídas de bens



para conserto (infração 1), bem como da cobrança de DIFAL nas aquisições de bens de insumo (infração 2), e, por fim, que se dê o arquivamento do presente processo administrativo fiscal.

Apesar do autuado ter declarado o pagamento de parte da infração 2, no valor histórico de R\$ 697,34, não foi encontrado nos autos os respectivos comprovantes.

## VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Em relação à infração 1, não é motivo de nulidade o fato do autuante ter cometido um equívoco na digitação do artigo de enquadramento no campo destinado à descrição dos fatos. O texto apresentado corresponde ao do efetivo enquadramento e no campo destinado ao enquadramento da infração, o número do artigo foi digitado corretamente. O art. 39 do RPAF deixa expresso que o erro da indicação do enquadramento legal não implica em nulidade da infração quando o enquadramento ficar evidenciado na descrição dos fatos.

Assiste razão ao autuado quanto a não incidência de ICMS nas saídas de bens do ativo imobilizado com mais de um ano de uso, conforme inciso VIII do art. 3º da Lei nº 7.014/96. Já a suspensão do ICMS nas remessas para conserto, prevista no inciso I do art. 280 do RICMS/12, só possuem eficácia em relação às saídas em que possa se configurar a exigência do ICMS.

Desse modo, nas saídas de bens do ativo com mais de um ano de uso para conserto não há que se falar em suspensão do imposto, pois não há incidência em eventual venda do bem, que seria a presunção nos casos de falta de retorno.

O autuado comprovou por meio das notas fiscais anexadas das fls. 210 a 213 que os bens a que se refere à Nota Fiscal nº 06 tiveram utilização superior a um ano no estabelecimento. O que afasta a possibilidade de qualquer exigência de imposto vinculada a sua saída.

Por outro lado, o autuado não apresentou nota fiscal comprovando a data de aquisição do bem a que se refere a Nota Fiscal nº 05, cuja exigência consta na infração 1 com data de ocorrência em 25/11/2014. Assim, como também não apresentou a nota de retorno do respectivo bem, concluo que procede a exigência em relação a esta nota fiscal.

Convém destacar que cabe nova ação fiscal visando estornar os créditos fiscais vinculados às aquisições dos bens referidos nas Notas Fiscais nºs 05 e 06 que poderiam ser apropriados a partir da data de remessa para conserto, caso não fique comprovado o efetivo retorno dos bens, mesmo em relação aos que possuíam mais de um ano de uso pelo autuado.

Voto pela procedência em parte da infração 1, no valor de R\$ 35.051,53, com data de ocorrência em 25/11/2014.

Em relação à infração 2, a lide está na caracterização das aquisições de combustíveis, bens de consumo e bens do ativo. O autuado é prestador de serviços de transporte e, como tal, pode usar como crédito fiscal o valor do imposto cobrado nas aquisições de combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos, desde que efetivamente utilizados na prestação de serviços de transporte, conforme estabelecido na alínea “c” do inciso I do art. 309 do RICMS/12.

Os combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos constituem-se em elementos essenciais para o exercício da atividade das transportadoras e, por isso, não podem ser consideradas como material de uso ou consumo. O fato de gozar de isenção nas prestações internas de serviços de transporte, não muda a natureza dos combustíveis em relação à atividade das transportadoras. A permissão expressa para utilização de crédito fiscal é indicação que a respectiva mercadoria não deve ser considerada como material de uso ou consumo.

O Parecer nº 19227/2013, citado pelo autuante como fundamento para a presente exigência, não pode ser aplicado ao presente caso pois trata-se de resposta direcionada a contribuinte que exerce atividade de comércio de alimentos por meio de veículos próprios. Neste caso, os combustíveis são considerados como material de consumo e estão sujeitos ao pagamento do diferencial de

alíquotas caso sejam adquiridos em outra unidade da federação.

Da análise da planilha e das notas fiscais anexadas pelo autuado das fls. 104 a 147 concluo que apenas as Notas Fiscais nº 3615, 3833, 3841, 3846, 3892, 3977, 4020, 4023, 4168 e 4416, referentes a aquisições de combustíveis, e a Nota Fiscal nº 543567, referente à entrada de bem locado, devem ser retiradas do demonstrativo de débito. As demais notas fiscais anexadas referem-se a material de uso ou consumo ou de bens destinados ao ativo imobilizado que estão sujeitos ao pagamento do diferencial de alíquotas, nos termos do inciso XV do art. 4º da Lei nº 7.014/96. Desse modo, voto pela procedência em parte da infração 2, nos seguintes termos:

D. OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
31/12/2011	431,90
30/04/2012	414,84
30/06/2012	60,00
31/12/2012	91,20
31/05/2013	635,80
31/07/2013	75,10
31/12/2013	21,83
28/02/2014	135,41
31/05/2014	77,03
30/06/2014	450,82
31/07/2014	427,26
30/09/2014	97,02
31/10/2014	286,66
31/03/2015	64,60
30/04/2015	25,85
31/05/2015	706,56
30/06/2015	1.495,63
30/09/2015	126,00
31/10/2015	340,39
30/11/2015	219,71
<b>TOTAL</b>	<b>6.183,61</b>

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do auto de infração, ficando a exigência fiscal reduzida para R\$ 41.235,14.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **297248.1010/16-0**, lavrado contra **PRONTO EXPRESS LOGÍSTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.235,14**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS- PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR