

**A. I. N°** - 099883.0497/17-8  
**AUTUADO** - UNIK ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - DARIO PIRES DOS SANTOS  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 30.08.2018

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

##### **ACÓRDÃO JJF N° 0139-04/18**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade, entre eles a competência do agente que o praticou. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura do Auto de Infração foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal, tendo em vista tratar-se de contribuinte optante pelo regime normal de apuração do imposto e a ação fiscal não ocorreu no trânsito de mercadorias, em afronta às normas contidas na Lei 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23/08/2017 exige o valor de R\$49.361,37, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da falta de recolhimento do imposto antecipação tributária total, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previsto na legislação fiscal.

O sujeito passivo, através de advogado legalmente habilitado, apresenta defesa às fls. 20 a 22 asseverando ser improcedente a acusação pois a empresa possui crédito fiscal reconhecido judicialmente, no bojo da ação declaratória nº 0520811-52.2013.8.05.0001. Valores devido a título de ICMS que foram devidamente compensados com o crédito fiscal, sendo necessário arquivamento do processo administrativo e desconstituição do crédito tributário.

Explica que no dia 23/08/2017, a mercadoria chegou a um dos postos de fiscalização da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Ao analisar os respectivos DANFES, o agente de fiscalização identificou que supostamente não havia sido recolhido o valor devido a título de ICMS, motivo pelo qual lavrou o auto de infração em referência, cobrando débito no valor histórico total de R\$49.361,37 (quarenta e nove mil, trezentos e sessenta e um reais e trinta e sete centavos).

Diz que o agente fazendário lavrou o auto de infração, desconsiderando que a autuada possui crédito fiscal, devidamente compensado com os valores devidos a título de ICMS, em virtude de sentença judicial, transitada em julgado, que condenou o Estado da Bahia à restituição, mediante compensação com operações futuras, dos valores indevidamente recolhidos a maior (com base na IN SAT n. 4, de 27/01/2009) nos últimos cinco anos, contados do ajuizamento da ação (v. *anexas inicial da ação declaratória e sentença*).

Ressalta que conforme disposto na sentença, fora julgada procedente a demanda, para determinar ao Estado da Bahia “*que utilize como base de cálculo das operações realizadas pelas Autoras*

*com comércio de gêneros alimentícios em geral, notadamente a venda de carne, para fins de incidência do ICMS, o preço da operação do produto; condenando-o, em consequência, à restituição, mediante compensação com operações futuras, dos valores indevidamente recolhidos a maior (com base na IN SAT n. 4, de 27/01/2009) nos últimos cinco anos, contados do ajuizamento da ação, que deverão ser apurados em liquidação de sentença e devidamente corrigidos nos termos estipulados nesta decisão”.*

Assevera que diante do trânsito em julgado da sentença (v. *anexa certidão de trânsito em julgado*), a notificada requereu a liquidação da sentença, evidenciando montante a ser restituído no valor de R\$1.694.175,57 (um milhão, seiscentos e noventa e quatro mil, cento e setenta e cinco reais e cinquenta e sete centavos). Instado a se manifestar acerca dos cálculos, o Estado da Bahia manifestou concordância, motivo pelo qual, em 13/09/2016, o juiz promoveu a homologação dos cálculos, de modo que, desde a referida data a notificada começou a compensar os valores devidos a título de ICMS, com o crédito reconhecido judicialmente (v. *anexa decisão de homologação dos cálculos*).

Registra que mesmo após a decisão de homologação dos cálculos, os prepostos da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, ilegitimamente não reconhecendo o crédito fiscal, continuaram lançando créditos tributários, como o que ora se verifica, e apreendendo mercadorias, em flagrante descumprimento da decisão judicial, levando o juiz a proferir nova decisão em 10/11/2016, determinando que o Estado da Bahia “*cumpra a sentença, de forma que não crie, direta ou indiretamente óbice ao exercício do direito de compensação do crédito fiscal reconhecido judicialmente, viabilizando que a requerente proceda à compensação no limite do crédito fiscal de ICMS liquidada, com débitos de operações futuras, relativos a todos os tipos de reconhecimento de ICMS existentes no RICMS-BA, abstendo-se de adotar medidas restritivas ao exercício do direito, tais como retenção de mercadorias e cobrança ilegítima do ICMS devidamente liquidado por compensação, sob pena de descumprimento da sentença*”.

Ressalta que no que tange aos DANFEs n. 024.607; 031.789; 091.670; e 091.707, que fundamentaram a lavratura do presente Auto de Infração, verifica-se que nos respectivos DAEs consta a informação da compensação do imposto devido, com o crédito fiscal decorrente da ação judicial n. 0520811-52.2013.8.05.0001.

Acrescenta que na planilha de acompanhamento da compensação, no mês de agosto/2017, os DANFEs n. 024.607; 031.789; 091.670; e 091.707 estão devidamente registrados, e os respectivos créditos tributários computados para abatimento do crédito fiscal. Assim, resta evidente a insubsistência da presente notificação fiscal, uma vez que os débitos de ICMS decorrentes das operações realizadas foram devidamente compensados com o crédito fiscal reconhecido judicialmente, o que vem sendo comprovado mensalmente no bojo da demanda judicial.

Conclui requerendo a Improcedência do Auto de Infração extinguindo-se o processo administrativo fiscal, em virtude da integral compensação dos valores devidos a título de ICMS, com o crédito fiscal reconhecido judicialmente, nos termos da sentença proferida no bojo da ação judicial de nº 0520811-52.2013.8.05.0001.

Postula, ainda, a produção de provas pelos meios permitidos, especialmente a juntada dos documentos anexos e perícia técnica.

O autuante ao prestar a informação de fiscal à fl. 104, afirma que o Auto de Infração foi lavrado para constituir crédito tributário em aquisições de produtos de carne em outras unidades da Federação, por empresa que não possui “Regime Especial de carnes para pagamento diferenciado”, sem pagamento do ICMS antecipação tributária antes da entrada do veículo transportador neste Estado da Bahia.

Informa que a ação fiscal teve origem na Central de Operações Estaduais – COE, ordem de serviço em Mandado de Fiscalização nº 5643237000104-201786, emitido em 06 de agosto de 2017.

Diz que após análise da defesa apresentada verifica-se que a empresa obteve no Tribunal de Justiça da Bahia, em seu favor, ação judicial de compensação de créditos fiscais, e que somente tomou conhecimento no momento da defesa e que não ocorreu apreensão do veículo transportador no trânsito de mercadorias.

Pelas razões expostas pede a Improcedência do Auto de Infração, em razão da sentença transitada em julgado pelo Tribunal de Justiça da Bahia.

## VOTO

O Auto de Infração acusa a falta de recolhimento do ICMS, antecipação tributária total, em aquisição interestaduais, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito, inapto, ou que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal.

Examinando as peças processuais do de Infração, verifico a existência de vícios jurídicos intransponíveis, ligados à legalidade presente Auto do lançamento. A instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação.

Para embasar a acusação fiscal foi elaborado um demonstrativo denominado “Notas recebidas”, fl. 03, acompanhado de cópias das Notas Fiscais Eletrônicas n<sup>os</sup> 31.789, 24.607, 91.670 e 91.707, fls. 05 a 11, Mandado de Fiscalização n<sup>o</sup> 5643237000104-201786.

Da análise dos citados elementos constata-se que a exigência fiscal diz respeito a Documentos Fiscais emitidos no período compreendido entre 05 de julho a 31 de julho de 2017, portanto, não se justifica a lavratura de Auto de Infração - Trânsito de Mercadorias, com data de ocorrência em 23/08/2017, já que, de acordo com os documentos inseridos nos autos, restou comprovado que se tratam de fatos pretéritos, enquanto que a ação fiscal no trânsito de mercadorias é instantânea. Nesta situação, o preposto autuante, constatando a conduta infracional, lavra o flagrante, apreendendo ou não mercadorias e/ou documentos, e impõe a exigência fiscal em relação àquele ato que está presenciando, o que não ficou demonstrado nos autos, fato inclusive confirmado pelo autuante ao prestar a Informação Fiscal ao asseverar que: “ *A ação fiscal teve origem na Central de Operações Estaduais – COE, ordem de serviço em Mandado de Fiscalização n<sup>o</sup> 5643237000104-201786*” e que “*não ocorreu apreensão do veículo transportador no trânsito de mercadorias.*”

Assim, se faz necessário apontar na legislação tributária do Estado da Bahia, quem seria a autoridade administrativa que a norma conferiu de forma privativa a competência para realizar o lançamento tributário, já que de acordo com o extrato emitido pelo sistema INC- Informações do Contribuinte, emitido por esta SEFAZ, anexado à fl. 15 do PAF, se trata de contribuinte optante pelo regime normal de apuração do imposto.

A Lei Estadual n<sup>o</sup> 11.470/09, que alterou o Código Tributário deste Estado, determina:

*Art. 1<sup>o</sup> Os parágrafos 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup> e 3<sup>o</sup> do art. 107 da Lei n<sup>o</sup> 3.956, de 11 de dezembro de 1981, que institui o Código Tributário do Estado da Bahia, passam a vigorar com a seguinte redação:*

*§ 1<sup>o</sup> A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.*

*§ 2<sup>o</sup> Compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional. (grifo não original)*

*§ 3<sup>o</sup> Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.*

*Parágrafo único. A aplicação do disposto no caput deste artigo dar-se-á a partir de 1º de julho de 2009.*

Tais determinações foram absorvidas pelo RPAF/BA que prevê em seu art. 42, com redação em vigor a partir de 01/07/09:

*“Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais, sendo que:.*

*II- compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.*

*II- compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional”.*

Da leitura dos dispositivos legais verifica-se que a competência para fiscalização em empresas optante pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de comércio é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura do auto de infração.

Dessa forma, não obstante seja da alçada dos Agentes de Tributos Estaduais, no Estado da Bahia, a fiscalização no trânsito de mercadorias e nas empresas optantes pelo Simples Nacional, a partir da vigência da Lei 11.470/09, estando autorizados a aplicar respectivas penalidades, não detêm os mesmos competências para lavrarem Autos de Infração, em face aos contribuintes fora daqueles limites. Isto porque tal competência é exclusivamente dos Auditores Fiscais. Assim, o presente Auto de Infração não poderia ser lavrado por Agente de Tributos, por carência de competência.

Em face das irregularidades apontadas, concluo que se encontra configurada uma nulidade insanável, por inobservância do devido procedimento legal, conforme art. 18, IV, "a" do RPAF/BA, já que o ato qualificado neste caso, foi formalizado por servidor sem competência legal, consequentemente deixo de examinar as questões de mérito suscitadas pelo sujeito passivo.

Do exposto, decreto, de ofício, a NULIDADE do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **099883.0497/17-8** lavrado contra **UNIK ALIMENTOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR