

**A. I. Nº** - 210603.1008/13-1  
**AUTUADO** - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.  
**AUTUANTE** - SIBENON MUNDURUCA DE ALMEIDA  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/METRO  
**INTERNET** 16.08.2013

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACORDÃO JJF Nº 0165-04/13**

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ADMINISTRATIVO FISCAL. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL PELO SUJEITO PASSIVO. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia à faculdade de discutir a lide na esfera administrativa ou a desistência da impugnação, nos termos do art. 117 do RPAF/99. Defesa do Auto de Infração **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 10/01/2013, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 7.965,81, acrescido de multa de 60%, em decorrência de falta de recolhimento do imposto referente à antecipação tributária, parcial ou total, antes da entrada no território deste estado, de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou sem destinatário certo. Consta na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que foi detectada a seguinte irregularidade: falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial/total antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado. Danfe nº 2.155, de 09/01/2013, chave de acesso nº 2813010443415000059855000000021551581658038. Aut. 3281300002499975 09/01/2013 16:57:26, com 29340 litros de Etanol Hidratado, NCM/SH 22072010, Transportadora APS Transportes Ltda, Placa veiculo J LH3043 e carreta KDG 9683/BA, e demais documentos anexos.

O autuado apresenta defesa (fls. 18 a 23). Pede a nulidade da autuação sob o pressuposto de que não houve qualquer infração à legislação tributária, uma vez que a operação praticada pela impugnante não possui caráter comercial, o que não é hipótese de incidência do ICMS, pois o que ocorreu foi simples operação de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da própria impugnante (do estabelecimento de Sergipe para o situado no estado da Bahia), como comprovam as notas fiscais de transferência fiscalizadas.

Aduz que a circulação de mercadoria tributável pelo ICMS é a circulação jurídica, e não simplesmente física, e que não houve no presente caso a transferência de titularidade. Além do mais, a mercadoria não foi posta no comércio, mas ocorreu o simples envio de um estabelecimento para outro (transferência) da própria impugnante.

Traz a Súmula 166 do STJ, “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.” Assim não há que se falar em infração à legislação tributária, posto que a operação em lide não se enquadra na hipótese de incidência de ICMS, logo a autuação é improcedente.

Destaca que este tipo de autuação já foi levada ao Poder Judiciário da Bahia, através do Mandado de Segurança nº 0001754-76.2011.805.0001. Oportunidade em que foi ratificado o entendimento de “não incidência de ICMS na operação de transferência de mercadoria entre estabelecimentos de uma mesma empresa”. Concedida a liminar. Informa que o mesmo entendimento foi manifestado pelo Tribunal de Sergipe, em razão de situação idêntica. Disto depreende que tanto a remetente quanto a destinatária das mercadorias, ambas representando estabelecimentos da mesma empresa, estavam sob liminar que proibia este tipo de autuação, de forma que o Auto ora impugnado viola decisão judicial.

Assevera também que a fiscalização não considerou os créditos fiscais a que o autuado faz jus.

Há de se observar que caso a transferência entre estabelecimentos da impugnante seja considerado tributável, por se tratar de operação interestadual (transferência para a filial da Bahia), a alíquota deve incidir sobre o valor da operação é de 12%. Pede a improcedência da autuação.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 52/53, e aduz que é notório e explicitado no RICMS a obrigatoriedade da antecipação tributária total, após a alteração da Lei nº 7.014/96, no seu artigo 8º, inciso III, em 14/12/2012, que modificou a sujeição passiva por substituição nas operações com Etanol, a responsabilidade pela retenção do imposto passou a ser do remetente, nos termos da cláusula primeira do Convênio 110/07, daí a caracterização de irregularidade formalizada pelo descredenciamento da empresa destinatária.

Quanto ao crédito, este foi concedido consoante o demonstrativo de débito, fl. 02/10 e 06/10, anexadas ao Auto de Infração.

Pede a procedência do Auto de Infração.

### VOTO

No presente Auto de Infração está sendo exigido ICMS em razão de falta de recolhimento referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, etanol hidratado, procedente do Estado de Sergipe, por contribuinte descredenciado, relativamente ao Danfe nº 2.155, de 09/01/2013, chave de acesso nº 2813010443415000059855000000021551581658038. Aut. 3281300002499975 09/01/2013 16:57:26 (fl. 07), relativo a 29340 litros de Etanol Hidratado, NCM/SH 22072010, Transportadora APS Transportes Ltda, Placa veículo J LH3043 e carreta KDG 9683/BA, e demais documentos anexos.

O sujeito passivo impetrou Mandado de Segurança – Processo nº 0001754-76.2011.8.05.0001, em que há sentença na Apelação interposta pelo Estado da Bahia, junto ao Tribunal de Justiça, anexa fls. 32 a 40, no sentido de que “Não incide ICMS na operação de transferência de mercadoria entre estabelecimentos de uma mesma empresa. Súmula 166 STJ.”

Nos termos do art. 117 do RPAF/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8.001/01, a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso interposto.

Assim, em face do art. 122, IV, do RPAF/99, está extinto o presente processo administrativo, de modo que o CONSEF deve abster-se de julgar, encaminhando-se os autos à PROFAZ para as providências cabíveis, ficando o crédito tributário com sua exigibilidade suspensa.

Voto pelo NÃO CONHECIMENTO da defesa, por se encontrar prejudicada, ficando extinto o presente processo administrativo.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa e declarar **EXTINTO** o presente processo administrativo fiscal, relativo ao Auto de Infração nº **210603.1008/13-1** lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA**, no valor de **R\$7.965,81**, devendo o mesmo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, haja vista que a matéria se encontra “sub judice”.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de julho de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR