

A. I. Nº - 206960.0016/19-4
AUTUADO - NACIONAL GÁS BUTANO DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTES - JUAREZ ANDRADE CARVALHO e MARCO ANTÔNIO DE SOUZA FORTES
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/10/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0172-04/21-VD

EMENTA. ICMS. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO E/OU CONSUMO PRÓPRIO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. De acordo com a previsão contida na Cláusula primeira do Convênio ICMS nº 88/91 e no Art. 265, XXX do RICMS/BA, são isentas do ICMS as saídas de vasilhames, recipientes e embalagens, inclusive sacaria, quando não cobrados do destinatário ou não computados no valor das mercadorias que acondicionarem, desde que retornem ao estabelecimento do remetente. No caso presente, não ocorreu a efetiva comprovação do retorno das mercadorias ao estabelecimento do remetente, além do que, consta a indicação de que as operações tiveram natureza “a vista”. Acolhida a decadência parcial arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Recomendação para que sejam homologados os valores já recolhidos. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes, de Auto de Infração expedido em 27/09/2019, para reclamar crédito tributário no montante de R\$111.429,52, mais multa de 60%, com previsão no Art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, em face da seguinte acusação: *“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”*.

Consta, a título de descrição dos fatos, que tais ocorrências se referem ao período de setembro/14 a dezembro/18, sendo que, a partir de 01 de janeiro de 2016 ocorreu alteração na base de cálculo da Difal, determinada no Art. 17, inciso XI da Lei nº 7.014/96, de acordo com a Lei nº 13.373 de 21/09/15 efeitos a partir de 01/01/2016.

O autuado, por intermédio de seus representantes legais, ingressou com Impugnação Parcial ao lançamento, fls. 35 a 44, onde reconheceu como devido o valor histórico de R\$69.397,63, cujo valor foi pago com os benefícios constantes do Art. 45 da Lei nº 7.014/96, cujo total recolhido foi no montante de R\$90.416,91 de acordo com os docs. de fls. 59 e 60.

Passo seguinte passou a rechaçar o valor de R\$238,61 referente ao mês de setembro/2014, além dos débitos lançados referente as mercadorias nas Notas Fiscais nºs 354338, 354235 e 353529 por se referirem a notas fiscais de remessas de mercadorias, razão pela qual defende que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

Ao adentrar aos argumentos de mérito relacionados a decadência, se reportou ao art. 150, § 4º do CTN, referindo-se ao período 09/2014, sobre o qual, ao seu entendimento, já teria ocorrido a decadência do direito do Fisco de realizar lançamento tributário de ofício, considerando a fluência do prazo de cinco anos desde a data de ocorrência dos fatos geradores (09/09/2014 e 26/09/2014) até a data da lavratura do auto de infração, 30/09/2019.

Após citar doutrina e jurisprudência para embasar seus argumentos, concluiu sustentando em que 30/09/2019 não mais se poderia constituir quaisquer créditos tributários em relação aos referidos fatos geradores.

Em seguida passou a se referir a inobservância pelos autuantes do Convênio ICMS 88/91,

pontuando que reconhece o débito principal na ordem de R\$69.397,63, entretanto não o discriminou.

Disse que amparado pelo disposto no art. 123, § 2º do Decreto nº 7.629/99, não reconhece os lançamentos efetuados sobre as mercadorias indicadas nas Notas Fiscais nºs 354338, 354235 e 353529 por se referirem a notas fiscais de remessas de mercadorias, sobre as quais não deverá recair a cobrança do imposto.

Transcreveu o disposto no inciso I da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 88/91, o qual foi recepcionado pela legislação baiana através do art. 265, XXX do RICMS/BA, que trata de saídas de vasilhames, recipientes, embalagens e sacarias, quando não cobradas do destinatário, são operações isentas do ICMS, para afirmar que é a situação em tela, visto que as operações com vasilhames que não integram o valor das mercadorias, são consideradas isentas.

Neste sentido considera descabida a exigência imputada referente as citadas notas fiscais, citando, ainda, doutrina para sustentar seus argumentos.

Em conclusão requereu que o Auto de Infração seja julgado Parcialmente Procedente, com a homologação dos valores já recolhidos, a realização de diligência, pugnando, ao final, pela realização de sustentação oral quando do julgamento do processo.

Os autuantes apresentaram a Informação Fiscal de fls. 88 a 96, onde inicialmente apresentaram uma síntese dos fatos e, em seguida, passaram a contestar os argumentos defensivos.

Assim é que, em relação ao item “a” da Defesa, que trata da decadência do direito do fisco constituir crédito tributário referente as Notas Fiscais de nº 49360 e de nº 8827, em razão de ter decorrido o prazo de cinco anos da data da ocorrência dos fatos geradores até a data de lavratura do Auto de Infração, conforme previsto no Art. 150, §4º, do CTN, Auditores Fiscais, reconhecem a procedência da alegação defensiva e excluíram as referidas Notas Fiscais do levantamento original, que perfaziam o valor de R\$238,61 de diferença de DIFAL a Recolher, e apresentaram, em consequência, um novo DEMONSTRATIVO RESUMO DAS DIFERENÇAS DO DIFAL A RECOLHER (Docs. 01 a 05 desta Informação Fiscal), perfazendo o valor nominal de R\$111.190,91.

No que diz respeito ao item “b” da Defesa, onde o autuado alegou que ocorreu a inobservância ao Convenio ICMS 88/91, recepcionado pela legislação baiana, quanto aos lançamentos efetuados sobre as mercadorias indicadas nas Notas Fiscais nº 354338, 354235 e 353529, vez que se tratam de Notas de Remessa, e sobre as quais não deverá recair a cobrança de imposto, pontuarem que entendem que o mesmo é devido, em razão do quanto expresso pelo Convênio ICMS 88/91, Cláusula primeira, Inc. I, e do RICMS/BA, Art. 265, Inc. XXX, alínea a, ao disporem que a isenção está condicionada ao retorno dos vasilhames “ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular”, conforme dispositivos transcritos abaixo:

CONVÊNIO ICMS 88/91

Cláusula primeira: Ficam isentas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS:

I - a saída de vasilhames, recipientes e embalagens, inclusive sacaria, quando não cobrados do destinatário ou não computados no valor das mercadorias que acondicione e desde que devam retornar ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular;

RICMS/BA

Art. 265. São isentas do ICMS:

[...]

XXX - as saídas de vasilhames, recipientes e embalagens, inclusive sacaria (Conv. ICMS 88/91):

a) quando não cobrados do destinatário ou não computados no valor das mercadorias que acondicionarem, e desde que devam retornar ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular;

Sustentaram que em momento algum o autuado comprovou o retorno destes vasilhames ao remetente ou a outro do mesmo titular. Pontuaram, também, que no início da fiscalização, o mesmo foi intimado para apresentar as Notas Fiscais sobre as quais havia calculado e recolhido o DIFAL. Em relação as Notas Fiscais nºs 354338, 354235 e 353529, foi calculado e recolhido a DIFAL correspondente a 5% (Diferença entre as alíquotas de 12% de PE para operações interestaduais e

17% da alíquota interna da Bahia), sendo que a referida relação encontra-se gravada no CD, juntamente com esta Informação Fiscal e anexado a mesma (Doc. 06).

Disseram que os cálculos foram efetuados, porém recolhido a menos, pois não considerou a alteração na Base de Cálculo da DIFAL em vigência a partir de 01/Janeiro/2016. Posteriormente, quando apresentaram o levantamento da DIFAL, para que o autuado pudesse analisar e se pronunciar, o mesmo informou que havia calculado e pago indevidamente a DIFAL sobre estas referidas Notas Fiscais. Entretanto, não comprovou o retorno dos vasilhames para que fizesse jus isenção prevista no Convênio ICMS 88/91 (Cláusula primeira, Inc. I) e no RICMS/BA (Art. 265, Inc. XXX, alínea “a”, consideram que a alegação do autuado é improcedente.

Concluíram destacando que efetivamente o autuado reconheceu como devida parcela da Infração cujo débito principal totalizou o valor de R\$69.397,63, e efetuado o recolhimento, com os benefícios conferidos pelo art. 45 da Lei nº 7.014/96, e fez prova do recolhimento apresentando os devidos comprovantes (DAE e pagamento bancário) às fls. 59 e 60 do PAF, e como o NOVO DEMONSTRATIVO RESUMO DAS DIFERENÇAS DO DIFAL A RECOLHER (Docs. 01 a 05 da Informação Fiscal), perfaz o valor nominal de R\$111.190,91, deste valor retira-se R\$69.397,63 que é o valor nominal reconhecido e pago pelo autuado, remanescendo, portanto, o débito tributário de R\$41.793,28 (valor nominal) a ser pago.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Drª Talita Lima Amaro, OAB/CE nº 15.284, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

Não houve por parte do autuado qualquer questionamento em relação aos aspectos formais do lançamento, e desta maneira, considerando que as normas estabelecidas pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, se encontram atendidas, adentro ao exame do seu mérito.

Antes, porém, existe uma preliminar a ser enfrentada referente a arguição de decadência parcial do lançamento, referente às ocorrências verificadas no mês de setembro/2014, que, ao entendimento do autuado, já teria ocorrido a decadência do direito do Fisco de realizar lançamento tributário de ofício, considerando a fluência do prazo de cinco anos, desde a data de ocorrência dos fatos geradores (09/09/2014 e 26/09/2014), até a data da lavratura do Auto de Infração em 30/09/2019.

Do exame levado a efeito nas peças constantes destes autos, verifico que o autuado foi notificado do lançamento em 04/10/2019, sendo este o marco a ser considerado para efeito da contagem ou fixação do prazo decadencial.

Apesar da autuação indicar que a exigência está recaindo sobre falta de pagamento do imposto a título de diferença entre alíquotas, em operações interestaduais decorrentes de aquisições de materiais para uso ou consumo ou Ativo Fixo, em verdade, o que se vê na planilha de apuração do débito constante à fl. 10, que o que de fato se está exigindo é pagamento a menos da difal.

Portanto, nesta ótica, se verifica sem qualquer dificuldade, que o contribuinte declarou o fato jurídico, apurou e recolheu o imposto que entendeu ser o devido, entretanto, em momento posterior o Fisco constatou que houve recolhimento a menos daquele imposto. Logo, se trata de uma situação interpretativa por parte do sujeito passivo, onde não ocorreu dolo, fraude ou simulação, sendo o imposto pago na forma considerada como correta pelo sujeito passivo.

Nesta ótica, interpreto tal como os autuantes, que se trata de uma situação onde deve ser aplicada a norma estabelecida pelo Art. 150, § 4º do CTN, e nesta condição, por se tratar de um imposto por homologação, o Fisco teria, em relação aos fatos geradores ocorridos no mês de setembro/2014, até o final do mês de setembro/2019, para realizar o lançamento, levando em consideração a fluência do prazo de 05 (cinco) anos da data da ocorrência dos fatos geradores.

Na situação presente, como o lançamento só se perfectibilizou em 04 de outubro de 2019, já havia ultrapassado o prazo de cinco anos para que o Estado efetuasse o lançamento para efeito de

exigência de crédito tributário, razão pela qual, acolho o argumento defensivo e considero decaído o direito da Fazenda Estadual em lançar crédito tributário em relação as datas anteriores a 04 de outubro de 2014. Desta forma, acolho o argumento defensivo para excluir do lançamento o valor de R\$238,61, referente ao mês de setembro/2014.

O segundo argumento defensivo, foi no sentido de que não reconhece os lançamentos efetuados sobre as mercadorias indicadas nas Notas Fiscais nºs 354338, 354235 e 353529, referentes ao mês de janeiro de 2016, nos valores respectivos de imposto reclamado na ordem de R\$16.561,44, R\$12.615,92 e R\$12.615,92, por se referirem a notas de remessas de mercadorias, sobre as quais não deveria recair a cobrança do imposto.

Para embasar seu argumento, o autuado se valeu do disposto no inciso I da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 88/91, o qual foi recepcionado pela legislação baiana através do art. 265, XXX do RICMS/BA, que trata de saídas de vasilhames, recipientes, embalagens e sacarias, que, quando não cobradas do destinatário, são operações isentas do ICMS, afirmando ser esta a situação em tela, visto que as operações com vasilhames que não integram o valor das mercadorias, são consideradas isentas.

Este argumento foi rechaçado pelos autuantes, que sustentaram que o imposto é devido, em razão do quanto exatamente expresso pelo Convênio ICMS 88/91, Cláusula primeira, Inc. I, e do RICMS/BA, Art. 265, Inc. XXX, alínea a, ao disporem que a isenção está condicionada ao retorno dos vasilhames *“ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular”*, condição esta não satisfeita pelo autuado.

Realmente, não assiste razão ao autuado em seu argumento. Isto porque, da análise levada a efeito nas notas fiscais acima citadas, constantes às fls. 79 a 83 dos autos, constatei que apesar de indicarem como natureza da operação remessa de vasilhames, se tratam de operações tendo como natureza *“à vista”*, remetidas *“para consumidor final”*, portanto, não atende ao disposto no Convênio 88/91 e Art. 265 do RICMS/BA, que condicionam a isenção quando as operações não forem cobradas do destinatário ou não computados no valor das mercadorias que acondicione, e desde que devam retornar ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular, o que não foi o caso.

Isto posto, não acolho o argumento defensivo e mantenho a exigência tributária em relação as mencionadas notas fiscais.

Em conclusão, acolho o resultado apresentado pelos autuantes nas novas planilhas de débito apensadas aos autos, quando da Informação Fiscal, e voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$111.190,91, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206960.0016/19-4**, lavrado contra **NACIONAL GÁS BUTANO DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$111.190,91**, acrescido da multa de 60%, com previsão no Art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR