

**A. I. N°** - 232155.0060/18-1  
**AUTUADO** - FRIGORÍFICO MUQUEM DO SÃO FRANCISCO LTDA.  
**AUTUANTE** - EDVALDO RAIMUNDO NOVAES  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 25/03/2019

#### **6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0004-06/19**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DE PROCEDIMENTO. Não foram observados os aspectos formais que devem revestir qualquer ato administrativo. Auto de Infração Modelo 4, específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura do Auto de Infração foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal, em afronta às normas contidas na Lei nº 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Auto de Infração **NULO**, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/05/2018, exige do autuado ICMS no valor histórico de R\$83.333,97, mais multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.09.01: “Falta de recolhimento do ICMS - Antecipação Total – de mercadoria comercializada por contribuinte submetido ao REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO E PAGAMENTO”.

Enquadramento Legal: art. 41, II e artigos 46 e 47, da Lei nº 7.014/96. Multa Aplicada: art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 30/05/18, através de Termo de Ocorrência Fiscal à fl. 03, e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 01/08/18, peça processual que se encontra anexada às fls. 26 e 27. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu procurador, o qual possui os devidos poderes, conforme Instrumento Particular de Procuração, constante nos Autos à fl. 28.

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicia fazendo um breve resumo sobre a acusação fiscal, transcrevendo, ainda, a imputação que deu origem ao Auto de Infração e o valor do crédito tributário lançado.

Na sequência esclarece que a autuação decorre da cobrança de ICMS Substituição Tributária por Antecipação sobre a compra realizada no estado do Pará, de produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino. Alega que é uma indústria, que tais produtos chegaram ao seu Frigorífico, e que em seguida foram processados. Explica que traseiros (NCM 02012020) e dianteiros (NCM 02012010) são desossados e geram cortes especiais como: colchão mole, colchão duro, alcatra, picanha, etc.; e que os miúdos congelados (NCM 02062200) são “porcionados”.

Considera que a saída interna desses produtos está dispensada do lançamento e pagamento de ICMS, conforme o RICMS-BA em seu art. 271, inciso II, combinado com o inciso I, do mesmo artigo.

Cita, ainda, o parágrafo 8º e inciso III, do art. 8º, da Lei nº 7.014/1996 dizendo que não se fará retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destina a estabelecimento industrial, para utilização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem.

Observa que antes da alteração feita pela Lei nº 12.917/2013, no inciso III, do parágrafo 8º, do art. 8º, da Lei nº 7.014/1996, havia uma consonância da norma com o instituto da Substituição Tributária.

Assevera que as mercadorias em lide, adquiridas no estado do Pará, foram utilizadas num processo industrial para completar lotes de produção, haja vista a alta do preço da arroba do boi em pé na Bahia. Entende ser inadmissível o Estado da Bahia estabelecer MVA – Margem de Valor Agregado sobre aquisição de matéria-prima.

Considera que a sutil mudança no parágrafo 8º, do art. 8º, da Lei nº 7.014/1996 foi casuística, e que a expressão “Salvo disposição em contrário prevista em regulamento” não especifica qual seria o “regulamento”.

Ao final, pede que as operações relacionadas ao Auto de Infração recebam o tratamento definido no Parecer nº 27174/2011, de 22.12.2011, em resposta à Consulta formulada por Frigamar – Frigorífico de Amargosa Ltda., I.E. nº 068 117 316, objeto de Processo Administrativo Fiscal nº 328343/2011-6 e, portanto, seja julgado como improcedente.

O autuante apresenta informação fiscal às fls. 34 e 34-verso, dizendo que de acordo com o que consta no Sistema da SEFAZ, mais precisamente nos dados cadastrais do autuado, suas Atividades Econômicas e respectivos CNAES são os seguintes:

- ATIVIDADE ECONOMICA PRINCIPAL: 1011201 - Abate de Bovinos;
- ATIVIDADE ECONÔMICAS SEGUNDARIAS: 1011203 - Abate de ovinos e caprinos; 1012103 - abate de suínos.

Dessa forma, considera que o fundamento da Impugnação não faz sentido, pois a defesa alega que a sua empresa é uma INDÚSTRIA PROCESSADORA, e que esta alegação não procede.

Ao final aduz que a impugnação não tem base legal para elidir o Auto de Infração.

## VOTO

O Auto de Infração em exame, exige ICMS do autuado sob acusação do mesmo não ter recolhido o ICMS referente à antecipação tributária total, em aquisição interestadual, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte submetido ao regime especial de fiscalização e pagamento.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que, conforme preconiza o art. 2º do RPAF, a instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo são regidos por, dentre outros princípios, o da legalidade, da verdade material e o da garantia de ampla defesa.

Do exame das peças processuais, observo a existência de vícios jurídicos intransponíveis relativos à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

No caso concreto, verifico que o Auto de Infração foi emitido no Modelo 4, próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias. Assim, a ação fiscal, em observância ao art. 28, incisos IV e IV-A do RPAF, deve ser precedida da lavratura do Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal. Verifico que, efetivamente, para legitimar a ação fiscal, o autuante acostou às fls. 03/04, o Termo de Ocorrência Fiscal. Entretanto, constato que o mesmo não se presta para fundamentar o presente procedimento.

Com efeito, o Termo acima referido, datado de 30/05/2018, documenta a ocorrência de operações relativas a Notas Fiscais Eletrônicas emitidas nos dias 07, 14 e 21/04/2018, sendo que o Auto de Infração e a ocorrência da infração são datados como 24/05/2018. Tais divergências demonstram uma situação incompatível com a fiscalização de trânsito, posto que esta é instantânea, prevalecendo como verdadeiros os fatos apurados no momento do flagrante fiscal, o que não se comprova nessa situação.

Para situação em comento, lastreada em fato pretérito, caberia à adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data de ocorrência do fato gerador, e não trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide.

Por outro lado, a empresa autuada, é constituída na condição de “Normal”, e recolhe o imposto pelo sistema de apuração CONTA CORRENTE FISCAL, conforme documento à fl. 18. Dessa forma, o

autuante na condição funcional de Agente de Tributos do quadro de funcionários da SEFAZ, não tem competência para a lavratura do Auto de Infração, com características de fiscalização de estabelecimento, conforme dispõe o inciso II, do art. 42 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

*“Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:*

*I - 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.”*

Portanto, da leitura do dispositivo legal, 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 nº 11.470/09, estando autorizados a aplicar respectivas penalidades, não detêm os mesmos, competência 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.

No desempenho de sua função, o agente fiscal, na constituição do crédito tributário, está obrigado a observar as regras de direito material, como também as regras de direito formal, que determinam como deve proceder.

Diante de tais constatações, e conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99, considero que o lançamento é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Registro, ainda, que em situações análogas à descrita, esse Conselho de Fazenda tem se posicionado no sentido de anulação do ato administrativo conforme manifestado, dentre outros, nos Acórdãos nºs JJF Nº 0093-06/16, 0223-03/16 e 0125-03/17 e Acórdão CJF nº 0037-12/17.

Assim, pelas razões apresentadas e em consonância com as decisões já prolatadas neste CONSEF, considero NULO o lançamento, e nos termos do art. 21 do RPPAF, recomendo à autoridade administrativa que analise a possibilidade de renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas e incorreções.

De tudo exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº **232155.0060/18-1**, lavrado contra **FRIGORÍFICO MUQUEM DO SÃO FRANCISCO LTDA**. Recomenda-se à autoridade administrativa, que analise a possibilidade de renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas e incorreções.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de janeiro de 2019.

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – JULGADOR

EDNA MAURA PRAT DE ARAUJO – JULGADORA