

**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 C.J.F. 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 PROVIDO**. 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 transcrito, julgando Improcedente o presente Auto de Infração.

### VOTO

*Inicialmente 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 transcrito: *“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.

Analisando 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