

PROCESSO	- A. I. N° 269095.0001/12-5
RECORRENTE	- PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2 <sup>a</sup> CJF n° 0093-12/15
ORIGEM	- IFEP SERVIÇOS
INTERNET	- 28/10/2015

## 1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0258-11/15

**EMENTA:** ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração da Decisão de Câmara de Julgamento Fiscal, que reformou o mérito a da Primeira Instância, a existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento. Atendidos os pressupostos para a admissibilidade do recurso. Não acolhidas as arguições de mérito. Mantida a Decisão recorrida. Pedido **CONHECIDO** e **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto contra a Decisão proferida pela 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal, que proveu em parte os Recursos de Ofício (infrações 1, 2, 3, 4, 5 e 10) e Voluntário (infrações 1, 2, 3, 4, 5) contra a Decisão da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lançado pelo cometimento de 10 infrações:

*Infração 01 - Falta de pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens do “ativo fixo” (há um adendo informando que se trata de falta de pagamento de “ICMS Difal” sobre aquisição de ativo imobilizado e material de uso e consumo), sendo lançado tributo no valor de R\$ 74.312,01, com multa de 60%;*

*Infração 2 - Falta de pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens do “ativo fixo” (há um adendo informando que se trata de falta de pagamento de “ICMS Difal” sobre aquisição de ativo imobilizado e material de uso e consumo), sendo lançado tributo no valor de R\$ 132.966,89, com multa de 60%;*

*Infração 3 - Falta de pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens do “ativo fixo” (há um adendo informando que se trata de falta de pagamento de “ICMS Difal” sobre aquisição de ativo imobilizado e material de uso e consumo), sendo lançado tributo no valor de R\$ 4.113,19, com multa de 60%;*

*Infração 4 - Falta de recolhimento de ICMS em razão de remessa de bens para reparo, sem o devido retorno, sendo lançado tributo no valor de R\$ 17,24, com multa de 60%;*

*Infração 5 - Falta de recolhimento de ICMS em razão de remessa de bens para reparo, sem o devido retorno, sendo lançado tributo no valor de R\$ 1.105,00, com multa de 60%;*

*Infração 6 - Falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação [entradas de mercadorias relativas a operações tributáveis pelo ICMS], sendo por isso aplicada a multa de R\$ 132.527,33, equivalente a 10% das entradas não registradas;*

*Infração 7 - Falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis [entradas de mercadorias relativas a operações não tributáveis pelo ICMS], sendo por isso aplicada a multa de R\$ 1.448,85, equivalente a 1% das entradas não registradas;*

*Infração 8 - Falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação [entradas de mercadorias relativas a operações tributáveis pelo ICMS], sendo por isso aplicada a multa de R\$ 5.710,54, equivalente a 10% das entradas não registradas;*

*Infração 9 - Falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis [entradas de mercadorias relativas a operações não tributáveis pelo ICMS], sendo por isso aplicada a multa de R\$ 503,89, equivalente a 1% das entradas não registradas;*

*Infração 10 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado – Nota Fiscal emitida pelo próprio contribuinte com a descrição “Recuperação de crédito”, sem discriminar a que operação ou aquisição está relacionada –, sendo*

*glosado crédito no valor de R\$ 46.362,76, com multa de 150%.*

A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa, por unanimidade de votos, da seguinte forma:

**VOTO**

*No que diz respeito à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões ventiladas na peça de defesa, o auditor fiscal e os julgadores de primeira instância expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram as infrações, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados e cálculos, assim como apontando o embasamento jurídico, que se mostra claro e compreensível.*

*Não foi identificada violação ao princípio da busca da verdade material, do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º, Decreto 7.629/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação e no Recurso.*

*Tomo como fundamento o art. 147, I, “a” do Decreto 7.629/1999 (RPAF/BA) para concluir que todos os elementos aptos a formar a convicção dos membros deste órgão estão presentes no processo.*

*Passo ao julgamento do Recurso de Ofício, decorrente da desoneração verificada no julgamento de origem das infrações 1 a 3 e 5 a 10.*

*As três primeiras imputações, segundo as descrições dos fatos, dizem respeito à falta de recolhimento das diferenças de alíquotas nas aquisições de ativo imobilizado e material de uso e consumo.*

*Com relação à infração 1, uma vez constatadas nos levantamentos iniciais operações sujeitas à substituição tributária, com fase de tributação encerrada, bem como outras com a redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/1991, a autoridade autuante refez o lançamento, reduzindo o imposto de R\$ 74.312,01 para R\$ 1.745,20.*

*O relator da instância de base, ao analisar o documento de fl. 426, notou a existência no campo denominado “Dados Adicionais” de expressão dizendo tratar-se de material que deixou de seguir com a Nota Fiscal nº 3.272, pelo que concluiu que a cobrança caracterizava “bis in idem”.*

*Entretanto, não se sabe se o citado material foi consignado no primeiro documento (3.272) e deixou de seguir ou não foi registrado, deixando igualmente de seguir.*

*Não há nos autos a prova de que a mercadoria designada no DANFE de fl. 426 (número 5.202), também o foi no de número 3.272, efetivamente relacionado no demonstrativo de fl. 18. Por isso, tenho como incorreta a dedução de R\$ 32,33 no valor da revisão de fls. 369/370 e 491/492, a qual perfaz a cifra de R\$ 1.745,20 e não deve ser alterada.*

*O recorrido, no que se refere à infração 2, demonstrou que as Notas Fiscais nos 474.130, 12.026, 8.601 e 537 foram escrituradas, e que as de números 17, 45 e 151 foram canceladas pelo fornecedor. Também provou que a Nota Fiscal nº 177.303 se refere a uma operação de arrendamento mercantil, com o que concordou o auditor em sede de diligência determinada pelo órgão julgador, refazendo o levantamento e reduzindo o gravame de R\$ 132.966,78 para R\$ 122.749,84 (fl. 494).*

*Restou igualmente comprovado que a nota fiscal 186, do fornecedor ABB, foi cancelada, conforme consta do Registro de Saídas do mesmo (fls. 312 e 436). Em substituição à referida nota cancelada foi emitida outra, de número 187 (fls. 312, 436 e 438), com os mesmos dados da cancelada e no mesmo valor (R\$ 1.195.606,02), de acordo com a cópia do Registro de Saídas do fornecedor. A diferença de alíquotas foi recolhida com base na nota 187, que substituiu a 186 (fl. 439).*

*Assim, de forma acertada, no item 2 do lançamento de ofício foi ajustado o demonstrativo de fls. 493/494, com relação a setembro de 2010, cuja parcela, nos dizeres do i. relator da JJF, ficou “zerada”, remanescendo a quantia de R\$ 3.132,96. No que diz respeito à terceira infração, o próprio auditor, acertadamente, reconheceu que o imposto da Nota Fiscal nº 30.013 foi pago, motivo pelo qual elaborou revisão à fl. 494, reduzindo o montante para R\$ 4.096,19.*

*Na infração 5, a acusação é de falta de recolhimento em decorrência de remessas de bens para reparo sem o devido retorno. O autuado carreou provas aos autos (retorno dos itens indicados nos documentos 37, 40, 41 e 113, através dos documentos 21.353, 21.414 e 24) e o autuante, com razão, à fl. 373, modificou o imposto de R\$ 1.105,00 para R\$ 85,00.*

*Quanto à sexta imputação, relativa à falta de registro de entradas tributáveis, foram efetuadas duas revisões, a última - de fl. 495 - alterando a multa para R\$ 123.431,30, tendo em vista o cancelamento das notas 17, 45 e 51. Todavia, também restou demonstrado o cancelamento da nota 186, do fornecedor ABB, objeto das apreciações acima expostas, relativas à segunda infração. Desse modo, na revisão de fl. 495 foi deduzido o valor de setembro de 2010, permanecendo a multa de R\$ 3.614,34.*

*Cuida o item 7 da falta de registro na escrita de entradas não tributáveis. O fiscal autuante, atendendo à diligência determinada pela JJF, analisou os documentos apresentados pelo recorrido e refez o lançamento, reduzindo o valor da multa de R\$ 1.448,85 para R\$ 1.223,68, com o adequado reconhecimento de que as Notas Fiscais nos 895 e 177.303 foram escrituradas.*

*Atendendo às duas diligências, ao tratar da infração 8 (falta de registro de entradas tributáveis), o auditor constatou, às fls. 352, 354 e 355, a procedência das alegações defensivas atinentes às notas 620, 621 e 622, emitidas contra outra sociedade empresária (FAFEN ENERGIA S/A, Inscrição Estadual 62.438.109).*

*A nona infração também acusa o sujeito passivo de não ter registrado na escrita entradas não tributáveis. Às fls. 380 e 496, a autoridade fiscalizadora reconheceu ter lançado nos demonstrativos algumas notas escrituradas e outras referentes a sociedades empresárias distintas do autuado, situação que restou comprovada às fls. 357 a 362 e 450/451.*

*A JJF declarou corretamente a improcedência do item 10 do Auto de Infração (utilização indevida de crédito, por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado; nota Fiscal emitida pelo próprio contribuinte com a descrição “Recuperação de crédito”, sem discriminá-la que operação ou aquisição estava relacionada), pois a sociedade fiscalizada, às fls. 466 a 475, demonstrou a origem do referido direito (de crédito), o que, aliás, atestou o autuante à fl. 499, afirmando que “os valores do imposto informado nas notas fiscais anexadas são equivalentes àqueles que ensejaram a autuação”. Recurso de Ofício parcialmente provido (infração 1).*

*Quanto ao apelo voluntário e ao julgamento originário das duas primeiras imputações, cumpre destacar que a Súmula nº 166 do STJ não é vinculante, além de ser anterior à Lei Complementar (LC) nº 87/1996, à qual a Constituição Federal delegou poderes para dispor genericamente sobre o gravame em tela.*

*A referida LC é chamada de Lei Nacional do ICMS e estatui normas gerais de incidência, não incidência, contribuintes, substituição tributária, local da operação, momento da ocorrência do fato gerador, base de cálculo, compensação etc.*

*O mencionado Diploma dispôs, em seu art. 13, § 4º, sobre critérios de determinação da base para o cálculo dos créditos nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, pelo que não se pode concluir que tais operações estejam fora do campo de incidência do ICMS.*

*No mesmo sentido aponta a segunda parte do inciso I do art. 12 da Lei Complementar, ao informar que ocorre o fato gerador no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular.*

*Já é pacífico neste Conselho de Fazenda o entendimento de que as notas capturadas no CFAMT são suficientes para comprovar a ocorrência dos fatos em enfoque (internamento no Estado e respectiva entrada no adquirente). Ademais, os trabalhos cujas notas físicas não restaram colacionadas ao processo foram realizados com base na escrita do sujeito passivo e nos documentos fiscais eletrônicos, devidamente anexados. Aliás, como bem disse o autuante, apesar de as NF-e terem sido levantadas através de sistema de informática próprio, o mesmo não foi o CFAMT. Ao longo da instrução processual foram anexados os DANFEs, a escrituração e as próprias NF-e, conforme, por exemplo, os documentos de fls. 131 a 216 e 441 a 476.*

*Afirmou o relator da instância de origem que, “somente no caso do item 9º foi que não foram anexadas cópias das Notas, uma vez que ele, fiscal, também não teve acesso às Notas, haja vista que a relação dos documentos foi conseguida cruzando-se os dados de Sintegra informados pelos fornecedores e os do Sintegra do autuado, tendo resultado em apenas 9 Notas que não haviam sido escrituradas”.*

*Entretanto, tal vício procedural não ocorreu apenas na infração 9 (fl. 30), como também nas imputações 3 (fl. 23) e 8 (fl. 29), o que também pode ser atestado nas descrições fáticas de fls. 4 e 6. Observe-se que a autoridade fiscal cometeu erro no campo destinado ao relato do ilícito número 9, pois copiou o texto do décimo, informando, equivocadamente, decorrer de uma só nota fiscal, número 25, quando na verdade as supostas ocorrências são relativas variadas datas.*

*Muito bem, nesses específicos casos, em que não há comprovantes irrefutáveis da mudança de titularidade dos bens, como canhotos assinados pelos destinatários, conhecimentos de transporte, extratos de pagamento etc., as operações não restaram demonstradas nos termos exigidos no art. 333, I do CPC.*

*“Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito...”.*

*Voto pela nulidade das infrações 3, 8 e 9. Relativamente às acusações 4 e 5 (remessas de bens para reparo sem o devido retorno), consoante o levantamento de fl. 24, as Notas Fiscais nos 21, 114 e 7 (únicas remanescentes após a informação de fls. 364 a 386) foram emitidas, respectivamente, nos dias 28/12/2009, 25/11/2010 e 14/04/2009.*

*Segundo o recorrente, o auditor e a JJF reconheceram que os Documentos nos 59.160, 8.837 e 110.423, consignados no livro de Entradas de fls. 442 e 444 e emitidos nos dias 03/05/2012, 27/04/2012 e 05/06/2012, comprovaram os retornos nos prazos legais, mas não acataram as pretensões defensivas porque foram escriturados a destempo no citado livro.*

*Não lhe assiste razão, pois a Nota Fiscal nº 110.423 não comprova o retorno em tempo (180 dias) das mercadorias designadas na de número 7. Veja-se que foi emitida no dia 05/06/2012, mais de três anos após a saída, ocorrida em 14/04/2009 (coluna "DATA DO DOCUMENTO" de fl. 444). Idêntica a situação dos documentos 59.160 e 8.837, emitidos (não apenas escriturados) em 03/05/2012 e 27/04/2012 (fl. 442).*

*Recurso Voluntário parcialmente provido, com a declaração de nulidade das infrações 3, 8 e 9. Modificada a Decisão recorrida.*

*Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL dos Recursos de Ofício e Voluntário. Assim, o montante do débito do Auto de Infração fica na seguinte configuração:*

*(inserir tabela)*

**VOTO DIVERGENTE (Infrações 1, 2 e 3 - Recurso Voluntário)**

*Peço venia para divergir do voto do n. Relator em relação às transferências de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo Contribuinte, açambarcadas pelo que remanesce das infrações 1, 2 e 3.*

*A matéria aqui tratada, em verdade está longe de ter entendimento, pacífico neste colegiado, em que pese o volume bastante considerável de Decisão emanadas do STJ ao longo dos anos, e mais recentemente pelas decisões emanadas do STF, ai entendido que nessas últimas, por certo, questões de ordem constitucionais foram apreciadas, pois, além de não serem passíveis de incidência do ICMS as operações de mera transferência, o STF também estabeleceu o mesmo entendimento para as mercadorias que tenham sido objeto de transformação.*

*Nessa senda, com fundamento na Súmula nº 166 do STJ, bem como nas decisões reiteradas do STJ e agora do STF, trago à colação trecho de votos da minha lavra em diversos processos em que a mesma matéria é amesma aqui tratada, como segue:*

1.(...) Dispõe a Súmula nº 166 desta Corte que "não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte". O acórdão recorrido está em harmonia com a orientação firmada na jurisprudência deste Tribunal, valendo destacar o trecho em que se evidencia que "a saída de energia elétrica do estabelecimento produtor (usina de São Simão) para o distribuidor (Cemig) não configura operação de circulação de mercadoria, em sentido técnico jurídico, pois se trata de simples deslocamento físico de mercadoria, não ocorrendo, de consequência, operação mercantil".

Tem-se que a mera saída física da mercadoria do estabelecimento produtor para o estabelecimento distribuidor não é hipótese de incidência do ICMS, cujo fato gerador pressupõe a circulação econômica do bem, razão pela qual não pode ser computada para o cálculo do valor adicionado de participação do Município na arrecadação da exação pelo Estado Membro [...]. II. A configuração da hipótese de incidência do ICMS reclama a ocorrência de ato de mercancia, vale dizer, a venda da mercadoria [...], fato que, segundo o suporte fático delineado no acórdão recorrido, não ocorre no caso concreto [...]. (AgRg no REsp 933890/GO. Rel.: Min. Francisco Falcão. 1ª Turma. DJ 3.9.2007)

2.(...) A jurisprudência cristalizada no âmbito do STJ é no sentido de que "não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte" (Súmula 166), restando assente, em diversos julgados, a irrelevância dos estabelecimentos situarem-se em Estados distintos [...]. 4. In casu, os autos retratam hipótese de transferência interestadual de bens do ativo fixo e de materiais de uso e consumo da filial da empresa, situada no Estado do Rio de Janeiro, para sua sede localizada na Zona Franca de Manaus (saída da filial e entrada na matriz), fato que refoge à regramatriz de incidência do ICMS, razão pela qual não merece prosperar a pretensão recursal fazendária, no particular [...]. (REsp 772891/RJ. Rel.: Min. Luiz Fux. 1ª Turma. DJ 26.4.2007)

3.(...) O fato imponível do ICMS só se completa com a transferência de titularidade da mercadoria, o que não aconteceu no caso concreto. Aplica-se ao caso o entendimento deste Tribunal Superior consolidado na Súmula nº 166 [...]. (AgRg no REsp 847125/AM. Rel.: Min. Francisco Falcão. 1ª Turma. DJ 26.10.2006)

4.(...) O simples deslocamento da mercadoria pelo seu proprietário, sem implicar circulação econômica ou jurídica, não legitima a incidência do ICM [...] (REsp 9933/SP. Rel.: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. 2ª Turma. DJ 26.10.1992)

5.(...) O simples deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para outro, do mesmo contribuinte, sem tipificar ato de mercancia, não legitima a incidência do ICM [...]. (REsp 32203/RJ. Rel.: Min. Milton Luiz Pereira. 1ª Turma. DJ 27.3.1995)

6.(...) O deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro não configura circulação econômica, em ordem a ensejar imposição tributária relativa ao ICMS. Para que incida o ICM é necessária a prática de negócio jurídico mercantil [...]. (REsp 36060/MG. Rel.: Min. Humberto Gomes de Barros. 1ª Turma. DJ 5.9.1994)

*Muito recentemente, derredor da matéria em apreço, o Tribunal de Justiça da Bahia, nos autos da Apelação nº 0323677-51.2012.8.05.001, na mesma trilha e com os mesmos fundamentos emprestados às decisões do Superior*

*Tribunal de Justiça e às decisões já proferidas por este Conselheiro julgador, à unanimidade, assim decidiu:*

**EMENTA: PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA. SÚMULA 166 DO STJ.**

1. *O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato imponível é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade.* 2. *“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”* (Súmula 166 do STJ). 3. *Recurso conhecido e, no mérito, desprovido.*

*Já o Supremo Tribunal Federal, também recentemente, assim decidiu, por unanimidade, sobre a matéria:*

**AG. REG. 756.636 RIO GRANDE DO SUL**

**RELATOR :MIN. DIAS TOFFOLI**

**EMENTA**

*Agravo regimental no Recurso extraordinário com agravo. Alegada ofensa ao art. 97 da CF/88. Inovação recursal. Preambulatório implícito. Inadmissibilidade. Tributário. ICMS. Deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular. Inexistência de fato gerador.*

1. *Não se admite, no agravo regimental, a inovação de fundamentos.*

2. *O Supremo Tribunal Federal entende ser insubstancial a tese do chamado prequestionamento implícito.*

3. *A Corte tem-se posicionado no sentido de que o mero deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos comerciais do mesmo titular não caracteriza fato gerador do ICMS, ainda que estejam localizados em diferentes unidades federativas. Precedentes.*

4. *Agravo regimental não provido.*

**AG. REG. 765.486 SANTA CATARINA RELATOR :MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

**EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE BEM ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE. AGREGAÇÃO DE VALOR À MERCADORIA OU SUA TRANSFORMAÇÃO. AUSÊNCIA DE EFETIVA TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR DO TRIBUTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

*I – A mera saída física do bem para outro estabelecimento do mesmo titular, quando ausente efetiva transferência de sua titularidade, não configura operação de circulação sujeita à incidência do ICMS, ainda que ocorra agregação de valor à mercadoria ou sua transformação.*

*II – Agravo regimental a que se nega provimento.*

*Restando clara a inteligência de que transferências entre estabelecimentos de uma mesma empresa não caracteriza fato gerador do ICMS, pois, trata-se de mero deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, conclui-se que não resta configurada, portanto, operação de circulação de mercadoria, em sentido técnico jurídico, fato que afasta a possibilidade de manutenção da exigência fiscal em apreço, o que encontra perfeito alinhamento com as decisões acima transcritas.*

*Nesses termos, relativamente às infrações cuja exigência fiscal remanesce em parte, e que envolvem as ditas transferências, entendo que devem ser afastadas, pois, são absolutamente improcedentes.*

*Em assim sendo, voto no sentido de julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE o apelo recursal.*

Inconformado com a Decisão, o Autuado interpôs Pedido de Reconsideração, fls. 639 a 656, em face da Decisão da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal.

Após tratar da tempestividade do recurso, adentra ao exame dos requisitos de conhecimento estabelecidos no art. 169, I, alínea ‘d’ do RPAF.

Diz que o Pedido de reconsideração é cabível quando a CJF tenha reformado no mérito, a decisão de primeira instância em processo administrativo fiscal, desde que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciado nas fases anteriores de julgamento.

Assegura que a 2<sup>a</sup> CJF, quando do seu julgamento do Recurso de Ofício, “baseou sua conclusão na ausência de prova quanto aos fatos alegados pelo contribuinte”, mas que a Petrobras protestou pela produção de prova pericial contábil e técnica, por entender fundamental para afastar o crédito fiscal, “pois diversas imputações de irregularidade baseavam-se em notas de

*terceiros, ou em simples movimentações do SINTEGRA sem que, no entanto, os documentos a ela correlatos estivessem nos autos”.*

Afiança que nem a JJF e nem tampouco a CJF analisaram o pedido de perícia técnica, embora o Relator tenha lançado dúvidas quanto ao conteúdo dos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte, concluindo pela carência de provas, sem que aquele tivesse se manifestado sobre o pedido de provas efetuado pela parte.

Alega assim que não houve manifestação dos órgãos julgadores quanto à matéria de direito (produção de provas) alegada pela Petrobras em sua defesa.

Ressalta, ainda, que embora possível o indeferimento da prova requerida pelo contribuinte, o art. 147, inciso II, § 2º, alínea "a" do Decreto nº 7.2629/99 impõe seja tal negativa consignada na ata da sessão em que o mesmo for declarado, o que não foi feito.

Em seguida, apresenta uma síntese da controvérsia arguindo os mesmos fundamentos do Recurso Voluntário, já narrados no relatório do julgamento da 2º CJF, através do Acórdão CJF nº 0093-12/15.

Ao final de seu arrazoado, abre novo tópico sobre a necessidade de provas, alegando que desde o ingresso de sua impugnação pleiteou a produção de prova pericial contábil, pois “*diversas infrações a ela atribuídas baseavam-se em informações de sistemas próprios da fazenda, cujo acesso não lhe foi concedido*”.

Outrossim, mesmo quando apresentou documentação que entendeu hábil para afastar o crédito fiscal, como no caso da apresentação da Nota Fiscal nº 5202, seguida da explicação de se tratar do envio de mercadoria que, embora discriminada em nota anterior, não havia sido encaminhada anteriormente, teve sua pretensão afastada por esta corte, justamente na alegação de ausência de prova.

Observar que o art. 147 e 148 do RPAF corroboram tal direito, determinando que as provas requeridas só poderão ser indeferidas após decisão devidamente justificada pelo órgão julgador, colocando que, no caso em comento, contudo, “*além de não analisar a pretensão probatória do contribuinte, a Câmara ainda restaurou crédito outrora afastado pela junta, sob o argumento da ausência de provas*”.

Neste quadro, assegura que fora violado o direito de produção da prova pericial a ser efetuada antes de que se adote alguma decisão sobre o fundo da questão.

Ademais, diz que restou desrespeitado o ônus da prova, sob o argumento de que “*apresentado os documentos fiscais que davam conta da saída da mercadoria, competia ao órgão fazendário comprovar que a defesa sustentada pelo contribuinte não se deu de fato (...) não só não fez tal prova, como, sustentando-se na dúvida que levantou, reformou a decisão da junta que afastava o crédito impugnado*”.

Colaciona lição do professor Marco Aurélio Greco em socorro de sua tese, para então concluir que a 2ª CJF, ao não manifestar-se acerca do pedido de prova pericial contábil e não demonstrar a invalidade do documento do contribuinte, violou à lei estadual e ao princípio da verdade material, o que impõe a sua reforma.

Por fim, reitera todo o aduzido em impugnação, e requer o recebimento e provimento do presente Pedido de Reconsideração, para acolher os argumentos acima indicados e reformar a decisão recorrida, a fim de também julgar insubstinentes as Infrações nº 1 (parcial) 2, 3, 4 e 5, e manter a improcedência da Infração nº 10.

Em termos, os autos foram a PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fls. 663 a 665, a n. Procuradora Maria José Coelho Lins de A. Sento-Sé, seguidamente a um breve histórico dos fatos e motivos recursais, considera presentes os requisitos de admissibilidade capazes de provocar o conhecimento do recurso, em que pese a 2ª CJF ter rejeitado o pedido de diligência com base no artigo 147, I, 'a', assegura que não existe “*pronunciamento expresso quanto ao pedido de produção de perícia contábil técnica, razão pela*

*qual o recurso deverá ser conhecido”.*

Coloca que a inconformidade da autuada é relativa ao equívoco da CJF em restabelecer a Nota Fiscal nº 5202 (infração 1), constante no lançamento original e que este deverá ser enfrentada em sede do Pedido de Reconsideração.

Diz que a decisão proferida pela CJF restaura a infração 1, no que se refere a Nota Fiscal nº 5202 “*porquanto não consta nos autos a coprovação de que a mercadoria indicada no DANFE, à fl. 426*”, também foi acobertada na Nota Fiscal de nº 3.372, elencado no demonstrativo, à fl. 18.

Fala que comunga do entendimento da decisão da CJF ao restabelecer o lançamento original, desconsiderando a cobrança em duplicidade, “*uma vez que tomou como fundamento as provas materiais constantes nos autos*”. Pontua também que o Sujeito Passivo não carreou aos autos prova capaz de demonstrar a coincidência entre os documentos fiscais.

Coloca que trilha o mesmo entendimento de que o requerimento para realização de perícia técnica deverá ser rejeitado, “*em face dos elementos probatórios constantes nos autos revelarem-se suficientes à formação da convicção dos julgadores e a prova do fato gerador não demandar de conhecimento técnico, em consonância com os termos do art. 147, I e II, alínea ‘a’*” do RPAF/99.

Ao final de seu Parecer, a preclara Procuradora opina pelo conhecimento e não provimento do Pedido de Reconsideração.

## VOTO

Temos sob análise Pedido de Reconsideração em face da decisão da 2ª CJF, exarada através do Acórdão CJF nº 0097-01/14 que deu provimento aos Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra a decisão da 1ª JJF, sob o Acórdão JJF 0097-01/14, que também julgou parcialmente procedente o presente Auto de Infração.

Primeiramente, faço a análise dos pressupostos de admissibilidade do recurso ora manejado.

O artigo 169, inciso I, alínea “d”, do RPAF/99 estabelece dois requisitos ou pressupostos de admissibilidade do Pedido de Reconsideração, quais sejam:

1. que a Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal tenha reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal;
2. que o pedido de reconsideração verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Pois bem. Quanto ao aspecto sobre a reforma do mérito, vejo que realmente houve mudança do conteúdo decisório pela Câmara de julgamento quanto a infração 1, no que tange a cobrança da Nota Fiscal nº 5202, sendo assim presente o primeiro requisito, referente a reforma de mérito.

Já no que pesa ao segundo requisito, pela análise dos votos anteriormente proferidos, corroboro com o entendimento da n. Representante da PGE/PROFIS de que só houve manifestação expressa quanto ao pedido de diligência, que fora rechaçada pelo n. Relator “*ad quem*”, quando da apreciação das questões preliminares, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/BA-99.

Realmente não foi expressamente indeferido o pedido de perícia fiscal, pois não foi mencionado qualquer das alíneas do inciso II do mesmo artigo 147 do citado diploma legal, que trata especificadamente sobre este instituto.

Assim, o recurso resta conhecido.

Passo a análise do mérito recursal.

O cerne da inconformidade é a falta de apreciação por parte da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal quanto ao afastamento da perícia solicitada. Com dito, a CJF só menciona, no acórdão prolatado, o inciso I do art. 147, que versa sobre o indeferimento do pedido de diligência,

Para um melhor entendimento deste julgamento, cabe trazer à baila o citado dispositivo legal, *in*

*verbis:*

*Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:*

*I- de diligência, quando:*

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;*

*II- de perícia fiscal, quando:*

- a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;*
- b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;*
- c) a verificação for impraticável.*

Portanto, verificada a falta de apreciação quanto ao pedido de perícia fiscal elaborado pelo Contribuinte, vejo que o deslinde da questão passa pela aplicação ou não do seu inciso II.

Compulsando os autos, vejo que também não é necessária a perícia fiscal solicitada por força do quanto disposto no inciso II, alíneas ‘a’ e ‘b’ do art. 147 do RPAF/BA, ou seja, as provas apreciadas para resolução do mérito das questões enfrentadas no acórdão de primeiro grau, especialmente no que tange a Nota Fiscal nº 5202, não dependiam de conhecimento especial de técnicos para sua valoração, bem como se faz desnecessária, em vista da simplicidade da questão de prova enfrentada na infração 1 e em face das outras provas produzidas no processo, a realização de tal perícia para o deslinde do feito.

No mérito das infrações, entendo que andou bem a CJF, tanto na valoração das provas, quanto no julgamento das questões de direito, mostrando-se desnecessária a realização da diligência ou da perícia fiscal.

Portanto, pelo tudo acima exposto e consoante posicionamento da PGE/PROFIS, entendo que diligência e perícia fiscal devem ser indeferidas.

Ex positis, voto pelo CONHECIMENTO e NÃO PROVIMENTO do Pedido de Reconsideração, para indeferir a diligência fiscal pleiteada e, no mérito, manter inalterada a decisão da 2ª CJF no Acórdão nº 0093.12/15.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **CONHECER** e **NÃO PROVER** o Pedido de Reconsideração apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269095.0001/12-5**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.980,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$4.838,02**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal citado, com os demais acréscimos moratórios, conforme disciplina da Lei nº 9.837/2005, devendo ser homologada a quantia já paga.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS