

A. I. N° - 298938.1001/11-3
AUTUADO - ADAILTON DIAS RAMOS ALIMENTOS
AUTUANTES - CARLOS ANTÔNIO ALVES NUNES e WELLINGTON MATOS DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ SERRINHA
INTERNET - 08/08/2012

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0173-03/12

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. FALTA DE ENTREGA. MULTA. O contribuinte deve promover os meios necessários para fazer a entrega da DMA prevista na legislação, e a falta de entrega da mencionada declaração caracteriza o cometimento de irregularidade, sendo devida a multa por falta de cumprimento de obrigação acessória. Infração caracterizada. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. MULTAS. **a)** FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração caracterizada. **b)** FALTA DE APRESENTAÇÃO APÓS INTIMAÇÃO. Não ficou demonstrado nos autos que o contribuinte foi intimado para apresentar os arquivos magnéticos, conforme prevê o art. 708-B do RICMS/BA. Retificado o valor da multa exigida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Infração subsistente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e de 1% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações comprovadas. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/09/2011, refere-se à exigência de R\$490.536,87 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 100%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de apresentação da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), referente aos meses de abril a dezembro de 2010 e janeiro de 2011, sendo exigida a multa de R\$460,00 em cada mês, totalizando R\$4.600,00.

Infração 02: Falta de entrega de arquivo magnético nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do Programa de Transmissão Eletrônica de Dados (TED), referente aos meses de abril a dezembro de 2010 e janeiro de 2011, sendo exigida multa de R\$1.380,00 em cada mês, totalizando R\$13.800,00.

Infração 03: Deixou de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Exigida multa no valor total de R\$37.793,15.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa não optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no mês de abril de 2010. Valor do débito: R\$6.915,17. Multa de 60%.

Infração 05: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Exigida multa de 10% do valor das mercadorias, totalizando R\$267.744,05.

Infração 06: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Exigida multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$11.018,75.

Infração 07: Deixou de recolher ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude de omissão de lançamentos nos livros fiscais ou na escrita geral do estabelecimento. Valor do débito: R\$483.621,70. Multa de 100%.

Consta na descrição dos fatos que o contribuinte autuado foi indicado pela Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa – INFIP para ser fiscalizado concomitantemente com as empresas José Mauricio Soares, Inscrição Estadual nº 86.673.109 e José Iranildo Andrade dos Santos, Inscrição Estadual nº 64.830.318. A indicação foi motivada após a “Operação Pirlampo”, desencadeada em 31/03/2011 pela Força Tarefa composta por equipes da Secretaria da Fazenda através da INFIP, Ministério Público Estadual e Secretaria de Segurança Pública, conforme documentos às fls. 325 a 373, sendo constatada a prática sistemática de sonegação fiscal pelo Sr. José Iranildo mediante utilização fraudulenta de empresas fantasmas, de fachada e laranjas. A fiscalização dessas empresas tem como escopo responsabilizar o Sr. José Iranildo Andrade dos Santos, CPF 341.625.005-25. As empresas foram criadas exclusivamente com o fito de sonegar tributos. A empresa José Mauricio Soares, que funciona no mesmo endereço da empresa Rita de Cássia Rodrigues de Sousa, esposa do Sr. José Iranildo, é administrada pelo próprio José Iranildo, conforme procuração às fls. 511/512. A empresa autuada, Adailton Dias Ramos Alimentos, na realidade, era uma empresa fantasma, pois nunca funcionou no endereço cadastrado, era apenas laranja da empresa do Sr. José Iranildo. As evidências confirmam a responsabilidade do Sr. José Iranildo, tem respaldo nos documentos anexados ao presente Auto de Infração:

- a) comprovantes de pagamentos referentes às compras feitas na Distribuidora Codical (fls. 374 a 404), onde se pode observar que todas as confirmações dos depósitos foram transmitidas pelo fax 3272-2022 da empresa Cerealista Lua, nome de fantasia da empresa José Iranildo Andrade dos Santos. Alguns documentos mencionam o nome do Sr. José Iranildo;
- b) em praticamente todas as operações figuram os veículos da empresa José Iranildo Andrade dos Santos como transportador, conforme se pode confrontar as placas dos veículos constantes nos documentos fiscais com a relação dos veículos às fls. 272 a 324;
- c) da mesma forma, os CTRCs referentes às notas fiscais da Bunge Alimentos, fls. 452 a 510, indicam a aludida empresa como transportadora;

d) as provas irrefutáveis demonstram que o Sr. José Iranildo Andrade dos Santos utilizava fraudulentamente a empresa autuada para adquirir e comercializar mercadorias, esquivando-se do pagamento de tributos e, dessa forma, deve ser responsabilizado pelo recolhimento do crédito tributário constituído no presente lançamento.

José Iranildo Andrade dos Santos, por seus advogados, apresentou impugnação às fls. 530 a 546, alegando que o presente Auto de Infração tenta responsabilizá-lo por infrações cometidas pelo autuado. Diz que a autuação é nula por cerceamento ao direito de defesa e por ilegitimidade passiva do Defendente no que toca à tentativa de responsabilizá-lo por atos praticados por terceiro.

O primeiro ponto tratado pelo defendente é quanto à questão da formação do auto de infração e do fornecimento de todos os documentos que o acompanham, bem como a necessidade de que a intimação deva conter todos os elementos (demonstrativo e provas) que serviram de base para a ação fiscal. Transcreve os arts. 41, I e II e 44, I, II e III do RPAF/BA. Diz que no campo descrição dos fatos, o autuante tenta atribuir ao Defendente a responsabilidade pelos fatos relativos a terceiros que só conhece pelas relações comerciais que foram mantidas, mas nunca houve qualquer ingerência do defendente na atividade de ADAILTON DIAS RAMOS ALIMENTOS CNPJ de nº 11.794.665/0001-30 e inscrição estadual de nº 86.680.282, no Município de Canudos.

Afirma que o Auto de Infração faz referência a uma série de documentos que o Defendente desconhece e nunca teve em seu poder, quando cita que o empresário individual Jose Iranildo Andrade dos Santos ME supostamente promoveu transporte de cargas para ADAILTON DIAS RAMOS ALIMENTOS. O Defendente informa que não fica com as cópias das notas fiscais onde constam tais operações, diz que a autuação indica supostas provas de que o Defendente usaria empresas fantasmas, que o Defendente desconhece, além de transmissões de fax para a CODICAL e CTRC da Bunge Alimentos.

Alega que, pela descrição dos fatos, o Auto de Infração é composto de até 510 páginas, e que apesar de o RPAF impor a entrega de uma via ao Defendente, a intimação do Auto de Infração possuía apenas e tão somente 260 página, ou seja, todos os demais documentos que o Defendente desconhece não lhe foram entregues como impõe o RPAF.

O defendente afirma que o presente auto de infração é nulo de pleno direito por estar afrontando os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CF/88), além de afrontar o princípio da legalidade do ato administrativo, de que trata o art. 37, caput, c/c o art. 150, I da Constituição Federal de 1988. Todos abarcados no próprio art. 2º do RPAF/99. Diz que falta ao Processo Administrativo Fiscal a regularidade na intimação do contribuinte com provas e elementos obtidos junto a terceiros, que supostamente materializem a infração, o que cerceia o direito à ampla defesa, pois não foram dados elementos para impugnar a ação fiscal, ferindo frontalmente o estabelecido no art. 18 do RPAF/99, que transcreveu.

Assegura que o autuante não ofereceu os elementos para que pudesse o autuado produzir a sua defesa, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, por isso, entende que é plenamente nula ação fiscal. Tudo isto em violação ao Princípio Constitucional da ampla defesa, também recepcionado pelo RPAF/99. Diz que o Processo Administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo, conforme têm decidido reiteradamente os Tribunais de Justiça e Administrativos. Cita como exemplo uma decisão do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo. Comenta sobre os princípios da Legalidade e da Moralidade do Ato Administrativo e adverte que não se venha com a argumentação de que o parágrafo primeiro, do art. 18 do RPAF/99 alberga o Autuante. Este dispositivo serve para evitar mora oriunda de eventuais incorreções ou omissões, mas do Auto de Infração lavrado com observância dos ditames da Legislação Tributária.

Em seguida, o defendente apresenta preliminar de ilegitimidade passiva, alegando que o auto de infração tenta impor ao Defendente a responsabilidade pessoal pelos atos supostamente

cometidos por Adailton, tentando criar uma nova hipótese de responsabilidade pessoal do agente. Salienta que no Direito Tributário as infrações não são aplicadas pessoalmente sobre o agente da infração, mas sobre o sujeito passivo da obrigação tributária, principal ou acessória, que não foi adimplida. Assim, no caso de a pessoa jurídica cometer ilícito, a multa será aplicada contra a própria pessoa jurídica e não contra o agente (pessoa física) que tenha concretizado, efetivamente, a conduta ilícita. Diz que no artigo 137 do CTN existem importantes exceções, determinando a punição pessoal, como afastamento do sujeito passivo da infração. Há uma personalização das penas tributárias, alcançando o agente, que deve se submeter à sanção imposta. O Defendente afirma que não detém qualquer controle ou acesso a documentos do Autuado, Adailton, e que não se verifica nos autos qualquer elemento que possa apontar o Defendente como gestor ou qualquer outro vínculo com o empresário individual Adailton. Diz que apesar de não receber as cópias de todos os documentos probatórios, o próprio auto de infração relata fatos que decorrem de pura relação comercial que o Defendente mantinha com o Adailton:

- a) cita que o empresário individual Jose Iranildo Andrade dos Santos ME supostamente promoveu transporte de cargas para o ADAILTON DIAS RAMOS ALIMENTOS. O transporte de cargas não é vedado pela legislação e o Defendente não pode ser culpado por querer reduzir seus custos locando veículos para transporte de cargas;
- b) indica supostas provas de que o Defendente usaria empresas fantasmas, empresa em nome de sua esposa e de José Maurício Soares. Ainda que por um absurdo pudesse ser ilícito que a esposa exercesse comércio e que o Defendente estaria impedido de ser procurador, se é que este fato seja verdade, não traz qualquer correlação lógica de que este fato tenha relação com o Adailton;
- c) quanto às transmissões de fax para a CODICAL, afirma que é algo comum que no interior do Estado nem todas as empresas tenham fax, e já que fazia locação de veículos para transporte de carga, é comum a transportadora ceder seu fax para envio de comprovantes de pagamento;
- d) Em relação ao CTRC da Bunge Alimentos, afirma que o mencionado documento só comprova a relação comercial de transporte de cargas.

Por fim, o defensante transcreve o art. 112 do CTN, e diz que se deve interpretar a lei da maneira mais favorável ao acusado quanto à capitulação legal do fato, quanto à sua natureza ou às circunstâncias materiais, quanto à natureza ou extensão dos seus efeitos, quanto à autoria, imputabilidade ou punibilidade pelo cometimento. Pede que seja acolhida a preliminar de nulidade e seja declarado nulo o Auto de Infração, por ausência de apresentação de todos os documentos indicados e que instruem o PAF e, caso seja ultrapassada, que seja acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva do defensante.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 824 a 830 dos autos. Dizem que o contribuinte JOSÉ IRANILDO ANDRADE DOS SANTOS, IE nº 64.830.318, protocolou defesa, impugnando o lançamento fiscal atinente ao presente auto de infração de nº 298938.1001/11-3, lavrado contra ADAILTON DIAS RAMOS ALIMENTOS, IE Nº 86.680.282.

Informam que o presente lançamento foi efetuado em nome da empresa Adailton Dias Ramos Alimentos, IE 86.680.282, porém, redirecionando a sujeição passiva para o Sr. José Iranildo Andrade dos Santos, CPF nº 341.625.005-25, e se baseia no fato de que as operações que embasaram o lançamento fiscal, na realidade, são todas de responsabilidade do Sr. José Iranildo. Dizem que a farta documentação que compõe o processo não deixa dúvidas. O Sr. José Iranildo foi alvo da “Operação Pirilampo”, conforme mencionado na descrição dos fatos do auto de infração em lide, às fls. 02, e Ofício nº. 124/2011 às fls. 349 a 352 dos autos. A empresa Adailton Dias Ramos Alimentos, e outras, conforme o mencionado ofício e o Boletim de Inteligência Fiscal nº. 302/2011, às fls. 360 a 373, era simples “laranja” do Sr. José Iranildo, que utilizava de forma sistemática e simultânea para dissimular suas operações comerciais e sonegar impostos.

Quanto à preliminar de nulidade sob a alegação de que houve cerceamento ao direito de defesa, os autuantes entendem que não deve prosperar, uma vez que os documentos que têm relação direta com o lançamento fiscal em demanda foram todos entregues ao defendente, conforme Comprovante de Entrega de Correspondência à fl. 528, recepcionado em 07 de outubro de 2011.

Ressaltam que a autuação refere-se ao período de abril de 2010 a setembro de 2011, e ao contrário do que fora aduzido na defesa, todos os documentos relativos a esses exercícios acostados ao auto de infração e que serviram de base para a sua lavratura, foram entregues suas cópias, e essa afirmativa pode ser melhor observada, analisando as infrações, uma a uma, conforme descrito abaixo:

- a) Infração 01 tem um demonstrativo à fl. 13 e o Relatório Resumo Fiscal Completo à fl. 14, indicando omissão de DMA ou DME nos meses de abril a julho de 2010. A empresa foi cancelada em 29 de julho de 2010, conforme informação à fl. 09, porém continuou operando até janeiro de 2011, e as transmissões dos arquivos referentes ao DMA ou DME dos períodos de agosto de 2010 a janeiro de 2011, também não foram feitas.
- b) Na infração 02 apresentam o demonstrativo à fl. 15, indicando os meses omissos de transmissão de arquivos magnéticos, da mesma forma que ocorreu com a não transmissão das DMAs.
- c) Quanto a infração 03 dizem que o autuado foi intimado em 11 de julho de 2011, conforme fl. 12, para apresentar os livros e documentos, inclusive Arquivo Magnético. Todavia, essa solicitação não fora atendida. Desta feita, constituiu-se o crédito tributário desta infração, com base nas compras de mercadorias realizadas pelo autuado, conforme demonstrativos às fls. 16/21 e documentos (notas fiscais) entre as fls. 40 a 271 dos autos.
- d) A infração 04 representa o ICMS decorrente da falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação ou substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias (açúcar) em outra unidade da Federação, para comercialização, conforme demonstrativo à fl. 22 e documentos às fls. 50, 51, 55 e 56.
- e) A infração 05 corresponde à multa de 10% do valor da operação, pelo descumprimento de obrigação acessória, concernente às mercadorias sujeitas à tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativo às fls. 23/25, e notas fiscais entre as fls. 40 e 271 do PAF.
- f) A infração 06 diz respeito a multa de 1% do valor da operação, pelo descumprimento de obrigação acessória, relativo às mercadorias não tributáveis, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativo às fls. 26 a 29, e notas fiscais entre as fls. 40 e 271.
- g) A infração 07 refere-se às operações de vendas de mercadorias sem emissão de notas fiscais e consequentemente sem pagamento de ICMS, apurado mediante levantamento de estoque, conforme demonstrativo às fls. 30 a 39 e documentos fiscais às fls. 40 a 271 dos autos. Isto é, o autuado não apresentou os livros fiscais, não comprovou o estoque inicial nem o estoque final, adquiriu mercadorias tributáveis, vendeu essas mercadorias sem recolher o ICMS relativo a estas saídas.

Os autuantes também informam que os demais documentos acostados às fls. 272 a 510 dos autos, que o defensor alega não ter recebido suas cópias, nada contribuem para amparar a defesa. Tais documentos são:

- a) Relação de Veículos que transportaram as mercadorias adquiridas, onde consta a placa dos veículos e nome do proprietário (fls. 272 a 276).
- b) Cadastro de Veículos obtidos no Sistema GIPVA (fls. 277 a 324), que apenas confirma a propriedade dos veículos relacionados no relatório anterior (fls. 272 a 276).

- c) Documentos da “Operação Pirilampo” (fls. 325 a 373 e 511 a 521).
- d) Ofícios de circularização de documentos fiscais enviados aos fornecedores do autuado e os correspondentes documentos recebidos (fls. 374 a 510).

Asseguram que todos esses documentos o defensor já possui ou tem conhecimento, e não têm serventia para lhe auxiliar na contestação ao lançamento, e que os documentos que serviram de base para a lavratura do Auto de Infração foram entregues ao autuado, são os de fls. 01 a 271 dos autos e são suficientes para impugnação.

Quanto à preliminar de ilegitimidade passiva, dizem que embora as provas documentais indiquem que a responsabilidade das operações que motivaram o presente lançamento é do defensor, o mesmo insiste em negá-las. Informam que além das provas já apresentadas, anexam outros documentos que contribuem para evidenciar a sua responsabilidade nessas operações:

- a) O Razão da empresa Cargill Agrícola S/A, que se refere ao cliente Adailton Dias Ramos (fls. 839 a 847). Conforme informação da mencionada empresa à fl. 836, “configura empresas do mesmo grupo/parentesco”
- b) Cópias das notas fiscais relacionadas às fls. 851, emitidas pela empresa Granol Ind. Com. e Exportação S/A, acompanhadas dos comprovantes de depósitos. Esses documentos indicam como responsável pelo pagamento o Sr. Iranildo.
- c) Na documentação apresentada pela empresa Granol, além da empresa autuada, aparecem outras empresas, que eram utilizadas simultaneamente pelo Sr. Iranildo. Os carregamentos da empresa Granol eram feitos no mesmo veículo e destinados às empresas fictícias: Adailton Dias Ramos Alimentos, Genival Joselito da Silva Mercearia e Osvaldo da Silva Souza Júnior, cuja responsabilidade pelo pagamento das operações sempre indicam o defensor.

Finalizam afirmando que as infrações encontram-se revestidas das formalidades legais, estão devidamente caracterizadas e documentalmente comprovadas e o autuado recebeu cópias de todos os documentos que embasaram a lavratura do presente Auto de Infração.

José Iranildo Andrade dos Santos apresentou manifestação às fls. 937 a 944 dos autos, reiterando todos os termos da defesa apresentada. Repete a preliminar de nulidade por ilegitimidade passiva, alegando que o auto de Infração tenta impor ao Defensor a responsabilidade pessoal pelos atos supostamente cometidos por Adailton, tentando criar uma nova hipótese de Responsabilidade Pessoal do Agente. Salienta que no caso de a pessoa jurídica cometer ilícito, a multa será aplicada contra a própria pessoa jurídica e não contra o agente (pessoa física) que tenha concretizado, efetivamente, a conduta ilícita. Comenta sobre as exceções previstas no art. 137 do CTN e diz que não se verifica nos autos qualquer elemento que possa apontar o Defensor como gestor ou qualquer outro vínculo com o empresário individual Adailton. Apesar de não ter recebido as cópias de todos os documentos probatórios, diz que o próprio auto de Infração relata fatos que decorrem de pura relação comercial que o Defensor mantinha com Adailton. Diz que apesar de não ter recebido as cópias de todos os documentos probatórios o próprio auto de Infração relata fatos que decorrem de pura relação comercial que o defensor mantinha com o autuado, Adailton.

Conclui dizendo que espera ser acolhida a preliminar de nulidade e que seja declarada nula a ação fiscal, por ausência de elementos que comprovem qualquer responsabilidade do Defensor. Caso seja ultrapassada, pede que seja acolhida a ilegitimidade passiva do defensor, pelas razões anteriormente aduzidas.

Em atendimento à solicitação encaminhada para pronunciamento acerca da manifestação do defensor às fls. 937 a 944 do presente PAF, os autuantes informaram à fl. 948 dos autos que o Sr. José Iranildo Andrade dos Santos é responsável pelo recolhimento do crédito tributário constituído no presente Auto de Infração, lavrado contra a empresa Adailton Dias Ramos

Alimentos Ltda.. Dizem que o defendantre repete, em síntese, os termos da defesa apresentada anteriormente, constante das fls. 530 a 540 dos autos. Entendem que se percebe a intenção protelatória do contribuinte na solução da lide. Diante da ausência de fato novo que mereça pronunciamento, os autuantes confirmam os termos da informação fiscal de fls. 824 a 830 do presente PAF.

VOTO

Na descrição dos fatos do presente Auto de Infração, consta a informação de que o contribuinte autuado foi indicado pela INFIP para ser fiscalizado concomitantemente com outras empresas, indicação motivada pela “Operação Pirilampo”, conforme documentos às fls. 325 a 373 do PAF, sendo constatada a prática sistemática de sonegação fiscal pelo Sr. José Iranildo, mediante utilização fraudulenta de empresas fantasmas, de fachada e laranjas. Consta ainda, a informação de que a fiscalização dessas empresas tem como escopo responsabilizar o Sr. José Iranildo Andrade dos Santos, CPF 341.625.005-25, considerando que as empresas foram criadas exclusivamente com o fito de sonegar tributos.

Observo que uma vez lavrado o Auto de Infração, é assegurado ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento na esfera administrativa, e o autuado poderá intervir no processo administrativo fiscal pessoalmente, através do titular, sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente. Também pode ser representado por advogado, preposto, ou por quem estiver na administração de seus bens. No presente caso, o contribuinte autuado (Adailton Dias Ramos Alimentos) não apresentou qualquer manifestação quanto à exigência fiscal consubstanciada no presente Auto de Infração.

Quanto à responsabilidade tributária, esta diz respeito à definição de quem é responsável pelo pagamento do tributo. A responsabilidade tributária no sentido amplo se refere à submissão de determinada pessoa (contribuinte ou não) ao pagamento de determinado tributo. No sentido restrito, é a submissão em virtude de disposição expressa em lei, tendo em vista que a lei atribui de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário, inclusive a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da obrigatoriedade tributária, conforme prevê o art. 128 do CTN.

Vale salientar que o sujeito passivo da obrigação tributária é previsto em lei, não depende da vontade, da capacidade civil e comercial do contribuinte, e não prevalecem as convenções particulares modificando a definição legal de quem é o sujeito passivo.

Em relação ao lançamento, a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário pelo lançamento deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado.

No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação. O presente Auto de Infração foi lavrado contra Adailton Dias Ramos Alimentos e não foi apresentada qualquer contestação quanto aos levantamentos fiscais e aos valores apurados pelos autuantes.

Quanto à necessidade de se verificar a existência de crime tributário, apurando se houve dolo ou culpa no cometimento das irregularidades constantes no Auto de Infração, a competência para aplicar sanção penal é do Poder Judiciário, tendo em vista que constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, cabendo à autoridade administrativa constituir o crédito tributário e propor aplicação da penalidade cabível.

No âmbito do Processo Administrativo Fiscal, cabe a este Órgão Julgador julgar o litígio decorrente do lançamento efetuado e em razão de impugnação apresentada, obedecendo aos princípios do contraditório, verdade material, informalismo e da garantia de ampla defesa, conforme previsto no Regimento Interno do CONSEF, aprovado pelo Decreto 7.592/99. Assim,

conforme estabelece o mencionado Regimento Interno, passo a analisar a autuação fiscal, com base nos elementos constantes neste PAF.

Analisando a preliminar de nulidade apresentada pelo defendant, constato que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas. O imposto e sua base de cálculo e os valores das multas foram apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O primeiro ponto tratado pelo defendant é quanto à questão da formação do auto de infração e do fornecimento de todos os documentos que o acompanham, bem como a necessidade de que a intimação deva conter todos os elementos (demonstrativo e provas) que serviram de base para a ação fiscal. O defendant alegou que o Auto de Infração é composto de até 510 páginas, e que apesar de o RPAF impor a entrega de uma via ao Defendant, a intimação do Auto de Infração possuía apenas e tão somente 260 páginas, ou seja, todos os demais documentos que o Defendant desconhece não lhe foram entregues como impõe o RPAF.

Quanto a esta alegação, observo que a autuação fiscal está embasada nos demonstrativos elaborados pelos autuantes (fls. 15 a 46 dos autos) e nos documentos às fls. 47 a 271, e o defendant reconhece que foram fornecidas as cópias dos mencionados documentos. Os demais documentos acostados às fls. 272 a 510 dos autos, que o defendant alega não ter recebido suas cópias, não apresentam qualquer relação com o levantamento fiscal, haja vista que se trata de provas para uma possível responsabilização do Sr. José Iranildo, o que não será objeto de decisão neste PAF. Ademais, consta à fl. 935 dos autos intimação ao defendant para receber cópias dos alegados documentos. Tais documentos são:

- a) Relação de Veículos que transportaram as mercadorias adquiridas, onde consta a placa dos veículos e nome do proprietário (fls. 272 a 276).
- b) Cadastro de Veículos obtidos no Sistema GIPVA (fls. 277 a 324), que apenas confirma a propriedade dos veículos relacionados no relatório anterior (fls. 272 a 276).
- c) Documentos da “Operação Pirilampo” (fls. 325 a 373 e 511 a 521).
- d) Ofícios de circularização de documentos fiscais enviados aos fornecedores do autuado e os correspondentes documentos recebidos (fls. 374 a 510).

Quanto à alegação de ilegitimidade passiva, entendo que neste PAF não ficou caracterizada a mencionada ilegitimidade passiva, considerando que o lançamento foi efetuado em nome de Adailton Dias Ramos Alimentos, o mesmo contribuinte constante nos demonstrativos e respectivos documentos fiscais acostados aos autos.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, a infração 01 trata da aplicação de penalidade pela falta de apresentação da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), referente aos meses de abril a dezembro de 2010 e janeiro de 2011, sendo exigida a multa de R\$460,00 em cada mês, totalizando R\$4.600,00. Demonstrativo à fl. 13 do PAF.

De acordo com o art. 333 do RICMS/97, os contribuintes que apurem o imposto pelo regime normal ou pelo regime de apuração em função da receita bruta, deverão apresentar, mensalmente, a Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA).

Na DMA são informadas, em síntese, as operações e prestações realizadas em cada estabelecimento, do primeiro ao último dia do mês anterior, especificando as operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como os serviços utilizados ou prestados, por unidade da Federação, e outros elementos exigidos no modelo do referido documento, constituindo-se em

resumo e exato reflexo dos lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS.

Em relação à falta de apresentação da DMA, o inciso XV, alínea “h” do art. 42, da Lei 7.014/96, estabelece a exigência de multa de R\$460,00 em decorrência da falta de cumprimento da referida obrigação acessória.

Cabe ao contribuinte promover os meios necessários para fazer a entrega da DMA, prevista na legislação, por isso, a falta de entrega da mencionada declaração caracteriza o cometimento de irregularidade, sendo devida a multa por falta de cumprimento de obrigação acessória, relativamente aos meses de abril de 2010 a janeiro de 2011.

Está caracterizada a infração apurada, sendo devida a multa exigida por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de R\$4.600,00, de acordo com o previsto no art. 42, inciso XV, alínea “h”, da Lei 7.014/96. Infração subsistente.

Infração 02: Falta de entrega de arquivo magnético nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do Programa de Transmissão Eletrônica de Dados (TED), referente aos meses de abril a dezembro de 2010 e janeiro de 2011, sendo exigida multa de R\$1.380,00 em cada mês, totalizando R\$13.800,00. Demonstrativo à fl. 15 do PAF.

O art. 683 do RICMS/97 estabelece a possibilidade de o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, sendo que, as condições específicas quanto à manutenção e ao fornecimento do arquivo magnético estão disciplinadas no art. 686:

“Art. 686. O contribuinte de que trata o art. 683 está obrigado a manter, pelo prazo decadencial, as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração”.

Por outro lado, o art. 708-A do referido RICMS/BA, estabelece os prazos para entrega do arquivo magnético, referente ao movimento econômico de cada mês, estando previsto no § 6º deste mesmo artigo, que a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas.

Se o contribuinte não fez a entrega do arquivo magnético nos prazos estabelecidos na legislação, é devida a multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei 7.014/96. Mantida a exigência fiscal.

Infração 03: Deixou de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Exigida multa no valor total de R\$37.793,15. Demonstrativo às fls. 16 a 21 do PAF.

Vale ressaltar, que a obrigatoriedade de entrega dos arquivos magnéticos ao Fisco, quando o contribuinte é intimado, está prevista no art. 708-B do RICMS/97:

Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo quando intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos. O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte (inclusive os dados referentes a itens de mercadoria, quando for o caso), salvo ressalva contida na intimação. (redação vigente à época dos fatos)

Observo que a falta de entrega do arquivo magnético ou a sua apresentação incompleta impede a realização de auditorias fiscais e dos controles fiscais, não permitindo apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS.

Não ficou demonstrado nos autos, que foi efetuada intimação ao autuado solicitando a apresentação de arquivos magnéticos na forma prevista no art. 708-B do RICMS/97, haja vista que se encontra apenas uma intimação à fl. 11, para apresentação de livros e documentos fiscais e contábeis, sem assinatura do contribuinte, e não foi constatada nos autos qualquer outra intimação para entrega de arquivo magnético. Portanto, em relação ao arquivo magnético, não foi efetuada intimação na forma e com o prazo previsto no caput do art. 708-B do RICMS/BA.

Verifica-se à fl. 12 uma intimação por edital, e apesar de o autuado não ter atendido ao pedido de entrega do arquivo magnético, também não foi observado o prazo estabelecido no art. 708-B do RICMS/BA. Neste caso, entendo que não ficou caracterizada a falta de atendimento de intimação na forma prevista no citado art. 708-B, por isso, deve ser aplicada a multa de R\$460,00 ,indicada no art. 42, inciso XX, alínea “a”, da Lei 7.014/96, relativamente à falta de apresentação do arquivo magnético solicitado.

Concluo que é devida a multa estabelecida no art. 42, inciso XX, alínea “a”, da Lei 7.014/96, e não aquela indicada no presente lançamento. Por isso, deve ser alterado o valor exigido para R\$460,00.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa não optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no mês de abril de 2010. Valor do débito: R\$6.915,17. Demonstrativo à fl. 22 do PAF.

De acordo com o art. 371 do RICMS/BA, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.

Considerando que se trata de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, conforme demonstrativo elaborado pelos autuantes à fl. 22 do PAF, e não tendo sido comprovado o pagamento do imposto, conforme prevê a legislação, é subsistente a exigência nos valores apurados pelos autuantes. Infração subsistente.

Infração 05: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Exigida multa de 10% do valor das mercadorias, totalizando R\$267.744,05. Demonstrativo às fls. 23 a 25 do PAF.

Infração 06: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Exigida multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$11.018,75. Demonstrativo às fls. 26 a 29 do PAF.

A legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, sendo 10% para mercadorias sujeitas a tributação (art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96), e 1% para as mercadorias não tributáveis (art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96).

Acato os demonstrativos elaborados pelos autuantes às fls. 23 a 29 do PAF, tendo em vista a falta de comprovação quanto ao registro das notas fiscais objeto da autuação, sendo devidos os valores das multas correspondentes às notas fiscais não registradas. Infrações procedentes.

Infração 07: Deixou de recolher ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude de omissão de lançamentos nos livros fiscais ou na escrita geral do estabelecimento. Demonstrativo às fls. 30 a 39 do PAF.

Embora conste na descrição da infração que o imposto foi apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, os demonstrativos de fls. 30 a 39 do PAF indicam que foi realizado levantamento quantitativo de estoque, tendo sido apurado que houve omissão de saída de mercadorias tributáveis. A base de cálculo foi apurada com aplicação de MVA, de acordo com o previsto no art. 60, inciso II, alínea “a”, item 4 do RICMS/BA. Portanto, a infração está devidamente comprovada mediante levantamento fiscal.

A exigência de imposto relativo à diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Assim, concluo que é subsistente o presente lançamento, de acordo com os valores apurados no demonstrativo de fls. 30 a 39 do PAF.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE	-	4.600,00
02	PROCEDENTE	-	13.800,00
03	PROCEDENTE EM PARTE	-	460,00
04	PROCEDENTE	6.915,17	-
05	PROCEDENTE	-	267.744,05
06	PROCEDENTE	-	11.018,75
07	PROCEDENTE	483.621,70	-
TOTAL	-	490.536,87	297.622,80

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298938.1001/11-3, lavrado contra **ADAILTON DIAS RAMOS ALIMENTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$490.536,87**, acrescido das multas de 60% sobre R\$6.915,17 e 100% sobre R\$483.621,70, previstas no art. 42, inciso II, “d” e III, “g”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de **R\$297.622,80**, previstas no art. 42, incisos IX, XI, XIII-A “J”; XV, “h” e XX, “a”, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA