

PROCESSO - A. I. Nº 279757.0005/20-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - COPAGAZ DISTRIBUIDORA DE GAS S.A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 0146-01/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/02/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0404-12/21-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO E/OU CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. Não restou comprovada a aquisição de mercadoria para integrar o ativo imobilizado e/ou para consumo do próprio contribuinte. Infração não caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela Fazenda Pública Estadual, em razão do acórdão proferido pela 1ª JJF sob nº 0146-01/21-VD, que julgou Improcedente o Auto de Infração em referência, lavrado em 04/06/2020, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 425.953,62, mais multa de 60%, em face da seguinte acusação:

Infração 01 – 06.05.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de dezembro 2015 e janeiro a abril de 2016.

Complemento: Nas entradas de botijões, adquiridos junto a NHL REQUALIFICADORA DE VASILHAMES PARA GLP LTDA, CNPJ: 02.505.153/0001-16, estabelecida em MONTE MOR - SP. Foram remetidos sucatas de botijões, condenados na forma de portaria específica da ANP, através das Notas Fiscais de saída nº 16675, 17459, 17745 e 18699, 18700 e 19051, regularmente tributadas sob CFOP 6949, e retornaram as mesmas quantidades através das Notas Fiscais nº 14471, 14630, 14752, 15059, 15060 e 15182, sob CFOP 1916, conforme demonstrativo Copagaz_Difaz_Botijoes.xls, parte integrante do Auto de Infração.

Enquadramento Legal: art. 4º, XV, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 305, §4º, III, “a”, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12. Multa Aplicada: art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 09/06/20 (DTE à fl. 24) e ingressou com defesa administrativa que se encontra anexada às fls. 27 a 31 (frente e verso).

O autuante presta informação fiscal, às fls. 51/53, esclarecendo tratar-se de aquisição de vasilhames (botijões) de NHL REQUALIFICADORA DE VASILHAMES PARA GLP LTDA acobertadas como operações de retorno de conserto.

Aduz o fiscal autuante que na referida operação “quem vende, não recolhe o ICMS Normal devido nas operações de saída ao Estado de origem e quem adquire não recolhe o ICMS diferença de alíquota no Estado de destino”.

A 1ª JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transrito, julgando Improcedente o presente Auto de Infração.

VOTO

Incialmente verifico que o Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99.

Trata-se de exigência de ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

Na situação em exame o autuante considera que o autuado simula operações de “remessa para conserto”, para empresa requalificadora de botijões, com posterior “retorno de conserto”, quando na realidade seria uma

efetiva aquisição de outros botijões, alegando que os botijões anteriormente enviados na realidade são vendidos como sucatas em outra operação para a mesma empresa requalificadora, sediada em São Paulo.

Dessa forma, exige o imposto (diferencial entre alíquotas) sobre as operações de entradas que o remetente (NHL Requalificadora) enviou sob o título de “RET DE MERC OU BEM RECB P CONS”, por considerar efetiva aquisição de bens destinados ao ativo fixo e/ou consumo do estabelecimento.

Todavia, em autuação feita pelo mesmo autuante, já julgada por esta JJF, para o mesmo contribuinte (A.I. 279757.0006/20-0), demos razão ao fisco no referido lançamento fiscal e decidimos que os botijões vendidos pelo autuado não se tratam de desincorporação do ativo imobilizado.

Pelas suas características, ou seja, em virtude desses bens terem um giro habitual, quase que diário, com mudança na titularidade; serem bens fungíveis, de acordo com o Código Civil, não permitindo sua individualização e não puderem ser identificados, foi mantido o entendimento de que não podem ser considerados como bens do Ativo Imobilizado da empresa.

Ademais, o autuado comprova, através das informações constantes nos documentos fiscais questionados, que remeteu à “NHL REQUALIFICADORA”, botijões de gás para conserto, e que a empresa requalificadora remeteu a título de devolução os referidos botijões, mencionando as informações no campo “Dados Adicionais” das notas fiscais emitidas para tal fim.

O posterior envio dos vasilhames descartados (sucatas) foi tributado nos termos da Portaria ANP nº 242/2010, conforme atestam os certificados de inutilização emitidos às fls. 37 a 43 (frente e verso).

A argumentação do autuante de que ocorreu a compra de botijões requalificados “casada” com a venda de botijões destinados a requalificação, e que os botijões que retornaram a título de “retorno de conserto” certamente não são os mesmos que deram saída a título de “remessa para conserto”, é uma presunção que não restou devidamente confirmada nos autos.

É cediço que os fatos geradores do ICMS só podem ser constatados após a verificação da realização de todos os aspectos previstos e tipificados na norma de incidência, posto que as relações jurídico-tributárias devem observar os critérios de segurança e certeza, sendo ilegítimo os lançamentos tributários fundamentados em suposições, devendo ser sempre homenageados os princípios da tipicidade cerrada e da legalidade.

Friso, por julgar de suma importância na análise do presente processo que somente há incidência do tributo sobre fatos concretos, sendo necessária a existência de prova da ocorrência do fato gerador, a qual a fiscalização tem obrigatoriamente que demonstrar de forma irrefutável, em observância ao princípio da verdade material.

Diante do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

A 1ª JJF recorre de ofício da presente decisão para esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Este é o relatório.

VOTO

O presente Recurso de Ofício foi interposto em face de ter a Decisão recorrida desonerado o sujeito passivo do débito originalmente exigido em infração única do lançamento de ofício, conforme previsto no art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

A infração reporta para a falta de recolhimento do ICMS-DIFAL, referente a aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas a consumo/ativo fixo do próprio estabelecimento.

A JJF fundamentou a nulidade da referida infração, conforme trecho extraído da decisão recorrida transscrito: “*Friso, por julgar de suma importância na análise do presente processo que somente há incidência do tributo sobre fatos concretos, sendo necessária a existência de prova da ocorrência do fato gerador, a qual a fiscalização tem obrigatoriamente que demonstrar de forma irrefutável, em observância ao princípio da verdade material*”.

Concluiu a decisão de piso, que o fiscal autuante lavrou o presente Auto de Infração presumindo que as operações de “remessa/retorno conserto” realizadas entre a autuada e a requalificadora de botijões, em verdade, são efetivas aquisições de botijões, e que as referidas remessas e retornos, são, em verdade, operações disfarçadas de compra e venda de mercadorias.

Em peça defensiva, a recorrida diz que não há que se falar em ausência de recolhimento do imposto em relação à entrada dos botijões de gás, afirmando que não houve sequer aquisição de botijões que pudesse dar ensejo à cobrança do ICMS. Assevera que ao contrário do que alegado pela fiscalização, a operação objeto do presente lançamento trata-se, de fato, de remessa à “NHL REQUALIFICADORA”, de botijões de gás para conserto, e que após todas as análises necessárias, a empresa requalificadora remeteu a título de devolução os referidos botijões, os quais, posteriormente foram descartados.

Se observada a Nota Fiscal nº 14471, emitida pela requalificadora, é possível concluir que o referido documento fiscal respalda operação de devolução de vasilhames, cujas remessas originais efetuadas pela recorrida à empresa “NHL REQUALIFICADORA”, se deram por meio das Notas Fiscais nº 6214 e 6215.

Ou seja, a Nota Fiscal em referência corresponde à remessa (em devolução), de “botijão P13 Vazio e Descontaminado”, por meio do CFOP 6916 (Retorno de mercadoria ou bem recebido para conserto ou reparo), constando em “Dados Adicionais” da referida Nota Fiscal, a informação das notas de remessa para conserto.

Analizando portanto as razões de defesa e os elementos presentes no presente PAF, constato que não há reparos na decisão *a quo*.

Não há como exigir o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, em operações que não são de aquisição de mercadorias. Não poderia o autuante, com base em mera presunção, concluir que se trata de compra de bens para uso e consumo/ativo imobilizado, quando sequer há elementos irrefutáveis de prova.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto, e manter a Decisão recorrida que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 279757.0005/20-3, lavrado contra COPAGAZ DISTRIBUIDORA DE GAS S.A.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2021.

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LEILA BARRETO NOGUSIRA VILAS BOAS - RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS