

PROCESSO - A. I. Nº 298938.1001/11-3
RECORRENTE - ADAILTON DIAS RAMOS ALIMENTOS (ALIMENTOS RAMOS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0173-03/12
ORIGEM - INFAC SERRINHA
INTERNET - 16/05/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0116-12/14

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. FALTA DE ENTREGA. MULTA. 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. ARBITRAMENTO. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Infração caracterizada. O recurso voluntário foi interposto por terceiro que não faz parte da relação jurídico-tributária objeto desta autuação. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou procedente em parte a presente autuação, por meio da qual foi lançado o ICMS em razão de sete imputações, todas objeto deste Recurso, como a seguir descrito:

INFRAÇÃO 1 - deixou de apresentar a Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA), 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 2 - deixou de entregar arquivos magnéticos nos prazos previstos na legislação, os quais deveriam ter sido enviados via internet através do Programa de Transmissão Eletrônica de Dados (TED), relativos aos meses de abril a dezembro de 2010 e janeiro de 2011, sendo exigida a multa de R\$1.380,00 em cada mês, totalizando R\$13.800,00;

INFRAÇÃO 3 - deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sendo exigida a multa no valor total de R\$37.793,15;

INFRAÇÃO 4 - deixou de recolher o 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 5 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 10% do valor das mercadorias, totalizando R\$267.744,05;

INFRAÇÃO 6 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$11.018,75;

INFRAÇÃO 7 - 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 denominada “Operação Pirilampo”, desencadeada em 31/03/11 pela Força-Tarefa composta por equipes da Secretaria da Fazenda (INFIP), do Ministério Público Estadual e da Secretaria de Segurança Pública, conforme os 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 nº 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, com respaldo nos documentos anexados ao presente Auto de Infração:*”

1. “*comprovantes de pagamentos referentes às compras feitas na Distribuidora Codical (fls. 374 a 404), nos quais se pode observar que todas as confirmações dos depósitos foram transmitidas pelo fax 3272-2022 pertencente à empresa Cerealista Lua, nome de fantasia da empresa José Iranildo Andrade dos Santos. Alguns documentos mencionam o nome do Sr. José Iranildo;*
2. *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;*
3. *da mesma forma, os conhecimentos de transporte rodoviário de cargas referentes às notas fiscais da Bunge Alimentos, fls. 452 a 510, indicam a aludida empresa como transportadora;*
4. *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”.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide da seguinte forma:

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.

Analizando a preliminar de nulidade apresentada pelo defensor, constato que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, 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 defensor 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 defensor 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 Defensor, a intimação do Auto de Infração possuía apenas e tão somente 260 páginas, ou seja, todos os demais documentos que o Defensor 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 defensor reconhece que foram fornecidas as cópias dos mencionados documentos. Os demais documentos acostados às fls. 272 a 510 dos

autos, que o defensor 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 defensor 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 N°	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

O Sr. José Iranildo Andrade dos Santos interpôs Recurso Voluntário alegando que, por meio do presente auto de infração, tenta-se responsabilizá-lo por atos supostamente cometidos pela empresa autuada, criando-se uma nova hipótese de responsabilidade pessoal do agente.

Suscita a nulidade do lançamento de ofício, por ilegitimidade passiva, salientando, inicialmente, 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.

Acrescenta 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.

Salienta que, no artigo 137 do Código Tributário Nacional, existe a previsão de punição pessoal do agente, havendo uma personalização das penas tributárias, no caso de a infração ser tão grave a ponto de ser tipificada como crime ou contravenção, exceto quando a pessoa física comprove que agiu no regular exercício da administração ou que cumpria ordem expressa emitida por quem de direito.

Afirma, entretanto, que não detém controle ou possui acesso aos documentos do autuado e que não há nos autos nenhum elemento que o aponte como gestor da empresa ou mesmo que possuía algum vínculo com o empresário individual Adailton Dias Ramos Alimentos.

Aduz que, apesar de não ter recebido as cópias de todos os documentos probatórios, constatou que o próprio auto de infração relata fatos que decorrem de uma mera relação comercial que mantinha com a firma Adailton Dias Ramos Alimentos, quais sejam:

1. no auto de infração foi mencionado que o empresário individual Jose Iranildo Andrade dos Santos ME supostamente promoveu transporte de cargas para o autuado (ADAILTON DIAS RAMOS ALIMENTOS), entretanto, diz que o transporte de cargas não é vedado pela legislação e não pode ser culpado por querer reduzir seus custos locando veículos para transporte de cargas;
2. no auto de infração foram indicadas supostas provas de que teria usado empresas fantasmagóricas, empresa em nome de sua esposa e de José Maurício Soares, mas argumenta que, ainda que por absurdo pudesse ser considerado ilícito o fato de sua esposa exercer comércio e de que estaria impedido de ser seu procurador, não há nenhuma evidência lógica de que tal fato tenha relação com Adailton;
3. quanto às transmissões de fax para a CODICAL, afirma que, como fazia locação de veículos

para transporte de carga, é natural a cessão de seu fax para envio de comprovantes de pagamento;

4. em relação ao CTRC da Bunge Alimentos, afirma que o mencionado documento só comprova a relação comercial de transporte de cargas.

Acrescenta que “*uma coisa são os fatos e estes apontam apenas para a existência de uma relação comercial entre o defensor e o Adailton*”.

Afirma que tudo o que foi relatado no auto de infração “*são conjecturas, circunstâncias, meros indícios*” e, após transcrever o artigo 112 do CTN, observa 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*”.

Por fim, pede que seja declarado nulo o Auto de Infração, por ilegitimidade passiva.

A PGE/PROFIS, por meio da Ângeli Maria Guimarães Feitosa, considera que a peça recursal não possui argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão recorrido.

Entende que o lançamento de ofício não possui vícios, contendo todos os elementos essenciais da relação jurídico-tributária, e a imputação está clara, devidamente tipificada e alicerçada na legislação regente.

Observa que o sujeito passivo encontra-se identificado, “*não havendo dúvidas de sua legitimidade para figurar no polo passivo do lançamento*”.

Aduz que, tratando-se de descumprimento de uma série de obrigações principais e acessórias, o lançamento deve ser promovido, *a priori*, contra a “*pessoa obrigada a tais ações – no caso, a empresa ADAILTON DIAS RAMOS ALIMENTOS, sujeito devidamente autuado no caso em apreço, não havendo que se falar em ilegitimidade passiva no lançamento*”.

Transcreve os artigos 124 e 134 do Código Tributário Nacional, que dispõem sobre a responsabilidade solidária, e aduz que, na situação em exame, “*embora tenham sido identificados, durante a operação fiscal que culminou na autuação vertente, indícios de que JOSÉ IRANILDO ANDRADE DOS SANTOS seja um dos responsáveis pelos atos ilícitos apurados, em nenhum momento foi incluído no polo passivo do lançamento, por não se tratar de nenhuma das pessoas identificadas pelos artigos supracitados como responsável pelo débito, não havendo que se falar, assim, em sua ilegitimidade passiva*

Prosegue dizendo que, “*uma vez apurada em ação criminal, devidamente transitada em julgado, a sua responsabilidade no caso vertente, e caso ainda não adimplido o débito ora analisado, dele será exigido mediante o devido processo administrativo fiscal a dívida*”.

Acrescenta que, não sendo esta a hipótese deste lançamento, “*não há que se falar em ilegitimidade do impugnante em relação ao débito exigido, porquanto não faz ele parte da relação jurídica constituída*”.

Reproduz o artigo 4º do RPAF/99 e conclui que “*o impugnante padece até mesmo de ilegitimidade para postular no feito, pelo que não deve nem mesmo ser conhecido seu pleito*”, opinando pelo não conhecimento do Recurso Voluntário, ou se superada a ilegitimidade do recorrente, pelo seu não acolhimento.

VOTO

Da análise dos autos, verifico que o auto de infração foi lavrado para exigir ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias contra o empresário individual Adailton Dias Ramos Alimentos.

Não obstante isso foi o Sr. José Iranildo Andrade dos Santos quem apresentou o Recurso

Voluntário, suscitando a nulidade do lançamento de ofício por ilegitimidade passiva, sob o argumento de que mantinha uma mera relação comercial com o autuado.

Efetivamente, o Sr. José Iranildo Andrade dos Santos foi acusado, **no corpo do auto de infração**, de, em conluio com o contribuinte autuado e a empresa José Mauricio Soares, de “prática sistemática de sonegação fiscal mediante utilização fraudulenta de empresas fantasmas, de fachada e laranjas”, entretanto, o crédito tributário não foi constituído em face do recorrente e sim, da firma Adailton Dias Ramos Alimentos, como mencionado acima, que se encontra devidamente identificada como sujeito passivo da obrigação tributária.

Dessa forma, não há que se falar em nulidade do auto de infração por ilegitimidade passiva, mas de ilegitimidade do recorrente para postular na presente autuação, como bem salientado pela PGE/PROFIS.

O RPAF/99, em seus artigos 3º e 4º, elenca as pessoas que podem intervir no processo administrativo fiscal, bem como a legitimidade para postular, da seguinte maneira:

“Art. 3º As petições do sujeito passivo e suas intervenções no processo serão feitas:

I - *pessoalmente, através do titular, sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente, na forma como forem designados em declaração de firma individual, contrato social, estatuto ou ata de constituição da sociedade, conforme o caso;*

II - *por procurador;*

III - *por preposto, assim entendido a pessoa que mantenha com o sujeito passivo vínculo empregatício;*

IV - *por quem estiver na administração de seus bens ou negócios, tratando-se de empresa sem personalidade jurídica;*
(...)

Parágrafo único. *Com a petição ou no ato da intervenção, será anexada a prova da identificação do interessado, do instrumento de mandato ou do seu vínculo com o sujeito passivo.*

Art. 4º *Tem legitimidade para postular todo aquele a quem a lei atribua responsabilidade pelo pagamento de crédito tributário ou cumprimento de obrigação acessória, ou que esteja submetido a exigência ou medida fiscal de qualquer espécie”.*

Os artigos 124 e 134 do Código Tributário Nacional preveem as hipóteses de responsabilidade solidária conforme a seguir reproduzido:

Art. 124. *São solidariamente obrigadas:*

I - *as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;*

II - *as pessoas expressamente designadas por lei.*

(...)

Art. 134. *Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:*

I - *os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;*

II - *os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;*

III - *os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;*

IV - *o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;*

V - *o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;*

VI - *os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;*

VII - *os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.*

Pelo exame dos autos, constato que não há provas de que o recorrente seja, **formalmente**, sócio, procurador ou preposto da empresa autuada e também não se verifica nenhuma das hipóteses de responsabilidade solidária elencadas nos dispositivos acima mencionados.

Não obstante isso, constato, sem adentrar o exame do mérito da autuação, que foram apontados

diversos ilícitos que podem vir a ser enquadrados nas hipóteses previstas na Lei nº 8.137/90 que “*define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo*”. Dessa forma, tendo em vista o disposto no artigo 137 do Código Tributário Nacional, determino o envio dos autos à PGE/PROFIS para que aquele órgão analise a possibilidade de representar ao Ministério Público Estadual para que apure os fatos relatados neste auto de infração.

Diante do exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, NÃO CONHECER o Recurso Voluntário apresentado, mantendo a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298938.1001/11-3**, lavrado contra **ADAILTON DIAS RAMOS ALIMENTOS (ALIMENTOS RAMOS)**, devendo ser intimado o recorrente 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, incisos II, “d” e IV, “i”, 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 nos incisos IX, XI, XIII-A, “j”, XV, “h” e XX, “a”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS