

PROCESSO - A. I. Nº 897462440/07
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ATIBAIA COMÉRCIO ATACADISTA LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 25/09/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0255-11/13

EMENTA: ICMS. REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS com base no art. 136 § 2º da LEI Nº 3.956/81 - COTEB. Termo de Apreensão de Mercadorias lavrado contra contribuinte alheio à ação fiscal. Ausência de prova da situação supostamente irregular do autuado que tornasse o documento fiscal inidôneo. Representação **CONHECIDA E ACOLHIDA**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE – PROFIS interposta com base no art. 136 § 2º da Lei nº 3.956/81 - Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, requerendo a improcedência do Auto de Infração por:

- 1. Ausência do Termo de Apreensão regularmente lavrado, e, portanto, da prova material do cometimento da infração.*
- 2. Porque o Estado da Bahia não é credor do tributo supostamente devido.*

O Auto de Infração Modelo 2 - Trânsito foi lavrado em 28/07/2007 imputando à empresa Atibaia Comércio Atacadista LTDA. o cometimento da seguinte infração: estocagem de bens ou mercadorias descoberta de documentação fiscal idônea. Há ainda a descrição do fato: documentação fiscal emitida por contribuinte em situação irregular.

Para instruir o lançamento da Fiscalização do Trânsito de Mercadorias foi anexado o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 125046, fl. 5, lavrado contra a Cooperativa Bahia Oeste, logo, empresa diversa do autuado, Atibaia Comércio Atacadista LTDA.

O Auto de Infração correu à revelia, porém antes de envio do processo para inscrição em Dívida Ativa, houve a tentativa da unidade fazendária local de corrigir a irregularidade, solicitando ao autuante a anexação do Termo de Apreensão original, "*visto que ao processo foi anexado uma xerox de um Termo que não corresponde ao autuado*", fl. 21. Em resposta a esta diligência, o autuante esclareceu que à época da lavratura havia anexado o termo original, e por tratar-se de contribuinte de outra unidade da Federação e tendo o presente Auto de Infração sido objeto de Mandado de Segurança, com concessão de liminar, teve que lavrar outro Termo de Apreensão, em nome do contribuinte estabelecido neste Estado.

Após a inscrição em Dívida Ativa, quando do controle da legalidade pela Procuradoria Fiscal - PROFIS houve mais uma tentativa de anexação ao processo do Termo de Apreensão original, em diligência dirigida à IFMT/Sul. Em resposta, foi informado da impossibilidade do cumprimento da diligência, por ter o autuante sido excluído do quadro da Secretaria da Fazenda.

Em uma nova tentativa com o objetivo de sanear o processo, a PROFIS solicitou à INFAZ de origem a anexação do histórico da situação do autuado, ou outro documento comprobatório da irregularidade de sua situação cadastral na data da ação fiscal, considerando o conteúdo da imputação feita pelo autuante, de tratar-se de documentação fiscal emitida por contribuinte em situação irregular. Em resposta foi anexada pela IFMT/Sul o comprovante de inscrição e de

situação cadastral, obtido na página da Receita Federal do Brasil, na Internet, dando conta de que o autuado encontrava-se na situação Ativa desde 03/11/2005, logo data anterior à autuação, 28/07/2007.

Por fim, a Procuradoria Fiscal representou ao CONSEF, pela improcedência do lançamento, nos termos retrocitados.

VOTO

Antes de iniciar a análise do caso, impende esclarecer que a operação objeto da autuação trata-se de remessa por conta e ordem, feita pela Cooperativa Bahia Oeste - COOBAHIA, para a empresa São Francisco Têxtil, em Petrolina, estado de Pernambuco, por ordem da Atibaia Comércio Atacadista LTDA., empresa situada em Brasília - Distrito Federal, conforme Nota Fiscal nº 1259, fl. 8.

Para corroborar este entendimento, consta do processo à fl. 12, Nota Fiscal nº 957 emitida pela Atibaia Comércio Atacadista LTDA., referente à venda de 27.000 Kg de algodão em pluma, para a São Francisco Têxtil, esclarecendo no campo de descrição do produto que a mercadoria será entregue por conta e ordem pela Cooperativa Bahia Oeste.

Analizando a Representação vê-se que a PROFIS pediu pela improcedência do lançamento com fundamento em dois aspectos: ausência do Termo de Apreensão regularmente lavrado, e, por não ser o Estado da Bahia o credor do tributo supostamente devido.

A primeira fundamentação aduzida na Representação, ausência do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos regularmente lavrado é inquestionável, pois a cópia reprográfica anexa ao processo, fl. 5, foi lavrado contra a Cooperativa Bahia Oeste, enquanto o autuado é Atibaia Comércio Atacadista Ltda. As tentativas de regularizar a situação se mostraram infrutíferas, haja vista que o autuante descuroou-se em fazê-la, alegando fatos alheios a este processo. Posteriormente, foi informado que este foi desligado dos quadros fazendários, o que frustrou qualquer tentativa de sanear o processo com sua participação.

Como é cediço, o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos tem a função de fazer prova da materialização da infração, conforme preceitua o art. 130, I da Lei nº 3.956/81.

Art. 130. O Auto de Infração far-se-á acompanhar

I- de cópia dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará;

Esta regra é repetida pelo art. 41, I do Decreto nº 7629/99- Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA. Também reforça a essencialidade deste documento a norma expressa no art. 28 IV do RPAF/BA que estabelece ser o Termo de Apreensão de Mercadorias prova material da infração.

Por fim, estabelece o § 1º do art. 31-A do RPAF/BA que Termo de Apreensão conterá a identificação, o endereço e a qualificação do sujeito passivo.

No caso presente, isto não ocorreu, além de anexado em cópia xerográfica, foi lavrado contra outro contribuinte, não servindo para materialização da prova contra o autuado.

Em relação ao outro argumento aduzido na Representação, de não ser o Estado da Bahia o sujeito ativo para cobrança do imposto, também merece acolhida.

Em verdade foi uma operação triangular, cabendo ao Estado da Bahia nesta transação, o imposto relativo à venda da empresa baiana à empresa do Distrito Federal, operação que deve ter ocorrido anteriormente, e não foi objeto deste lançamento.

Mas, em verdade, o fato que compromete o lançamento, reforçando sua improcedência, foi a falta de prova de que a empresa estava em situação irregular. Ficou comprovado nos autos que, ao menos junto a Receita Federal do Brasil esta estava regular desde 03/11/2005, data bem anterior à do lançamento, o que a legitimava para emitir notas fiscais.

Pelo exposto, e com fundamento nos argumentos acima expendidos, somos pelo CONHECIMENTO E ACOLHIMENTO da Representação da Procuradoria Fiscal, nos termos apresentados, para considerar IMPROCEDENTE a presente ação fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **CONHECER e ACOLHER** a Representação da Procuradoria Fiscal para julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **897462440/07**, lavrado contra **ATIBAIA COMÉRCIO ATACADISTA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de agosto de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE/RELATOR

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