

**A. I. N°** - 281318.1202/08-9  
**AUTUADO** - F. J. DOS REIS & CIA. LTDA.  
**AUTUANTE** - JOÃO CARLOS MEDRADO SAMPAIO  
**ORIGEM** - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS  
**INTERNET** - 24.07.09

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0235-04/09

**EMENTA:** ICMS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O autuado comprovou que não exerce operações de saídas sujeitas à tributação do ICMS, mas apenas prestações de serviços, sendo contribuinte do ISSQN. Aplicação do item 02 da IN 56/07. Infração descaracterizada. Preliminar de decadência rejeitada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 17/12/2008, exige ICMS no montante de R\$ 47.350,04, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, em função de “omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entrada de mercadorias não registradas” (período de janeiro de 2003 a junho de 2007).

No dia 15/01/2009 (fl. 151), o autuado apresenta impugnação ao lançamento às fls. 152 a 156. De início, destaca suposto equívoco da autuação, pelo fato de diversas notas fiscais de entradas indicadas pelo autuante não representarem aquisições feitas pelo autuado. Aduz, ainda, que se todas as notas fiscais levantadas no procedimento fiscal dissessem respeito a aquisições suas, nada seria devido a título de ICMS, em virtude das razões abaixo aduzidas.

Com fundamento no quanto disposto no art. 150, parágrafo 4º do CTN, que transcreve à fl. 153, aponta a decadência do direito do Fisco de lançar obrigações tributárias originárias de fatos geradores ocorridos entre 1º de janeiro e 17 de dezembro de 2003, pois o Auto de Infração foi lavrado em 17/12/2008 e sua ciência se deu posteriormente.

Citando o art. 2º, parágrafo 3º do RICMS/BA e o art. 4º, parágrafo 4º da Lei nº 7.014/96, afirma que não incide o imposto sobre as operações objeto da autuação. Explica que o fato gerador decorre da presunção de omissão de saídas ocorridas em momento anterior, as quais, em tese, não teriam sido escrituradas. Argumenta que desta forma o Fisco acaba adotando duas presunções consecutivas: a primeira seria a de que a falta de escrituração de entradas comprovaria operações de saídas anteriores; e a segunda, a de que estas operações de saídas seriam tributáveis pelo ICMS. Citando a IN 56/07, faz um arrazoado sobre o posicionamento deste Conselho de Fazenda diante de tal situação, trazendo exemplos de empresas que só operam saídas isentas, imunes, sem tributação ou apenas sujeitas ao ISSQN. Em suma, alega que, conforme a mencionada Instrução Normativa, no caso de omissões de saídas apuradas por presunção, faz-se necessário levar em conta a realidade tributária do contribuinte, que seria exatamente o caso do Auto de Infração ora impugnado, pois pratica operações (prestações de serviços) sujeitas exclusivamente à tributação municipal, sendo seu objeto social o de serviços gráficos (fl. 160, Cláusula Segunda). Diz que os documentos econômico-fiscais de fls. 165 a 218 comprovam a inexistência de saídas tributáveis pelo imposto estadual.

Requer todos os meios de prova admitidos em Direito, inclusive diligência; a declaração da decadência do direito de lançar valores relativos a 2003 e a improcedência do Auto de Infração.

O autuante apresenta informação fiscal à fl. 222. Diz que a argumentação do autuado de que não adquiriu algumas mercadorias levadas em conta na autuação são infundadas, por falta de provas. Entende inepta a arguição de decadência, tendo em vista que sendo a lavratura do Auto de 17/12/2008, retroage o alcance da auditoria até 2003. Alega que todas as notas fiscais comprovantes das aquisições e respectivos créditos reclamados encontram-se apensadas no processo. Por fim, infere que a impugnação foi elaborada com intuito de procrastinar.

## VOTO

Quanto à preliminar de decadência do direito do Fisco lançar créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos no ano de 2003 (1º de janeiro a 17 de dezembro), observo que a legislação estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 965 do RICMS/97, que está de acordo com o art. 173, I do CTN.

Portanto, não assiste razão ao autuado, pois o parágrafo único do artigo 173 do CTN deixa claro que o prazo definitivo para constituição do crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, da data em que tenha sido iniciada a referida constituição pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. No caso presente, a intimação, medida preparatória indispensável ao lançamento, ocorreu no dia 09/07/2008 (fl. 12), pontuando o direito de lançar créditos relativos a fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/2003. Assim, rejeito a preliminar de decadência suscitada pelo sujeito passivo.

No mérito, o autuado inicialmente alega que diversas notas fiscais de entradas indicadas pelo autuante não representam aquisições efetivamente realizadas. Todavia, não indicou que notas fiscais são essas nem elaborou qualquer planilha referente às mesmas, ao passo que o autuante, juntamente com os documentos fiscais, acostou ao PAF demonstrativo de débito, onde constam todas as notas fiscais numeradas (fls. 07 a 11). Por conseguinte, com fundamento no art. 143 do RPAF/99, que estabelece que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, entendo que não merecem abrigo tais alegações, vez que destituídas de provas.

No tocante à questão da proporcionalidade, estabelecida na IN 56/07, importa registrar que a mesma determina que: a) (item 1 da IN) 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; b) (item 2 da IN) no curso da ação fiscal, caso o preposto fiscal verifique que as operações habituais do contribuinte sejam integralmente isentas, não tributáveis e / ou sujeitas à substituição tributária, deverá abster-se de aplicar os roteiros fiscais relativos às presunções referidas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 e aplicar outros roteiros de fiscalização.

Observo que o autuante, em sua informação fiscal de fl. 222, não se manifestou acerca deste assunto, que foi objeto da impugnação do sujeito passivo, em inobservância do parágrafo 6º do art. 127 do RPAF/99, que estabelece que a informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação.

Com efeito, a situação se enquadra na previsão do item 02 da IN 56/07, pois o autuado exerce serviços sujeitos apenas ao ISSQN, não estando submetido à tributação do ICMS ora exigido. Os elementos de prova trazidos aos autos (documentos econômico-fiscais de fls. 165 a 218, além do contrato social, fl. 160, Cláusula Segunda) e as informações dos sistemas da SEFAZ, a exemplo do INC, demonstram que assiste razão ao sujeito passivo quando afirma que o Fisco adotou duas presunções consecutivas: a primeira seria a de que a falta de escrituração de entradas

comprovaria operações de saídas anteriores (legal e pertinente); e a segunda, a de que estas operações de saídas seriam tributáveis pelo ICMS (pessoal e improcedente). Da análise das notas fiscais e do livro Registro de Apuração do ICMS juntados ao processo, concluo que se trata de aquisição de insumos utilizados na prestação de serviços gráficos, fora do campo de tributação do ICMS. É notório que no âmbito do Direito Tributário somente são admitidas as presunções originadas da legislação, sendo absolutamente incabíveis aquelas de natureza pessoal, a exemplo de que as saídas do autuado seriam tributáveis, quando todos os elementos demonstram o contrário. Seria o caso de o autuante observar o dispositivo do item 2 da IN 56/07, abster-se de aplicar os roteiros fiscais relativos às presunções referidas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 e aplicar outros roteiros de fiscalização.

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração número **281318.1202/08-9**, lavrado contra **F. J. DOS REIS & CIA. LTDA.**

Esta Junta recorre, de ofício desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR