

**A. I. Nº** - 210603.1007/13-5  
**AUTUADO** - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.  
**AUTUANTE** - SIBENON MUNDURUCA DE ALMEIDA  
**ORIGEM** - IFMT NORTE  
**INTERNET** - 24.07.2013

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0137-02/13**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA NO LANÇAMENTO. Existência de desencontros e equívocos nas informações prestadas nos autos pelo autuante, inexistindo elementos suficientes para caracterizar a autuação, acarretando incerteza na caracterização da infração imputada. É nulo o procedimento que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração e o infrator. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 10/01/2013, exige o ICMS no valor de R\$9.339,60, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária parcial ou total, conforme o caso, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, referente ao DANFE nº 2.157 emitido em 09.01.2013, (fl. 07), correspondente a 34.400 litros de etanol hidratado conforme Termo de Ocorrência Fiscal nº 210603.0003/13-6 (fls. 04/05).

O autuado na defesa apresentada (fls.20/25), afirma que o auto de infração não merece subsistir, uma vez que não houve qualquer infração à legislação tributária por parte da empresa conforme diz será demonstrado.

Afirma que ao contrário da acusação fiscal não realizou operações tributáveis pelo ICMS, pois não realizou circulação de mercadorias. Diz que o fisco estadual tenta cobrar ICMS de meras transferências de estoque entre as filiais da Impugnante, portanto o lançamento merece ser cancelado.

Frisa que a operação que realizou foi uma simples transferência de mercadorias do seu estabelecimento situado no estado de Sergipe e aquele situado no estado da Bahia, como comprova a nota fiscal apensada ao PAF.

Sustenta que a circulação de mercadoria tributável pelo ICMS é a circulação jurídica e não a física, interessa a saída em razão da venda e que implica necessariamente, na transferência de propriedade do bem, sendo este elemento que compõe a hipótese de incidência tributária do ICMS. Sobre o tema transcreve a Súmula nº 166 do STJ.

Informa que esse tipo de autuação já foi levada ao poder Judiciário do Estado da Bahia, através do Mandado de Segurança nº 0001754-76.2011.805.0001, oportunidade em que aquele Poder ratificou o entendimento de “não incidência do ICMS na operação de transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa”, conforme acórdão que anexa fls.29/33.

Menciona que também o Tribunal de Justiça de Sergipe já proferiu decisão liminar em Mandado de Segurança interposto pela impugnante, em razão de situações idênticas a presente, portanto, tanto a remetente quanto a destinatária das mercadorias estavam sob medida liminar que proibia este tipo de autuação, de forma que este auto de infração viola decisão judicial.

Observa que caso esse Colegiado venha a entender que o ICMS deve incidir sobre a operação de transferência deve ser observado que a fiscalização não considerou os créditos tributários aos quais a empresa faz jus. Lembra ainda, que sendo a operação interestadual, transferência para filial da Bahia, a alíquota que deve incidir sobre o valor da operação é o da alíquota interestadual – 12% e ainda ser abatido os valores do tributo cobrado nas operações antecedentes, de forma que o débito ficaria zerado. Requer a improcedência do auto de infração.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 54/55. Diz que o autuado no ato da ação fiscal encontrava-se em situação de irregularidade cadastral (descredenciado), no Sistema de Controle de Mercadorias em Trânsito da Sefaz-BA, portanto, não se beneficiando de qualquer instrumento regular, ensejando a aplicabilidade do fato gerador e consequente cobrança do ICMS devido, antecipadamente, com agregação da Pauta Fiscal da COTEPE sobre etanol hidratado combustível.

Rebate argumentos defensivos dizendo ser notório e explícito no RICMS/BA a obrigatoriedade da antecipação tributária total, após a alteração da Lei 7014/96, artigo 8º, inciso III, que em 14/12/2012 modificou a sujeição passiva por substituição nas operações com Álcool (Etanol) Hidratado Combustível, atribuindo a responsabilidade pela retenção do imposto ao remetente, nos termos da cláusula primeira do Convênio 110/07, daí a caracterização de irregularidade formalizada pelo descredenciamento da empresa destinatária.

A respeito da solicitação pelo defendente do crédito oriundo do Estado de origem, esclarece que está inserido no demonstrativo de débito, na folha nº 06 deste PAF. Opina pela procedência da autuação.

## VOTO

O Auto de Infração em lide refere-se à lançamento tributário sob a acusação de que o autuado, deixou de apresentar o comprovante de pagamento do ICMS por antecipação tributária parcial ou total, conforme o caso, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, referentes ao DANFE nº 2.157 emitido em 09.01.2013 (fl. 07), correspondente a 34.400 litros de etanol hidratado conforme Termo de Ocorrência Fiscal nº 210603.0003/13-6 (fls. 04/05).

Depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato as seguintes irregularidades:

- a) o autuante não deixa claro o que está sendo cobrado do autuado, se o ICMS substituição tributária ou antecipação parcial, pois nem mesmo o demonstrativo de débito elucida esta questão, visto que na apuração da base de cálculo não foi incluída a Margem de Valor Agregado-MVA;
- b) a infração foi enquadrada na alínea “g”, inciso III do art. 332 do RICMS/2012, que trata da responsabilidade por substituição tributária com encerramento da fase de tributação, e ao mesmo tempo, no art. 12-A, § 6º da Lei 7014/96 que trata da antecipação parcial, que não encerra a fase de tributação e cuja responsabilidade pelo recolhimento é do adquirente das mercadorias.
- c) o Termo de Ocorrência Fiscal fls. 04/05, lavrado como prova do ilícito fiscal, registra como detentor e fiel depositário da mercadoria apreendida, a empresa transportadora, entretanto o auto de infração foi lavrado contra pessoa jurídica diversa, a empresa Petróleo do Valle Ltda., emitente da nota fiscal, estabelecida no estado de Sergipe.

Pelo que consta dos autos, a autuação contém vícios que afetam a sua eficácia, considerando o desencontro e equívocos das informações já mencionadas neste voto. Inexistem elementos suficientes para caracterizar a autuação, sendo inviável o saneamento, acarretando incerteza para caracterizar a infração imputada, o que implica nulidade absoluta do ato, que deverá ser decretada, por iniciativa do próprio julgador, independentemente de provocação da parte interessada, consoante determina o artigo 20 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, transcrito abaixo:

*“Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.”*

Vale ressaltar, que é nulo o procedimento que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração e o infrator, conforme art.18, IV, “a” do RPAF/99. Assim, concluo que é nula a autuação fiscal, devido às mencionadas falhas insanáveis.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210603.1007/13-5**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de julho de 2013.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR