

A. I. Nº - 284119.0011/20-2
AUTUADO - JOSÉ IRANILDO ANDRADE DOS SANTOS
AUTUANTE - JURACI LEITE NEVES JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ CENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26/05/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0056-03/21-VD

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE SAÍDA. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O suprimento de caixa de origem não comprovada, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas, também não contabilizadas, e não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/08/2020, refere-se à exigência de R\$16.573.933,16 de ICMS, acrescido da multa de 100%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 05.03.01: Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, nos meses de janeiro de 2016 a outubro de 2018. Suprimento de caixa apurado por pagamentos efetuados pela empresa José Iranildo Andrade dos Santos ME, sem origem dos recursos.

Consta, na descrição dos fatos que a auditoria fiscal/contábil referente ao período de 01/01/2015 a 31/12/2019 decorre da operação policial denominada OPERAÇÃO PIRILAMPO / OPERAÇÃO SEM FRONTEIRAS coordenada pelo Grupo de Apoio Especial de Combate à Sonegação Fiscal aos Crimes Contra a Ordem Tributária, a Ordem Econômica e as Relações de Consumo (GAESF) do Ministério Público e Secretaria da Fazenda/Superintendência de Administração Tributária (SAT)/Inspetoria de Investigação e Pesquisa (INFIP).

Por determinação da VARA CRIMINAL DA COMARCA DE TUCANO/BA, MM Juíza de Direito Dra. Geysa Rocha Menezes em decisão datada de 23/04/2020, o Ministério Público foi autorizado o compartilhamento de todas as provas colhidas nas Medidas Cautelares de nº 0000380-74.2018.805.0261; 0000381-59.202018.805.0261; 0000365.19.2019.8050261 e 0000107.61.2019.805.0261 com a Procuradoria Geral do Estado e a SEFAZ do Estado da Bahia objetivando eventual responsabilização tributária dos investigados e empresas envolvidas.

Assim, documentos de quebra de sigilo bancário e fiscal fazem parte integrante deste auto de infração, por constituírem prova da movimentação financeira não registrada pelo Autuado.

Para realizar a ação fiscal, o contribuinte foi intimado via DT-e em 27/04/2020, com ciência em 04/05/2020, para apresentação de livros e documentos. A Auditoria foi prorrogada, tendo sido dado conhecimento ao contribuinte através de intimação datada de 19/06/2020, com ciência em 29/06/2020

O autuado apresentou impugnação às fls. 25 a 36 do PAF. Requer a nulidade total do presente Auto de Infração, alegando que os métodos aplicados para identificar a base de cálculo do ICMS levantados pelo Autuante, são passíveis de insegurança jurídica.

Diz que o Autuante utilizou como referência única a movimentação bancária Banco Bradesco S. A., Agência 3544, Conta 99295. Entende ser imperioso identificar as operações através de notas fiscais e seus respectivos produtos comercializados para assim levantar a base de cálculo justa e correta, já que, como todos sabem, existe uma gama enorme de situações com mercadorias com o ICMS (substituição tributária) já recolhido, com base de cálculo reduzida etc.

Ressalta que foi apurada base de cálculo e aplicada a alíquota do ICMS sobre os montantes pagos aos atacadistas elencados na planilha denominada “EXTRATO BANCÁRIO - PAGAMENTOS NÃO REGISTRADOS DESTINADO A TERCEIRO: JOSE IRANILDO A DOS SANTOS - CNPJ: 12.942.827/0001-01”, sem o devido levantamento de quais operações estão sujeitas ao ICMS, identificando quais são os bens e mercadorias adquiridas através dos pagamentos feitos aos atacadistas etc.

Registra que diante da impossibilidade demonstrada para apuração do montante real da base de cálculo e com base na Súmula CONSEF 05 ICMS, que transcreveu, mais uma vez, requer preliminarmente a nulidade total do presente auto de infração.

Caso a preliminar não seja acatada, afirma que lhe resta discutir o mérito do respectivo auto de infração, apresentando os argumentos da impugnação e pedidos.

Inicialmente, entende ser necessário trazer à baila fatos que são de extrema relevância para sustentar os argumentos defensivos:

1. Informa que se encontra com sua inscrição estadual inapta em 28/12/2017, sendo assim, encontrava-se impossibilitado de realizar operações comerciais, já que nenhum contribuinte, estabelecido poderia emitir notas fiscais tendo como destinatário este contribuinte. Afirma restar caracterizado que seria impossível realizar operações comerciais sujeitas ao ICMS junto aos beneficiários discriminados na planilha do autuante.
2. Com relação ao objeto, fonte do Auto de infração, a movimentação bancária Banco Bradesco S.A., Agência 3544, Conta nº 99.295, realmente era utilizada de maneira desorganizada, mas não se pode garantir que toda e qualquer movimentação se trata de suprimento de caixa de origem não comprovada, até mesmo porque diversos pagamentos de compras de mercadorias da empresa José Maurício Soares foram realizados através de cheques emitidos pela empresa José Iranildo Andrade dos Santos. Desde já, solicita que seja concedido um prazo diferenciado, para anexar a declaração emitida pelo beneficiário Engarrafamento Pitú, confirmando a destinação dos cheques, ou seja, trata-se de um erro meramente procedimental, formal, acrescentando que efetuar pagamentos de terceiros não é fato gerador do ICMS. Da mesma maneira, diversas operações foram realizadas como empréstimos bancários etc., que justificam a origem dos recursos, conforme documentação anexa.
3. Diz que no espaço destinado à descrição da infração o Autuante relata: “Suprimento de caixa apurado por pagamentos efetuados pela empresa JOSÉ IRANILDO ANDRADE DOS SANTOS ME ...”. Alega que a fonte da origem da infração foram os pagamentos efetuados pela empresa autuada., conforme, prevê planilha acostada ao processo denominada “EXTRATO BANCÁRIO - PAGAMENTOS NÃO REGISTRADOS DESTINADO A TERCEIRO: JOSE IRANILDO A DOS SANTOS - CNPJ: 12.942.827/0001-01”. Entende que se faz necessário, para instrumentalizar o processo, identificar a destinação dos pagamentos realizados, qual finalidade, quesitos que devem estar provados com documentação robusta, visando a aplicação do devido processo legal.

Diz que no corpo da planilha diversos fornecedores do ramo de bebidas e alimentos constam como beneficiários (destinatários) dos recursos utilizados, em especial Engarrafamento Pitu Ltda., Zenilda Rebouças de Almeida Eirelli, Supermercado da Família Ltda., e tantos outros. Ressalta, mais uma vez, que as mercadorias têm como destino um contribuinte inscrito, no caso, em especial José Maurício Soares.

Alega que ao levantar um crédito tributário tendo como fonte os pagamentos efetuados aos fornecedores de outro contribuinte (José Maurício Soares), como também, um afastamento à

aplicação da lei que regula os fatos geradores do ICMS, demonstra total insegurança jurídica, que é necessária.

Também alega que presumir que todo e qualquer pagamento realizado através da conta bancária para fornecedores de alimentos e bebidas, por si só, não é suficiente para caracterizar base de cálculo do ICMS sem a apresentação das notas fiscais que ampararam a operação, aproximando-se de uma tentativa de enriquecimento sem causa em favor do Estado,

Afirma que se faz necessário apresentar as notas fiscais que ampararam as operações para identificar as mercadorias existentes no corpo dessas notas, já que, como todos sabem, diversos produtos possuem o ICMS substituído, ou com base de cálculo reduzida, ou até mesmo alíquotas reduzidas (cesta básica por exemplo), jamais poderia o ICMS, ser cobrado em sua alíquota sem aplicar a proporcionalidade.

Diz que ao identificar que os recursos financeiros foram utilizados para compra de mercadorias de um terceiro e este já cumpriu com suas obrigações principal e acessória, é inadmissível que seja tributado novamente de maneira arbitrária e presumida sobre o contribuinte autuado. Ressalta que em diversos pagamentos não foram identificados os beneficiários mas, mesmo assim, foram tratados como base de cálculo do ICMS, demonstrando uma afronta ao fato gerador do ICMS.

Acrescenta que o Decreto 7799/2000 autoriza a aplicar a redução prevista no art. 1º sobre mercadorias tributadas com alíquota 18%, como também sobre bebidas alcoólicas, ou seja, como a alíquota é de 25%, aplicando de redução de 41.176% perfaz uma alíquota final de 14,71%. Diz que o Autuante, de forma equivocada, não considerou que o autuado é contribuinte atacadista e, segundo o princípio da isonomia, também conhecido como princípio da igualdade tributária, pode usufruir da redução de base de cálculo como qualquer atacadista, pois, como o próprio princípio prescreve, não poderá haver instituição e cobrança de tributo de forma desigual entre contribuintes que se encontram em condições de igualdade jurídica. É corolário do princípio Constitucional de igualdade jurídica, encontrado no art. 5º, *caput* da Constituição Federal. O princípio da isonomia, do mesmo, modo, é encontrado na Carta Magna, em seu art. 150, II, que transcreveu.

Frisa que constitui, ao lado de outros princípios tributários, uma vedação ao arbítrio do Estado, e, portanto, garantia assegurada ao indivíduo-contribuinte, sendo definido como cláusula pétrea da Constituição, não podendo ser abolida nem mesmo através do expediente da Emenda Constitucional.

Reitera o pedido de um prazo 30 dias para fazer juntada ao processo da declaração dos fornecedores confirmando a destinação dos recursos para aquisição de bens e mercadorias da empresa José Mauricio Soares, ou demonstrativo indicando a destinação dos recursos comprovando a respectiva aquisição.

Apoiado em todo o exposto e nas provas documentais acostadas ao processo, requer a este Órgão Julgador a nulidade total do presente Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal às fls. 71 a 83 dos autos. Inicialmente, registra que a defesa não apresentou a peça defensiva em formato editável (word) consoante o que determina o artigo 8º do RPAF.

Informa que foi realizada auditoria fiscal/contábil referente ao período de 01/01/2015 a 31/12/2019 decorrente da operação policial denominada OPERAÇÃO PIRILAMPO / OPERAÇÃO SEM FRONTEIRAS coordenada pelo Grupo de Apoio Especial de Combate à Sonegação Fiscal, aos Crimes Contra a Ordem Tributária, a Ordem Econômica e as Relações de Consumo (GAESF) do Ministério Público (MP) e SECRETARIA DA FAZENDA/Superintendência de Administração Tributária (SAT)/Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa (INFIP).

Esclarece que, por determinação da VARA CRIMINAL DA COMARCA DE TUCANO/BA, MM Juíza de Direito Dra. GEYSA ROCHA MENEZES, em decisão datado de 23 de abril de 2020 (doc. anexo), o Ministério Público foi autorizado compartilhamento de todas as provas colhidas nas MEDIDAS CAUTELARES de nº 0000380-74.2018.805.0261; 0000381- 59.2018.805.0261; 0000365-19.2019.805.0261 e 0000107-61.2019.805.0261 com a Procuradoria Geral do Estado e a SEFAZ do Estado da Bahia objetivando eventual responsabilização tributária dos investigados e empresas envolvidas.

Informa que os documentos de quebra de sigilo bancário e fiscal fazem parte integrante deste auto de infração por constituírem prova da movimentação financeira registrada pelo autuado caracterizando omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada.

A título de informação, descreve a operação policial que resultou neste auto de infração, e que foi objeto de repercussão na imprensa:

Fonte: acesso em 08/02/2021. <<https://www.jornalgrandebahia.com.br/2011/04/em-tucano-empresarios-sao-presos-por-sonegacao-e-policia-quer-elucidar-crimes-com-rapidez/>> acesso em 08/02/2021.

"Em Tucano, empresários são presos por sonegação e polícia quer elucidar crimes com rapidez.

Jornal Grande Bahia, compromisso em informar.

Em operação conjunta promovida pela Secretaria da Fazenda e Polícia Civil, foram cumpridos, nesta quinta-feira (31/04/2011), no município baiano de Tucano - região Nordeste do estado, distante 252 quilômetros de Salvador - nove mandados de busca e apreensão e dois de prisão.

Batizada de "Pirilampo, ela contou com o apoio das delegacias de Repressão a Furtos e Roubos de Cargas em Rodovias (Descarga) e de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública (Dececap) e foi responsável pela desarticulação de um esquema de sonegação fiscal, que teria gerado um prejuízo de aproximadamente R\$ 3 milhões anuais aos cofres públicos.

Foram recolhidos computadores e documentos fiscais nas sedes de empresas e escritórios comerciais investigados e na residência de (...), empresário apontado como líder das fraudes e com mandado de prisão em aberto. (Grifo nosso).

O golpe consiste em utilizar firmas fantasmas para emissão de notas fiscais, com o objetivo de "esquentar" as cargas. (...), que atuava como "laranja", foi preso em Tucano e ouvido pelos delegados João Uzzum e Ana Virgínia Paim, ambos da Descarga."

Informa as intimações efetuadas ao contribuinte, para apresentar livros, documentos e escrituração fiscal e contábil:

Código Mensagem:157697: Ciência em 04/05/2020. Livros e Documentos;

Código Mensagem;157698: Ciência em 04/05/2020. Escrituração Contábil Digital;

Código Mensagem:157705: Ciência em 04/05/2020. Escrituração Fiscal Digital

Acrescenta que a auditoria foi prorrogada tendo o contribuinte tomado conhecimento desta prorrogação através da intimação datada de 19/06/2020 com ciência em 29/06/2020.

Diz que a análise das contas bancárias do autuado revelaram movimentação financeira em grande vulto incompatível com as operações comerciais da empresa. No período fiscalizado a mesma teve apenas seis notas de entradas e nenhuma nota fiscal de saída emitida.

Observa que, pela listagem que elaborou à fl. 73 deste PAF, o autuado apenas adquiriu itens de ativo imobilizado e de consumo. Não obstante tais informações, quando da "quebra" do sigilo bancário do contribuinte, constatou-se que ele realizou pagamentos sem registros a empresas nos anos de 2015 a 2019 no valor de R\$ 92.304.250,37, conforme planilha anexa, caracterizando assim entradas de recursos financeiros sem a devida comprovação de vendas de mercadorias que dariam suporte a estes.

Neste sentido, foi lavrado o presente auto de infração com base no Artigo 4º, § 4º, Inciso II da Lei 7.014/96 e multa aplicada conforme inciso III do art. 42 da mesma Lei.

Ressalta que, como visto acima, o § 4º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 prevê que, quando for apurada a ocorrência de suprimentos de caixa de origem não comprovada, fica autorizada a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Considerando que essa presunção legal não é absoluta, pois ela pode ser elidida, dentre outras hipóteses, com a comprovação de que os suprimentos de caixa apurados no lançamento não foram decorrentes de omissões de saídas de mercadorias tributadas, que neste auto, a defesa, não conseguiu ilidir a acusação fiscal.

Reproduz trecho das alegações defensivas e afirma que não acata os argumentos do Autuado, porque não há emissão de nota fiscal de qualquer operação mercantil de vendas, e quanto às entradas, como dito antes, houve o recebimento de apenas 06 notas fiscais, itens tributados de ativo imobilizado (duas máquinas) e consumo (peças para veículos). Assim, as operações são meramente financeiras de vultosos pagamentos a diversas empresas que não têm qualquer relação mercantil com o autuado.

Frisa que é sobre a receita de venda oculta que se exige o imposto e não sobre a mercadoria propriamente dita já que aqui se apura o imposto através das disponibilidades do estabelecimento comercial. Quanto a questão da determinação da base de cálculo, entende que a apuração do montante real desta encontra-se perfeitamente definida nos termos do §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 c/c Instrução Normativa 56/2007

Reproduz o seguinte trecho da defesa: *“O contribuinte encontra-se com sua inscrição estadual inapta em 28/12/2017, sendo assim encontrava-se impossibilitado de realizar operações comerciais, já que nenhum contribuinte estabelecido poderia emitir notas fiscais tendo como destinatário este contribuinte, assim fica caracterizado que seria impossível realizar operações comerciais sujeitas ao ICMS junto aos beneficiários discriminados na planilha do autuante”*.

Afirma que no relato cima, o contribuinte atesta a irregularidade na prática de operações mercantis sem autorização pela SEFAZ/BA, o que é inconcebível pois que “Ninguém pode se beneficiar da própria torpeza”, isto é, valer-se de uma consciente situação cadastral irregular para depois alegar tal conduta em proveito próprio.

Entende restar evidenciado que o autuado agia utilizando-se de terceiros para efetuar suas operações mercantis ficando assim oculto, situação essa que merece todo repúdio e punição previstas em Lei.

Quanto à informação do Autuado referente ao número de sua conta no Banco Bradesco, diz que o contribuinte atesta que efetivamente era o responsável pela movimentação financeira da conta bancária que serve de suporte para este auto de infração. Também atesta que realizou pagamentos não registrados resultando suprimento de caixa sem comprovação de origem.

Sobre a alegação de efetuar pagamentos em nome de terceiros (Empresa José Maurício Soares) reforça a acusação de o defendente atuar utilizando-se de outras empresas para realizar suas supostas operações. Frisa que a legislação do ICMS individualiza o contribuinte pela sua inscrição estadual, mesmo que seja matriz e filial, o que, sequer é o caso aqui, pois se trata de empresas diferentes e com sócios também distintos. Transcreve o art. 4º da Lei 7.014/96 e o art. 2º do RICMS-BA/2012.

Informa que o Autuado alegou que diversas operações foram realizadas como empréstimos bancários etc., para justificar a origem dos recursos, conforme documentação anexa. Diz que os contratos mencionados pela Defesa se referem a aquisição de veículos. O crédito feito favorece quem vendeu o bem e o valor não entra no caixa da empresa. Alegação não acatada.

Registra que o Autuado não apresentou documentos comprobatórios que os recursos efetivamente foram recebidos pela empresa, e a análise dos extratos bancários no autuado não apresentam qualquer ingresso de recursos financeiros decorrente de empréstimo bancário junto ao banco Itaú.

Diz que as alegadas operações com a Caixa Econômica e Outros, mencionadas pelo Defendente, não se referem a situações que decorrem ingresso de recursos no estabelecimento autuado. Nestes contratos, a empresa atua como avalista de terceiros. Argumento não acatado.

Não acata os argumentos defensivos, reafirmando que o Autuado adquiriu apenas produtos de 06 notas fiscais (ativo e consumo) e nada vendeu, concluindo-se que tais pagamentos foram feitos em nome de terceiros e operados com recursos sem comprovação ocorrendo assim, suprimento irregular de caixa, na medida em que tais pagamentos não foram registrados. Frisa que o crédito ora reclamado se refere, como dito, sobre a receita de venda oculta que se exige o imposto e não sobre a mercadoria propriamente dita. O Autuado declara na defesa, de forma cristalina, que atuava irregular em nome de terceiros, ao afirmar de forma contundente que efetuou pagamentos sem qualquer ingresso de recursos. Assim, por estas afirmações, a procedência da autuação fica evidenciada.

Repete a informação de que o autuado não emitiu qualquer nota fiscal de venda. A apuração do imposto deu-se sobre a receita de venda oculta. Quanto ao benefício fiscal previsto no Decreto 7799/2000, menciona o artigo 7º do referido Decreto e o art. 111 do CTN.

Informa que o autuado, no período fiscalizado, não tinha o benefício fiscal previsto no acordo de acordo atacadista (Decreto 7799/00). Por tudo que fora exposto, inclusive com as declarações do autuado reafirmando suas operações irregulares, como a defesa não apresentou elementos relevantes que pudessem reduzir a imputação, mantém a autuação, pedindo que este Órgão Julgador julgue o presente auto de infração procedente.

Na sessão de Julgamento foi realizada sustentação oral por videoconferência pelo advogado, Dr. Umberto Falconery Rios Júnior, OAB-BA Nº 41.136.

VOTO

O defendente requereu a nulidade total do presente Auto de Infração, alegando que os métodos aplicados para identificar a base de cálculo do ICMS levantados pelo Autuante, são passíveis de insegurança jurídica. Disse que o Autuante utilizou como referência única a movimentação bancária no Banco Bradesco S. A., Agência 3544, Conta 99295, e apresentou o entendimento de que é necessário identificar as operações através de notas fiscais e seus respectivos produtos comercializados, para assim, levantar a base de cálculo justa e correta.

Afirmou que diante da impossibilidade demonstrada para apuração do montante real da base de cálculo, e com apoio na Súmula CONSEF 05 ICMS, requereu a nulidade total do presente auto de infração.

Observe que o Sistema de Fiscalização adotado pela SEFAZ/BA, compreende normas de planejamento, execução, avaliação e controle de tributos estaduais. São executados roteiros de fiscalização, que são instrumentos pelos quais se definem todas as etapas dos serviços a serem executados pelos prepostos fiscais. Neste caso, pode ser efetuada verificação de livros, documentos fiscais e contábeis, papéis e mercadorias.

Esses roteiros de fiscalização estabelecem metodologia e técnica de atuação fiscal, de modo que o desenvolvimento dos trabalhos fiscais esteja em conformidade com a legislação tributária, podendo a auditoria ser realizada através de contagem física ou análise físico-documental ou digital, inclusive por meio de arquivos eletrônicos enviados à base de dados da SEFAZ, podendo ser aplicados os mencionados roteiros a qualquer estabelecimento.

O levantamento fiscal foi realizado com base em extratos bancários de contas do Autuado, sendo constatado que houve pagamentos não registrados, conforme Planilha à fl. 12 do PAF, o que significa dizer, que o referido demonstrativo não é uma cópia do livro Caixa do Contribuinte. Dessa forma, o suprimento de caixa de origem não comprovada apurado por meio do

levantamento fiscal, indica a utilização de valores para pagamentos sem a documentação regular correspondente à receita auferida para dar suporte a esses pagamentos.

De acordo com a informação fiscal prestada pelo autuante, quanto ao argumento do Autuado, referente ao número de sua conta no Banco Bradesco, o contribuinte atesta que efetivamente era o responsável pela movimentação financeira da conta bancária que serve de suporte para este auto de infração, e também atesta que realizou pagamentos não registrados, resultando suprimento de caixa sem comprovação de origem do numerário.

Rejeito a preliminar de nulidade, uma vez que a descrição dos fatos, o enquadramento legal e os demonstrativos anexados ao Auto de Infração, permitem o conhecimento da acusação imputada ao contribuinte e o imposto lançado, possibilitando o pleno exercício do direito de defesa. O fato descrito no Auto de Infração está materialmente comprovado por meio do levantamento fiscal (fls. 12/13 do PAF); o valor da base de cálculo foi apurado de forma compreensível, e neste tipo Auditoria Fiscal/Contábil não há necessidade da indicação de nota fiscal, ou mercadoria. O referido demonstrativo deixa claro que o defendente efetuou pagamentos não registrados cujos valores foram obtidos pela Fiscalização por meio de Extrato Bancário.

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-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Na sustentação oral, o representante do Autuado alegou que não tomou conhecimento da Informação fiscal e que seria necessário conceder prazo para a sua manifestação. Não foi deferida a solicitação, considerando que na informação fiscal o autuante não refez os cálculos, apenas analisou as alegações defensivas. Dessa forma, não há necessidade de intimar o autuado para tomar conhecimento da mencionada informação fiscal, conforme previsto no § 7º do art. 127 do RPAF/BA, tendo em vista que não foram aduzidos fatos novos ou anexados aos autos novos demonstrativos pelo autuante.

Quanto ao mérito, o presente lançamento trata de omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, nos meses de janeiro de 2016, a outubro de 2018. Suprimento de caixa apurado por pagamentos efetuados pelo estabelecimento autuado, sem origem dos recursos.

Consta na descrição dos fatos, a informação de que a auditoria fiscal/contábil referente ao período de 01/01/2015 a 31/12/2019, decorre da operação policial denominada OPERAÇÃO PIRILAMPO / OPERAÇÃO SEM FRONTEIRAS, coordenada pelo Grupo de Apoio Especial de Combate à Sonegação Fiscal aos Crimes Contra a Ordem Tributária, a Ordem Econômica e as Relações de Consumo (GAESF), do Ministério Público e Secretaria da Fazenda/Superintendência de Administração Tributária (SAT)/Inspetoria de Investigação e Pesquisa (INFIP).

O suprimento de caixa de origem não comprovada, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas, também não contabilizadas, estando a irregularidade apurada embasada no art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96. Neste caso, trata-se de presunção legal, cabendo ao defendente apresentar elementos para elidir a exigência do imposto.

O defendente alegou que sua inscrição estadual está inapta desde 28/12/2017, por isso, encontrava-se impossibilitado de realizar operações comerciais, já que nenhum fornecedor estabelecido poderia emitir notas fiscais, tendo como destinatário este contribuinte. Afirmou restar caracterizado, que seria impossível realizar operações comerciais sujeitas ao ICMS junto aos beneficiários discriminados na planilha do autuante.

Entretanto, reconheceu que sua movimentação bancária, por meio do Banco Bradesco S.A., Agência 3544, Conta nº 99.295, realmente era utilizada de maneira desorganizada, e alegou que os diversos pagamentos de compras de mercadorias da empresa José Maurício Soares, foram realizados através de cheques emitidos pelo estabelecimento autuado, e que houve um erro

meramente procedimental, formal. Entendeu que ao identificar que os recursos financeiros foram utilizados para compra de mercadorias de um terceiro e este já cumpriu com suas obrigações principal e acessória, é inadmissível que seja tributado novamente de maneira arbitrária e presumida

Concordo com o posicionamento do Autuante, quando afirmou que a alegação defensiva de que foram efetuados pagamentos em nome de terceiros (Empresa José Maurício Soares), reforça a acusação fiscal, ressaltando que a legislação do ICMS individualiza o contribuinte pela sua inscrição estadual, mesmo que seja matriz e filial, o que, sequer é o caso aqui, pois trata-se de empresas diferentes e com sócios também distintos.

Vale observar, que para efeito da legislação tributária, é autônomo cada estabelecimento, ainda que do mesmo titular, e essa autonomia dos estabelecimentos é prevista no § 3º, II, do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96. Neste caso, não há como unificar as operações de dois estabelecimentos distintos, de tal forma, que um Contribuinte efetue o pagamento relativo às aquisições de mercadorias de outro Contribuinte, sem a necessária comprovação fiscal e contábil, inclusive quanto ao ingresso dos recursos.

Conforme ressaltou o Autuante, sobre a receita de venda oculta é que foi exigido o imposto e não sobre a mercadoria propriamente dita, já que aqui se apurou o imposto através das disponibilidades do estabelecimento comercial. Quanto ao questionamento da determinação da base de cálculo, esclareceu que a apuração do montante real desta, encontra-se perfeitamente definida nos termos do §4º do art. 4º da Lei nº 7.014, c/c Instrução Normativa 56/2007:

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 56/2007

1 - Apurada omissão de operações de saídas de mercadorias, nas hipóteses previstas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, o preposto fiscal poderá considerar que parte desses valores se refere a operações Isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo-as do cálculo do ICMS devido, caso existam circunstâncias, elementos ou informações que permitam esta conclusão.

2 - ...

3 - Não sendo obtidos ou apresentados pelo contribuinte dados que possibilitem o cálculo da proporcionalidade admitida nos termos do item 1, o preposto fiscal lançará o ICMS devido utilizando como base de cálculo o valor total da omissão de operações de saída apurada, devendo ser registrada no termo de encerramento de fiscalização tal impossibilidade, sob pena de não registro do auto de infração.

Na Auditoria das disponibilidades, é efetuado o confronto dos recursos obtidos pelo contribuinte com o volume dos recursos aplicados, evidenciando o saldo financeiro real do final do período fiscalizado. Os recursos aplicados se constituem de todos os pagamentos efetuados em dinheiro, cheque ou débito em conta corrente, a fornecedores, duplicatas, salários, contribuições, impostos, compra de material de uso ou consumo, despesas, adiantamentos a fornecedores, empréstimos concedidos, adiantamentos a empregados, pagamentos de dividendos, transferências de numerários, depósitos bancários etc. Ou seja, todos os desembolsos realizados no período abrangido pela auditoria, e são consultados os extratos bancários, avisos de crédito e de débito, títulos em cobrança ou de descontos de duplicatas, conferindo as datas constantes na documentação correspondente.

Entendo que não há impedimento para um contribuinte efetuar empréstimos e transferências bancárias com o objetivo de socorrer outro contribuinte nos pagamentos diversos, a exemplo de aquisições de mercadorias ou despesas, desde que seja comprovada a origem dos recursos e a regularidade da transação efetuada. No caso em exame, não foi comprovada pelo autuado a origem do suprimento de caixa, e a legislação autoriza a presunção de que esse suprimento é decorrente de saídas de mercadorias em decorrência de lançamento de numerário inexistente.

Conforme o § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Como se trata de presunção legal, como destacou o autuante na informação fiscal, a presunção não é absoluta, pois ela pode ser elidida, dentre outras hipóteses, com a comprovação de que os suprimentos de caixa apurados no lançamento, não foram decorrentes de omissões de saídas de mercadorias tributadas, entretanto, neste auto de infração, a defesa não conseguiu comprovar a improcedência da presunção legal.

Na informação fiscal, consta a observação de que, pela listagem elaborada à fl. 73 deste PAF, o autuado apenas adquiriu itens de ativo imobilizado e de consumo. Não obstante tais informações, quando da “quebra” do sigilo bancário do contribuinte, constatou-se que ele realizou pagamentos sem registros a empresas nos anos de 2015 a 2019, no valor de R\$ 92.304.250,37, conforme planilha anexa, caracterizando assim entradas de recursos financeiros sem a devida comprovação de vendas de mercadorias ou outras receitas que dariam suporte a estes.

Observe que as alegações defensivas não foram comprovadas, por isso, se pode considerar que os valores apurados correspondem à omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Saliento, que embora o autuado não tenha solicitado a realização de diligência, neste caso, o impugnante deveria exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF-BA/99, não cabendo a este órgão julgador buscar provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.

O Impugnante citou que o Decreto 7799/2000, autoriza a aplicar a redução prevista no art. 1º sobre mercadorias tributadas com alíquota 18%, como também sobre bebidas alcoólicas, ou seja, com a alíquota é de 25%, aplicando de redução de 41,176%, perfaz uma alíquota final de 14,71%, e que o Autuante, de forma equivocada, não considerou que o Autuado é contribuinte atacadista, e, segundo o princípio da isonomia, também conhecido como princípio da igualdade tributária, poderia usufruir da redução de base de cálculo como qualquer atacadista.

O art. 1º do Decreto 7.799/2000, estabelece que *“nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento) ...”*

O art. 7º deste mesmo Decreto, prevê que o tratamento tributário nele estabelecido fica condicionado à celebração de Termo de Acordo específico a ser firmado entre a SEFAZ/BA, e o interessado, no qual são determinadas as condições e procedimentos aplicáveis ao caso, entretanto, não ficou comprovado nos autos que o defendente tenha celebrado qualquer Termo de Acordo, não se podendo aplicar a isonomia alegada, por se tratar de benefício condicionado ao referido Termo de Acordo. O autuante informou que no período fiscalizado, o Autuado não tinha o benefício fiscal previsto Acordo de Atacadista (Decreto 7799/00).

O Autuante também informou, que o defendente alegou que diversas operações foram realizadas como empréstimos bancários etc., para justificar a origem dos recursos, conforme documentação anexa. Entretanto, os contratos mencionados pela Defesa se referem à aquisição de veículos, e neste caso, o crédito é feito favorecendo quem vendeu o bem, e o valor não entra no caixa da empresa. Portanto, não há como acatar essa alegação como prova da origem dos recursos.

Considero procedente a exigência fiscal, tendo em vista que o suprimento de caixa de origem não comprovada, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas, também não contabilizadas, e não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos, estando a irregularidade apurada embasada em dispositivo legal (art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96), sendo correto o percentual da multa (100%), de acordo com o art. 42, inciso III da mesma Lei.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **284119.0011/20-2**, lavrado contra **JOSÉ IRANILDO ANDRADE DOS SANTOS**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.573.933,16**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2021

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA