

A.I. Nº - 269352.0012/22-3
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS
AUTUANTES - MARCO AURÉLIO PAUL CRUZ, ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO
e JOSÉ ELMANO TAVARES LINS
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 05/04/2023

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0060-06/23-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇAS ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNAS E AS INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÕES DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. Falta de especificidade da impugnação. É proibida a contestação genérica, isto é, por negação geral, o que equivale à ausência de defesa, sendo ônus processual do defendente impugnar um a um os fatos articulados na inicial, sob pena de serem reputados verdadeiros aqueles afirmados pelo Fisco. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado no dia 03/10/2022 para formalizar a constituição de crédito tributário no valor histórico de R\$ 281.911,42, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96, sob a acusação do cometimento da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 006.002.001: Falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de materiais de uso e consumo (01, 02, 03, 07 e 08/2021).

O contribuinte ingressa com defesa às fls. 14 a 17. Aduz a tempestividade da peça, sintetiza a imputação e alega “a improcedência quase total do Auto de Infração”.

Segundo afirma, com o advento da Lei 13.373/2015, de 21/09/2015, o art. 17, XII da Lei 7.014/96 foi modificado para inserir IPI, frete e demais despesas na base de cálculo da DIFAL, o que foi devidamente observado pelo estabelecimento fiscalizado e desconsiderado pelos auditores. Em relação a tais operações, há exigência de tributo já pago, o que acarreta a improcedência do lançamento de ofício.

Além disso, assegura que há Notas Fiscais relacionadas a fornecedores optantes do Simples Nacional, localizados no Sul, Sudeste, Nordeste e Centro Oeste, em que a Fiscalização deixou de computar a alíquota interestadual de 7% ou 12% no cálculo do imposto. Isso deveria ter sido feito, ainda que os respectivos DANFES não contivessem o destaque dos percentuais mencionados.

Diversas Notas Fiscais fazem jus à redução de base de cálculo de que trata o Convênio ICMS 52/91 (máquinas, equipamentos e aparelhos industriais).

Há documentos de transferências interestaduais entre estabelecimentos de mesma titularidade de materiais de uso e consumo, sem tributação, de acordo com a Súmula nº 166 do STJ e Decisão do STF em sede da ADC nº 49.

Em outras situações, houve dispensa da tributação na origem, hipóteses em que a Petrobras, no ato da apuração tributária, efetuou o recolhimento da DIFAL equivalente a 6% (18% - 12%), 11% (18% - 7%) ou 14% (18% - 4%), a depender da natureza da operação.

Não identifica nenhum número de documento fiscal relativo às argumentações acima expendidas. À fl. 17, colaciona um quadro comparativo entre o tributo devido e o autuado no exercício de 2020, muito embora os períodos fiscalizados tenham sido 01, 02, 03, 07 e 08/2021.

Reconhece a procedência de uma parcela do valor lançado e pede deferimento.

Na Informação Fiscal, de fls. 30 a 32, um dos autuantes assinala que a DIFAL é calculada nota a nota, mas apurada e recolhida juntamente com o imposto “normal” de cada mês.

No que diz respeito às operações com fornecedores optantes do Simples Nacional, pode-se observar nos demonstrativos analíticos, na coluna AK (“VlIcmsAud”), que foi utilizado o percentual de 4,7905% a título de “crédito para abatimento no cálculo do DIFAL”, inclusive relativamente aos documentos nos quais não havia destaque de tributo. Tal metodologia beneficiou o sujeito passivo, porque o art. 17, § 6º da Lei 7.014/96 determina que se deve subtrair o valor do imposto destacado na nota.

Com a ausência da informação da alíquota na nota fiscal, foi considerada nos cálculos a alíquota máxima de tributo para o indigitado regime tributário, conforme o Anexo 1 da Lei Complementar 123/06.

Foram consideradas na apuração as entradas que faziam jus ao benefício do Convênio ICMS 52/91, ao contrário do que alegou o defendente, o que pode ser observado na coluna AN (“CargaTribInterna”) das planilhas analíticas.

Nos demais casos em que não houve destaque de imposto no documento fiscal de entrada, inclusive nas transferências, o art. 17, § 6º da Lei 7.014/96 desautoriza a aplicação de qualquer percentual como crédito em favor do auditado.

Mantém a autuação.

Detalhes de pagamento do PAF juntados à fl. 40.

VOTO

Cuidam os presentes autos processuais de Auto de Infração lavrado sob a acusação da falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de materiais de uso e consumo.

O sujeito passivo, na sua defesa, alegou o seguinte:

- 1) O Fisco não observou os recolhimentos efetuados de IPI, frete e demais despesas na base de cálculo da DIFAL.
- 2) Existência de Notas Fiscais relacionadas a fornecedores optantes do Simples Nacional, localizados no Sul, Sudeste, Nordeste e Centro Oeste, em que a Fiscalização deixou de computar a alíquota interestadual de 7% ou 12% no cálculo do imposto. A seu ver, isso deveria ter sido feito, ainda que os respectivos DANFES não contivessem o destaque dos percentuais mencionados.
- 3) Diversas notas fazem jus à redução de base de cálculo de que trata o Convênio ICMS 52/91 (máquinas, equipamentos e aparelhos industriais).
- 4) Há documentos de transferências interestaduais entre estabelecimentos de mesma titularidade de materiais de uso e consumo, sem tributação, de acordo com a Súmula nº 166 do STJ.
- 5) Há operações em que ocorreu dispensa da tributação na origem, hipóteses nas quais a Petrobras, no ato da apuração tributária, efetuou o recolhimento da DIFAL equivalente a 6% (18% - 12%), 11% (18% - 7%) ou 14% (18% - 4%), a depender da natureza da transação.

Ocorre que o defendente não citou de forma específica sequer uma operação referente às alusões acima discriminadas, inclusive no que diz respeito à presença de transferências interestaduais nos levantamentos, o que reclama a aplicação das normas contidas nos artigos 140 a 143 do RPAF/99.

“Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Segundo o princípio do ônus da impugnação específica, é proibida a contestação genérica, isto é, por negação geral, o que equivale à ausência de defesa, sendo ônus processual do réu impugnar um a um os fatos articulados na petição inicial, sob pena de serem reputados verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (TRT 8ª R., RO 5919/2003, 3ª T., Rel. Juiz Walmir Oliveira da Costa, J. 17.11.2003).

É no mesmo sentido o ensinamento da melhor doutrina:

“Se o réu cumprir o ônus de defender-se, nem assim se despojou de todos os ônus que a lei considera ligados ao exercício do direito de defesa.

Tem o réu, também, o ônus de, na contestação, manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, pois, do contrário, presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados: a lei processual denomina essa imposição feita ao réu, de 'ônus da impugnação especificada dos fatos' (Cód. Proc. Civ., art. 302, e parágrafo único).

Desatendido o referido ônus, presumem-se verdadeiros os fatos aduzidos pela autora na petição inicial, daí resultando o seguinte: a) independem de provas os fatos 'admitidos, no processo, como incontroversos' (art. 334, nº III); b) se o réu não impugnar o fato constitutivo do pedido do autor, tal fato será tido como verdadeiro, ficando para o réu o ônus de provar a 'existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor' (art. 333, nº II), e, conseqüentemente, o ônus de aduzir tais fatos” (José Frederico Marques, Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1974, v. 2, p. 72-73).

E no mesmo sentido é a jurisprudência:

“(…) esclareça-se que a necessidade de prova dos fatos constitutivos do direito do autor cede lugar à presunção de veracidade quando a reclamada não se manifesta precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, a teor do art. 302, caput, do CPC, que estabelece o ônus da impugnação especificada dos fatos” (TST, RR 489488, 5ª T., Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJU 02.05.2003).

No que diz respeito às operações com fornecedores optantes do Simples Nacional, pode-se observar nos demonstrativos analíticos (constantes do arquivo denominado “PETROBRAS_0236_DifalConsumo_ListaNotas_2021.xls”, do CD de fl. 10), na coluna AK (“VIIcmsAud”), que foi utilizado o percentual de 4,7905% a título de “crédito para abatimento no cálculo do DIFAL”, inclusive relativamente aos documentos nos quais não havia destaque de tributo. Tal metodologia beneficiou o sujeito passivo, porque o art. 17, § 6º da Lei 7.014/96 determina que se deve subtrair o valor do imposto destacado na nota.

Com a ausência da informação da alíquota na nota fiscal, foi considerada nos cálculos a alíquota máxima de tributo para o indigitado regime tributário, conforme o Anexo I da Lei Complementar 123/06.

Restaram devidamente computadas na apuração as entradas que faziam jus ao benefício do Convênio ICMS 52/91, ao contrário do que alegou o defendente, o que pode ser observado na coluna AN (“CargaTribInterna”) das planilhas analíticas (constantes do arquivo denominado “PETROBRAS_0236_DifalConsumo_ListaNotas_2021.xls”, do CD de fl. 10).

Nos demais casos em que não houve destaque de imposto nos documentos de entrada, inclusive nas transferências, que, de fato, constam do arquivo denominado

“PETROBRAS_0236_DifalConsumo_ListaNotas_2021.xls”, do CD de fl. 10, o art. 17, § 6º da Lei 7.014/96 desautoriza a aplicação de qualquer percentual como crédito em favor do auditado.

Veja-se que, apesar disso, por exemplo, na transferência designada na linha 02 do referido arquivo digital (demonstrativo analítico), cujo remetente tem o CNPJ 33.000.167/0004-54, de mesma raiz do estabelecimento autuado, foi considerada a alíquota de entrada de 12%. No caso de adoção do entendimento esposado na Súmula nº 166 do STJ, a alíquota de entrada seria reduzida para zero, resultando em maior imposto a ser exigido do contribuinte.

Infração caracterizada.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a homologação dos valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269352.0012/22-3**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 281.911,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais, com a homologação dos valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2023

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

VALTERCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR