

A. I. Nº - 279757.0005/20-3
AUTUADO - COPAGAZ DISTRIBUIDORA DE GAS S.A.
AUTUANTE - AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27/09/2021

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0146-01/21-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. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, lavrado em 04/06/2020, faz exigência de 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.

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_Botijoos.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).

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicia fazendo uma síntese da autuação, onde transcreve a imputação, seu enquadramento legal, além de ressaltar a tempestividade da impugnação.

Na sequência 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 Impugnante havia remetido à “NHL REQUALIFICADORA”, 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.

Assinala que isso é exatamente o que se observa das informações adicionais constantes das Notas Fiscais objeto de análise pela fiscalização.

Cita como exemplo a Nota Fiscal nº 14471 (Doc. 03), asseverando que não se refere à aquisição de Botijões de Gás, mas sim da devolução de vasilhames remetidos anteriormente à empresa “NHL REQUALIFICADORA”, por meio das Notas Fiscais nº 6214 e 6215.

Acrescenta que a referida Nota Fiscal 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), e que nas informações complementares constantes do campo “Dados Adicionais” da referida Nota Fiscal consta exatamente a primeira Nota Fiscal de remessa para conserto.

Esclarece que após o recebimento em devolução dos vasilhames encaminhados para conserto é que tais materiais foram descartados com o devido recolhimento do imposto nos termos da Portaria ANP nº 242/2010, conforme inclusive atestam os certificados de inutilização emitidos (Doc. 04).

Pontua que isso foi exatamente o que ocorreu com as demais operações, cujo imposto considera que o autuante exige indevidamente. Apresenta quadro resumo à fl. 30-verso e 31, informando constar a relação de Notas Fiscais de remessa, bem como de retorno para conserto (Doc. 03), bem como as Notas Fiscais emitidas para baixa dos vasilhames (“sucata”).

Insiste que a fiscalização está exigindo o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais em operações que não são de aquisição de mercadorias, e que o imposto no mínimo, estaria suspenso.

Ratifica que as operações questionadas estão enquadradas na hipótese dos arts. 278 e 279 do RICMS/12, que transcreve.

Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 51/53, dizendo que a lide se dá, exclusivamente, quanto ao fato de que a Autuada, segundo documentação acostada ao PAF, adquiriu vasilhames (botijões) de NHL REQUALIFICADORA DE VASILHAMES PARA GLP LTDA acobertadas como operações de retorno de conserto.

Expõe que esse tipo de operação não é incomum entre requalificadoras de botijões de GLP e distribuidoras de GLP, e que o intuito é eximir-se da tributação da 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”.

Ressalta que a fiscalização conheceu o processo de seleção dos botijões que são remetidos para requalificação ou levados diretamente para sucata (numa concorrente da Autuada), e que é feita uma seleção prévia no estabelecimento da própria distribuidora.

Dessa forma, diz que são “enviados” para requalificação (conserto) somente aqueles que têm condições de serem, “recondicionados” (dentro das normas de segurança exigidas pela ABNT).

Reconhece que não fica descartada a hipótese de alguns desses botijões passarem pelo crivo seletivo na distribuidora; porém, serem rejeitados pela requalificadora. Neste caso, aduz que podem ser devolvidos como “sucata”, mas que via de regra, isso não ocorre, pois ficam na requalificadora para descarte.

Considera que no caso em exame resta comprovado que esses vasilhames saíram para a requalificadora como “remessa para conserto”, inicialmente, e “venda de sucata”, posteriormente, com aquisição a título de “retorno de conserto”.

Comenta ser pouco provável que uma requalificadora adquira sucatas de botijões uma vez que sua atividade é de “recuperação” de botijões de GLP.

Pontua que o que ocorre de fato mesmo são botijões que seguem para a requalificadora à “base de troca”, assim como ocorre com as baterias de automóveis, ou seja, os botijões são enviados “para conserto” e posteriormente “vendidos” como sucata para as requalificadoras, e que na sequência, há o “retorno de conserto”.

Diz que esses botijões são diferentes dos que, anteriormente, foram selecionados no estabelecimento da distribuidora e vendidos como sucata pelos operadores de sucata (sucateiros).

Menciona que a planilha à fl. 07 comprova operação de compra, realizada como “retorno de

conserto” e a “venda” de sucata. Ressalta que, em resumo, se evidencia, na verdade, a transmissão de propriedade, dos botijões que foram em “base de troca”.

Esclarece que na mesma data na qual foram adquiridos os botijões também foram realizadas “venda de sucatas”, na mesma quantidade (notas fiscais às fls. 08 a 18).

Afirma que o demonstrativo apresentado pelo autuado às fls. 30/v e 31, fortalece a acusação, pois informa a remessa para “conserto”, o “retorno” do conserto e a “venda” desses botijões como “sucata” para a própria requalificadora.

Explica 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”.

Acrescenta que um concorrente do autuado informou que os botijões vão sendo selecionados e enviados para a requalificadora, a título de “remessa para conserto”, e que após um determinado tempo, que reside na requalificadora condenar ou não alguns desses botijões, é fechada a quantidade adquirida (outros botijões recondicionados, ou requalificados na linguagem do setor).

Informa anexar em mídia ao processo prospecto informativo sobre requalificação de botijões de GLP.

Diz que aceitar a tese defensiva seria presumir que todo o processo de requalificação, obrigatório segundo as normas da ANBT, conforme o prospecto mencionado, é feito no seu estabelecimento.

Expõe que se a intenção é o convencimento de que esses botijões seguiram para “conserto” e, os mesmos (individualizados), retornaram tempos depois requalificados, o autuado não acostou ao processo o preço pago por esse serviço. Considera inadmissível que NHL REQUALIFICADORA DE VASILHAMES PARA GLP LTDA não cobre pelos serviços de requalificação dos botijões.

Cita a Lei Complementar nº 116/2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, aduzindo que a mesma comprova que o serviço de requalificação de botijões NÃO consta na Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, ou seja, que trata-se de um serviço tributado pelo imposto estadual - ICMS.

Assinala que se acaso ainda reste alguma dúvida quanto ao acerto da exigência, deve ser deferida realização de diligência saneadora à ASTEC no sentido de que a Autuada comprove através de documento fiscal o ônus da requalificação, e o pagamento para a NHL REQUALIFICADORA DE VASILHAMES PARA GLP LTDA pela prestação do serviço de requalificação dos botijões objeto deste PAF.

Ao final, requer a procedência do feito.

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279757.0005/20-3**, lavrado contra **COPAGAZ DISTRIBUIDORA DE GAS S.A.**

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 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2021.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR