

A. I. Nº - 298922.0013/17-9
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS
AUTUANTE - LUCIANA MATHIAS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 18. 05. 2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0051-01/18

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. Autuado alegou a existência de equívocos no levantamento levado a efeito pela Fiscalização. A própria autuante na Informação Fiscal reconheceu assistir razão ao impugnante e acatou os valores constantes da planilha apresentada na peça defensiva. A autuante não acatou, acertadamente, a pretensão defensiva de compensação do valor passível de pedido de restituição, haja vista a indispensabilidade de verificação de existência de efetivo indébito pela autoridade fazendária competente, nos termos estabelecidos pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/09/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total histórico de R\$70.024,61, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto*. Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2016.

Consta adicionalmente na descrição da conduta infracional imputada ao autuado que: *Contribuinte recolheu a menor ICMS Diferencial de Alíquotas em função da inobservância ao disposto no art. 17, inciso XI e parágrafo 6º da Lei 7.014/96, c/c parágrafo 1º da Cláusula segunda do Convênio ICMS 93/2015, que regulamentou a EC 87/15, nas aquisições de bens de uso/consumo e ativo imobilizado. O contribuinte deixou de incluir o imposto na própria base de cálculo ao apurar o ICMS Diferencial de Alíquotas no exercício de 2016, conforme evidenciado no Demonstrativo de Débito – Anexos 1, 2 e 3. Infringido também o art. 4º, inciso XV, da Lei 7014/96, c/c art. 305, parágrafo 4º, inciso III, alínea “a” e “b” do RICMS/BA, publicado pelo Decreto 13780/2012.*

O autuado apresentou defesa (fls. 17 a 21). Destaca que em 21/09/2015, foi publicada a Lei Estadual nº 13.373/2015, com efeitos a partir de 01/01/2016, alterando a metodologia de cálculo do ICMS/DIFAL, onde o montante do imposto passou a integrar a sua própria base, ou seja, cálculo por dentro.

Consigna que com base nessa legislação, verificou os valores de ICMS/DIFAL que efetivamente recolhera no ano de 2016, sendo que desta verificação concluiu-se que o Auto de Infração merece ser impugnado parcialmente, tendo em vista o cometimento de diversos equívocos na apuração do montante devido.

Reporta-se sobre a alíquota incorreta. Diz que para obtenção do valor líquido de ICMS no momento da exclusão da alíquota interestadual, em alguns lançamentos foi considerada a alíquota de 4%, em virtude da aplicação da Resolução do Senado nº 13/2012 pelo fornecedor, aplicável no caso de bens ou mercadorias importados do exterior ou com conteúdo de importação superior a 40%, quando a correta seria a destacada no documento fiscal, isto é, 7% ou 12%.

Alega que no mesmo ponto, foi considerada a alíquota efetiva de 7%, quando o correto seria aplicar a redução na base de cálculo, de forma que a carga tributária seja de 5,14%, em virtude dos bens estarem enquadrados no Convênio ICMS nº 52/91.

Afirma ainda que foi considerada a alíquota de 4% ou 7%, quando o correto seria aplicar a alíquota do Simples Nacional, a qual o fornecedor esteve sujeito na competência do faturamento, conforme Anexos da Lei Complementar nº 123/06 e item 12 “Perguntas e Respostas – DIFAL” extraído do site da SEFAZ/BA que anexou.

Reporta-se sobre a base de cálculo incorreta. Alega que para obtenção da base de cálculo do ICMS/DIFAL, no momento da inclusão do imposto que representa a alíquota interna efetiva, em alguns lançamentos foi considerada a alíquota de 17% ou 18%, quando o correto seria aplicar a redução na base de cálculo, de forma que a carga tributária seja de 8,80%, em virtude dos bens estarem enquadrados no Convênio ICMS nº 52/91.

Reporta-se sobre a substituição tributária na NF-e nº 000016617-1. Consigna que a autuante apontou como devido o ICMS/DIFAL sobre a NF-e 000016617-1, contudo, conforme consta no referido documento fiscal, o imposto foi retido e recolhido pelo fornecedor em virtude da substituição tributária do ICMS, inclusive DIFAL, constante no Convênio ICMS nº 85/93.

Alega que devido ao fato de o fornecedor não ter considerado o valor do ICMS/DIFAL na sua própria base de cálculo, ocasionando um recolhimento a menos, caberá ao estabelecimento destinatário realizar o recolhimento complementar do imposto no valor de R\$ 28,10, consoante a cláusula 10ª do Convênio ICMS nº 81/93 c/c art. 6º, inc. XV da Lei Estadual/BA nº 7.014/96.

Reporta-se sobre divergência em relação ao valor efetivamente pago. Afirma que foram identificadas algumas diferenças entre os valores apontados pela autuante como pagos e os que foram efetivamente recolhidos pela empresa, sendo estes valores constantes da escrita fiscal, disponível para verificação pela própria SEFAZ/BA.

Reporta-se sobre o valor efetivamente devido. Alega que com o levantamento mensal e total do ICMS/DIFAL pendente de recolhimento, quando comparados os valores efetivamente recolhidos pela empresa e os valores de ICMS/DIFAL devidos, apura-se o débito efetivamente existente que é de apenas R\$65.553,36, sendo que também há R\$1.896,05 passíveis de repetição de indébito, resultando num saldo devedor de somente R\$63.657,31. Neste sentido, apresenta planilha.

Conclusivamente, diz que existe manifesto excesso de cobrança por parte da autuação, devendo-se julgar improcedente o Auto de Infração em face dos valores impugnados.

Finaliza a peça defensiva requerendo a improcedência da autuação no tocante aos valores impugnados, uma vez que não houve qualquer descumprimento da legislação tributária.

A autuante prestou Informação Fiscal (fls. 36/37). Inicialmente, esclarece que o impugnante reconheceu parte do débito exigido no presente Auto de Infração, no valor histórico de R\$ 65.553,36. Enfatiza que os equívocos alegados pelo impugnante foram pontuais, fruto da impossibilidade de se analisar nota por nota do Auto de Infração, a fim de verificar possíveis reduções de base de cálculo, benefícios oriundos de convênios ou remessas efetuadas por contribuinte do Simples Nacional. Diz que não houve qualquer tipo de dolo ou má-fé no sentido de prejudicar o contribuinte, tanto que realizou o reconhecimento preliminarmente, ao tempo em que invoca o CONSEF a julgar pela procedência parcial o Auto de Infração em lide.

Ressalta que o ocorrido não acarreta a nulidade do lançamento, consoante o disposto no art. 18, § 1º, do RPAF-BA, aprovado pelo Decreto 7.629/99, cuja redação reproduz.

Salienta que desse modo após o refazimento dos cálculos com a dedução dos valores de ICMS da nota fiscal de origem, além da correção de algumas alíquotas reduzidas nos casos de bens ou mercadorias importadas do exterior, cuja alíquota aplicada foi de 4%, chegou aos mesmos valores constantes na planilha apresentada pelo impugnante. Ratifica o inteiro teor da referida planilha, portanto, corroborando com o valor de R\$65.553,36, reconhecido pelo impugnante.

Ressalta, no entanto, que a compensação sugerida pelo impugnante entre o valor total apurado de R\$65.553,36 e o valor de R\$1.896,05, supostamente passível de repetição de indébito, não pode ser efetivado da forma requerida. Observa que para obtenção do valor pago a mais, o impugnante deve formalizar pedido de restituição, nos termos do art. 74 e seguintes do RPAF/BA, sujeito à análise do setor competente da SEFAZ/BA.

Diz que o impugnante alega que o Auto de Infração apresenta diversos vícios na apuração do crédito tributário, destacando de forma apartada os equívocos apontados, subdividindo-os em tópicos, no caso: alíquota incorreta; base de cálculo incorreta; substituição tributária na NF-E 000016617-1; divergência com o valor efetivamente pago; valor efetivamente devido.

No que tange à alíquota incorreta, registra que esta alegação defensiva foi objeto de análise e retificação, tendo acatado os valores corrigidos na planilha de débito apresentada pelo autuado.

Esclarece que tal verificação somente poderia ser feita após a análise individualizada de cada nota fiscal, o que se torna impossível no curso de uma fiscalização vertical, abrangendo todo um exercício. Assinala que as alíquotas são inseridas na planilha de débito de acordo com a unidade da federação de origem do bem adquirido, não sendo factível analisar nota a nota as reduções de alíquotas adotadas. Explica que para evitar tal situação, encaminhou a planilha de débito ao setor competente da empresa para análise preliminar antes da lavratura do Auto de Infração, não obtendo resposta em tempo hábil. Diz que somente na peça defensiva é que pode verificar as operações contempladas com redução de alíquotas, as quais foram devidamente analisadas e reiteradas na planilha de débito encaminhada pela empresa.

Quanto à base de cálculo incorreta, esclarece que também já foi objeto de retificação.

Relativamente à substituição tributária na NF-E 000016617-1, esclarece que também acatou a alegação defensiva quanto a este tópico.

No respeitante à divergência com o valor efetivamente pago, consigna que neste ponto discorda inteiramente da alegação defensiva. Isto porque, segundo diz, os valores apurados pela fiscalização como pagos pelo autuado são exatamente os mesmos apontados pelo impugnante em sua planilha apresentada na peça defensiva. Salaria que desse modo não identificou a divergência de valores conforme alegado pelo impugnante.

No que concerne ao valor efetivamente devido, observa que o impugnante reconheceu o valor de R\$ 65.553,36, além de R\$1.896,05 como passível de repetição de indébito.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência parcial do Auto de Infração, com redução do valor histórico exigido para R\$65.553,36, conforme planilha de débito anexada pelo impugnante e reiterada pela Fiscalização.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal, se manifestou (fls. 43/44). Diz que embora não tenha reconhecido o item da defesa em que houve apontamento de diferenças entre os valores apontados como pagos pela autuante e os que foram efetivamente recolhidos pela empresa, a autuante acatou as impugnações defensivas no tocante aos demais tópicos.

Observa que diante disso, a autuante chegou ao mesmo valor efetivamente devido, no total de R\$65.553,36, restando, dessa forma, evidenciada a tese defensiva de excesso de cobrança no Auto de Infração, sendo o débito menor do que aquele exposto na autuação.

Salienta que a única ressalva é quanto ao valor de R\$1.896,05, passível de repetição de indébito. Ressalta que “embora os autuantes não tenham admitido a *forma* requerida, não desconstituíram o valor exposto pela autuada em sua planilha de apuração do referido valor.”

Salienta que na hipótese de o contribuinte dar início a um PAF mediante um pedido de restituição, o art. 73, § 1º, do RPAF determina uma compensação, ao dispor que: *Caso o contribuinte possua débito constituído em caráter definitivo no âmbito administrativo, a importância a ser restituída será utilizada para quitação da dívida.*

Assevera que uma questão de simetria normativa, se constatado o direito à restituição do indébito no âmbito de um PAF de cobrança, nada impede que seja reconhecido o direito do contribuinte e operada a compensação, tendo em vista que a defesa administrativa preenche os requisitos do art. 74 do RPAF.

Finaliza dizendo que existe manifesto excesso de cobrança na autuação, devendo-se julgar improcedente o Auto de Infração em face dos valores impugnados na defesa, tendo-se provado que o débito é de apenas R\$65.553,36, sendo que há R\$1.896,05 passíveis de repetição de indébito, resultando num saldo devedor de somente R\$63.657,31.

A autuante cientificada da Manifestação do impugnante, se pronunciou (fl. 48). Diz que o impugnante se manifestou sem adição de fatos novos, reiterando o pedido de compensação entre o valor reconhecido de R\$65.553,36 e o valor supostamente passível de repetição de indébito de R\$1.896,05.

Salienta que, mesmo tendo sido expostas as razões da impossibilidade de compensação de valores em sede de julgamento administrativo, o impugnante insiste no seu objetivo e requer a improcedência do Auto de Infração.

Reitera em todos os seus termos a Informação Fiscal prestada às folhas 36/37 e opina pela procedência parcial do Auto de Infração, com redução do valor histórico exigido para R\$ 65.553,36, conforme planilha de débito anexada pelo impugnante, que ratificou.

VOTO

Observo que o impugnante alega a existência de equívocos no levantamento levado a efeito pela Fiscalização, decorrentes, em síntese, dos seguintes fatos: alíquota incorreta; base de cálculo incorreta; substituição tributária na NF-e nº 000016617-1; divergência com o valor efetivamente pago; valor efetivamente devido.

Em face dos equívocos apontados, após os ajustes e correções que realizou, o impugnante reconheceu como devido o valor de R\$65.553,36, do valor total histórico do ICMS de R\$70.024,61, originariamente apontado no Auto de Infração.

Entretanto, o impugnante sustenta que o saldo devedor efetivo é de R\$63.657,31, por entender que o valor de R\$1.896,05, passível de repetição de indébito, deve ser compensado com o valor de R\$65.553,36, resultando no valor a recolher de R\$63.657,31 ($R\$65.553,36 - R\$1.896,05 = R\$63.657,31$).

Verifico também que na Informação Fiscal a autuante reconheceu assistir razão ao impugnante no tocante aos equívocos apontados, porém, discordou quanto ao valor efetivamente pago. A autuante contesta a alegação defensiva quanto a este tópico. Afirma que os valores apurados na fiscalização como recolhidos pelo autuado são exatamente os mesmos apontados pelo impugnante em sua planilha apresentada na peça defensiva, portanto, não identificando a divergência de valores conforme alegado pelo impugnante.

No que concerne ao valor efetivamente devido, a autuante discorda da compensação sugerida pelo impugnante entre o valor total apurado de R\$65.553,36 e o valor de R\$1.896,05, supostamente passível de repetição de indébito. Sustenta que para obtenção do valor pago a mais, o contribuinte deve formalizar pedido de restituição, nos termos do art. 74 e seguintes do RPAF/BA, sujeito à análise do setor competente da SEFAZ/BA.

No tocante aos valores efetivamente recolhidos, coaduno com o entendimento da autuante. Efetivamente, não vislumbro qualquer divergência entre os valores apurados no levantamento levado a efeito pela autuante como recolhidos pelo autuado e os valores apontados pelo impugnante em sua planilha apresentada na peça defensiva.

Do mesmo modo, coaduno com o entendimento da autuante no que tange ao valor efetivamente devido. Isto porque, a pretensão defensiva de compensação do valor passível de pedido de restituição não pode ser acolhida, haja vista a necessidade de verificação de existência do efetivo

indébito pela autoridade fazendária competente, nos termos estabelecidos pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99.

Ademais, nos termos do art. 75, I do RPAF/BA/99, a restituição do indébito será feita mediante autorização do uso de crédito fiscal, tratando-se de devolução de ICMS a contribuinte do imposto, sendo que o inciso III do mesmo artigo estabelece que a restituição será feita mediante Certificado de Crédito, quando se tratar de contribuinte com débito constituído em caráter definitivo no âmbito administrativo, até o valor necessário à quitação da dívida. Por certo que não é este o caso do Auto de Infração em tela.

Diante disso, a infração é parcialmente subsistente no valor de ICMS devido de R\$65.553,36.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

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 **298922.0013/17-9**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$65.553,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR