

PROCESSO	- A. I. Nº 147323.0019/04-4
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BRASQUÍMICA PRODUTOS ASFÁLTICOS LTDA
RECORRIDOS	- BRASQUÍMICA PRODUTOS ASFÁLTICOS LTDA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0055/05-05
ORIGEM	- IFEPE - DAT/METRO
INTERNET	- 20/12/2005

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL  
ACÓRDÃO CJF Nº 0448-12/05**

**EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE SAÍDA DE MERCADORIA PARA EMPRESA CONSIDERADA NÃO CONTRIBUINTE. O autuado comprovou que a maior parte das operações questionadas era destinada a contribuintes do imposto. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitada a preliminar de decadência suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Decisão unânime. Recurso Voluntário NÃO PROVIDO. Decisão não unânime.**

### **RELATÓRIO**

Trata o presente de Recursos Voluntário e de Ofício, interpostos, respectivamente, pelo autuado e pela 5ª JJF, contra a referida Decisão prolatada pela referida Junta de julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0055/05-05, que julgou pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir ICMS no valor de R\$871.753,25, acrescido da multa de 60%, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$151,71, em razão das seguintes infrações:

1. *“Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”* – R\$871.753,25. Em complemento à acusação, o autuante consignou que: *“O contribuinte fornece para empresas de construção civil, estabelecidas em outras unidades da Federação, produtos asfálticos. Tais produtos são utilizados na prestação de serviços previstos nos itens 32 e 34 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei 406/88 e suas alterações posteriores, diretamente nas obras, não caracterizando materiais produzidos fora do local da obra, única situação que conduziria à condição de contribuinte do ICMS a empresa do ramo de construção civil. Os fornecedores de mercadorias para empresa do ramo de construção civil deveriam, até 31.12.2002, cumprir as determinações do Convênio ICMS 71/89. A partir daquela data, seguir, se fornecedor de estado signatário deste, as determinações do Convênio ICMS 137/02. Isto posto, conclui-se que empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, salvo na exceção acima descrita, o que obriga ao fornecedor, identificar a condição de contribuinte do seu cliente, obrigação normatizada pelo Convênio ICMS 137/02”*.
2. *“Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal”* – R\$151,71.

O autuado apresentou impugnação, inicialmente informando que providenciou o recolhimento do valor exigido na infração 2.

Em relação à infração 1, inicialmente alegou a decadência do direito do fisco constituir o crédito tributário quanto aos fatos geradores ocorridos no ano de 1999. Entendeu que, sendo o ICMS típico tributo sujeito ao lançamento por homologação, o prazo decadencial a ele aplicável deve ser o disciplinado no art. 150, §4º, do CTN, cujo teor transcreveu. Acrescentou que da análise de tal dispositivo, conclui-se que, uma vez verificado o pagamento do tributo e decorridos cinco

anos da ocorrência do fato gerador, reputa-se tacitamente homologado o procedimento efetivado pelo particular e extinto o crédito tributário, conforme dicção do art. 156, VII, do CTN, que também transcreveu. Aduziu que, no caso em tela, o contribuinte tomou ciência do lançamento em 04/01/05, e que já haviam sido homologados tacitamente os pagamentos relativos aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e dezembro de 1999. Apresentou, ainda, algumas lições de renomado tributarista, bem como algumas decisões de outros tribunais, com o fito de amparar sua tese.

No mérito, disse que reconhece o débito apenas no que diz respeito à venda relativa à nota fiscal nº 6848, emitida em 30/08/99, haja vista que a empresa destinatária da mercadoria não se reveste da condição de contribuinte do ICMS. Efetuou o recolhimento do imposto no valor de R\$441,77, de acordo com cópia de DAE, anexado à fl.175. Não concordou, em relação aos demais valores exigidos, com base nos seguintes argumentos:

- disse que está sendo cobrado imposto relativo a vendas que foram efetivamente canceladas, e apresenta demonstrativo à fl. 137, relacionando os documentos fiscais, bem como anexa aos autos cópias dos mesmos para comprovar sua afirmação;
- afirmou que algumas operações que foram objeto de cobrança foram realizadas para efetivos contribuintes do ICMS, que relaciona à fl. 140, sendo correta a aplicação da alíquota de 12%;
- aduziu que as demais operações questionadas, foram relativas a vendas para empresas do ramo de construção civil, localizadas em Estados que as consideram contribuintes do imposto, razão porque entende correta a aplicação da alíquota de 12%. Transcreveu parte da legislação das unidades da Federação envolvidas nas operações, acostando aos autos demonstrativos das notas fiscais e das empresas que adquiriram as mercadorias, além de vasta documentação obtida dos Estados destinatários e do SINTEGRA, com o intuito de comprovar a condição de contribuinte das empresas de construção civil em exame;
- apontou, ainda, alguns erros de soma nos levantamentos efetuados pelos autuantes, exemplificados às fls. 161/162.

Ao final, requereu diligência, pedindo que seja declarada a decadência dos valores exigidos nos meses de janeiro a dezembro de 1999, e solicitando que a infração 01 fosse julgada improcedente, no que diz respeito às vendas canceladas e às efetuadas para contribuintes, incluindo as empresas de construção civil.

Os autuantes, em sua informação fiscal, inicialmente afirmaram que iriam se deter no mérito da autuação, uma vez que o CONSEF já tem uma posição definida quanto à questão de decadência do crédito tributário.

No mérito, a princípio esclareceram o motivo da autuação, ressaltando que a simples inscrição nos cadastros estaduais não determina a condição de contribuinte do ICMS de algumas empresas. Disseram que o Convênio ICMS Nº 137/02 instituiu um documento que deveria ser expedido pelo fisco, declarando a condição de contribuinte do destinatário das mercadorias, e deveria ser emitido a partir da competência 11/2002. Aduziram que o autuado não apresentou a referida declaração relativamente às operações nos meses de novembro e dezembro/2002. Quanto às operações realizadas entre 1999 a 2002, entenderam que, apesar de não ser obrigação do autuado apresentar a declaração já citada, as mesmas tiveram como destino empresas não contribuintes do ICMS, e consideram que a finalidade das aquisições das mercadorias (asfalto) é a utilização na prestação de serviços não tributados pelo referido imposto. Quanto à documentação apresentada pelo autuado em sua peça defensiva, acatam as comprovações das vendas canceladas, bem como a situação de contribuinte das empresas que o autuado relacionou à fl. 40 de sua defesa, além de reconhecerem alguns equívocos cometidos nas somas de seus levantamentos. No que diz respeito às empresas de construção civil, aceitaram a condição de contribuinte para aquelas situadas nos Estados de Alagoas e Ceará. Em relação às empresas de construção civil, inscritas nos Estados de Pernambuco, Piauí, Paraíba e Sergipe, entenderam que a legislação dessas unidades da Federação não reconhecem a condição de contribuinte das empresas em exame, nos períodos objeto da autuação.

Ao final, após as retificações procedidas, apresentaram novo demonstrativo de débito (fl.405), reduzindo o valor a ser exigido na infração 01 para R\$455.484,47.

O autuado em nova manifestação, voltou a ratificar seu questionamento a respeito da decadência dos valores exigidos no exercício de 1999. No mérito, fez as seguintes observações:

- que os atuantes não fizeram referência aos atestados que declararam a condição de contribuintes, anexados aos autos por ocasião da sua primeira defesa (Docs. 08 a 31), fornecidos pelos Estados de Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Piauí, e Minas Gerais;
- que apesar de ter comprovado o cancelamento das Notas Fiscais nºs 9068 e 9201, as mesmas continuaram constando do novo demonstrativo de débito apresentado pelos autuantes (fl. 418);
- que os autuantes não analisaram as informações prestadas pelas diversas Secretarias Estaduais, em relação a sua consulta sobre a condição de contribuinte, das empresas que relaciona às fls. 458 a 461 dos autos;
- que a empresa Casal – Investimentos Imobiliários Ltda., situada no Estado de Pernambuco é contribuinte do imposto, já que a legislação daquela unidade da Federação (que transcreve) sofreu diversas alterações no período de 1999 a 2001. Disse que tais alterações não foram analisadas pelos autuantes, afirmando que no período mencionado o Estado em questão já enquadrava as empresas de construção civil como contribuinte do imposto;
- questionou, ainda, a situação das empresas de construção civil, nos Estados do Piauí, Paraíba e Sergipe, transcrevendo trechos das respectivas legislações, com o intuito de demonstrar que os referidos Estados também já enquadravam as empresas de construção civil como contribuinte do ICMS.

Ao final, ratificou seu pedido de decadência dos valores exigidos no exercício de 1999, e solicitou que a infração 1 fosse julgada improcedente, no que diz respeito às vendas canceladas e às efetuadas para as empresas de construção civil.

Tendo em vista a impugnação apresentada pelo autuado, onde o mesmo trouxe novas alegações no que diz respeito ao seu entendimento em relação à primeira infração, a 4ª JJF decidiu converter o PAF em diligência à Inspetoria de Origem (fl. 478), para que os autuantes prestassem nova informação fiscal, observando ao disposto no parágrafo 6º, do artigo 127, do RPAF/99.

Os autuantes se manifestaram, dizendo que os atestados que declararam a condição de contribuintes, fornecidos pelos Estados de Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Piauí, e Minas Gerais, foram acatados, nessa oportunidade, e que os valores exigidos estão sendo expurgados dos seus demonstrativos. Ressalvaram, porém, que o Estado do Piauí somente atestou a condição de contribuinte (fl. 271) da Construtora Sucesso S/A, permanecendo a exigência sobre as demais operações para esse Estado. No que diz respeito ao questionamento da cobrança em relação às Notas Fiscais nºs 9068 e 9201, que foram canceladas, reconheceram o equívoco e informaram que os valores também estão sendo expurgados do seu demonstrativo.

Ao final, após as retificações procedidas, apresentaram novo demonstrativo de débito (fl. 483), reduzindo o valor a ser exigido na infração 1 para R\$25.476,11.

O autuado novamente se manifestou, ratificando os termos de sua defesa inicial e dizendo que apesar dos autuantes terem reconhecido que a Construtora Sucesso S/A, sediada no Estado do Piauí, é contribuinte do imposto, continuaram a exigir pagamento do ICMS, referente às operações realizadas no exercício de 2001, no montante de R\$4.623,25, conforme demonstrativo à fl. 487. Questionou, ainda, a situação das empresas Construtora Queiroz Galvão, Tucumann Engenharia e Empreendimentos Ltda. e da Construtora Getel Ltda., reiterando suas alegações de que as mesmas são contribuintes do ICMS, e juntando documentos às fls.501 a 504, visando comprovar sua argumentação.

Tendo em vista a impugnação apresentada pelo autuado, onde o mesmo apresentou nova alegação e documentação, além de reiterar outros pontos controversos, no que diz respeito ao seu entendimento em relação à primeira infração, esta 4ª JJF decidiu converter o PAF em diligência à Inspetoria de Origem, para que os autuantes pudessem se manifestar a respeito.

Os autuantes o fizeram, reconhecendo a cobrança indevida sobre as operações com a Construtora Sucesso S/A, bem como a condição de contribuinte das empresas Construtora Queiroz Galvão, Tucumann Engenharia e Empreendimentos Ltda e da Construtora Getel Ltda. Ao final, apresentaram novo demonstrativo de débito (fl. 514), dizendo que foram excluídos todos os valores cobrados indevidamente, restando aqueles não comprovados. Após as novas retificações, o valor do débito foi reduzido para R\$3.830,38 (infração 1).

O autuado se manifestou reiterando todos os termos dos argumentos jurídicos até aqui alegados, pugnando pela improcedência do lançamento fiscal e entendendo que o valor remanescente não merece acolhida. Alegou que os autuantes continuam exigindo imposto relativo a operações com empresas que são comprovadamente contribuintes do ICMS. Informou que, na oportunidade, anexava aos autos comprovação da condição de contribuinte das empresas Mecominas Mecanização e Empreendimentos Ltda., MAC- Mesquita Andrade Construções Ltda., Construtora Jurema Ltda. e MED Construções Ltda., sediadas nos Estados do Pará, Rio Grande do Norte e Maranhão, respectivamente.

Em nova manifestação, o autuado disse que o montante autuado foi substancialmente reduzido, em face das comprovações feitas. Ressaltou, quanto ao valor remanescente, que o CONSEF, em casos análogos, vem julgando improcedente o lançamento fiscal pelo fato do ônus da prova caber ao autuante. Anexou cópia do Acórdão CJF nº 0155-12/05, visando amparar sua argumentação. Ao final, dizendo que um simples indício de infração não autoriza a fiscalização a lavrar um Auto de Infração arrimado em suposições, sem provas concretas, pediu a inteira improcedência da infração 1.

Através do Acórdão JJF Nº 0055/05-05, a 5ª JJF, em Decisão unânime, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração sob o entendimento de que:

- a) não há como prosperar a preliminar de decadência suscitada pelo autuado, uma vez que “*a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual, após decorridos os cinco anos previstos legalmente, são aceitos, por assim dizer, pelo sujeito ativo da relação tributária*”, bem assim que “*quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional*”; assim, tendo em vista que, no caso vertente, “*os fatos geradores questionados ocorreram no exercício de 1999 e o prazo para a constituição do crédito tributário se extinguiria no dia 31/12/2004. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 29/11/2004, não havia se configurado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, considera que, lavrado o Auto de Infração, não há mais que se cogitar de prazo de decadência, independentemente de notificação do lançamento ao sujeito passivo*”; sendo este, reiteradamente, o posicionamento do CONSEF;
- b) no mérito, quanto à infração 1, o autuado reconheceu o débito apenas no que diz respeito à venda relativa à nota fiscal nº 6848, emitida em 30/08/99, no valor de R\$441,77; decidiu a R. Junta de Julgamento Fiscal que “*assiste razão em parte ao autuado, valendo ressaltar que os próprios autuantes acataram a exclusão das operações que foram canceladas, corrigiram os erros de soma nos seus levantamentos, bem como reconheceram a condição de contribuintes da maior parte das empresas destinatárias das mercadorias, depois de analisarem por três oportunidades a documentação juntada aos autos pelo sujeito passivo, por ocasião de suas manifestações (legislação das unidades da Federação envolvidas nas operações, comprovações obtidas no sistema SINGRA, atestados que declararam a condição de contribuintes, fornecidos pelos Estados de Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Piauí, e Minas Gerais)*”; por outro lado, entendeu a primeira instância que, após o reconhecimento dos equívocos por parte dos autuantes, reduzindo significativamente o débito original, não há como prosperar o pleito do autuado quanto à improcedência da autuação, “*tendo em vista que a simples inscrição nos cadastros estaduais não determina a condição de contribuinte do*

*ICMS, e como os autuantes apresentaram as notas fiscais dessas operações, cabe ao autuado comprovar que as referidas empresas são efetivamente contribuintes do imposto, assim como procedeu com relação à diversas operações que foram excluídas da exigência”;*

- c) devem ser acolhidas as provas de condição de contribuintes apresentadas pelo autuado, relativamente às empresas Mecominas Mecanização e Empreendimentos Ltda, MAC-Mesquita Andrade Construções Ltda., e MED Construções Ltda., posto que apresentadas nos mesmos moldes dos que foram acatados pelos autuantes, reduzindo o valor a ser exigido para R\$1.673,59;
- d) outrossim, “*o documento juntado ao processo (fl. 527), relativo à Construtora Jurema não foi aceito como prova da situação de contribuinte dessa empresa, já que o referido documento, emitido pelo SINTEGRA, não informa a data em que a empresa foi inscrita, apenas constando seus dados e situação no cadastro em 16/12/02, onde consta ‘habilitado com restrições’, sendo que a operação questionada que exige o valor de R\$768,10, é relativa ao exercício de 2000”;*
- e) no que diz respeito à infração 2, o autuado reconheceu a procedência da mesma, inclusive providenciando o recolhimento do débito, não havendo, dessa forma, necessidade de maiores considerações.

Por ter havido prejuízo para o Fisco Estadual em montante superior a R\$50.000,00, a referida 5.<sup>a</sup> JJF recorreu de ofício da Decisão, à luz do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.<sup>º</sup> 7.629/99, alterado pelo Decreto n.<sup>º</sup> 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Inconformado com a Decisão prolatada pela 5<sup>a</sup> JJF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, reiterando os argumentos suscitados nas peças pelo mesmo colacionadas aos autos, notadamente quanto à necessidade de decretação da decadência dos valores do imposto relativo às operações ocorridas em 1999, bem como insurgindo-se quanto ao não acatamento das notas fiscais remanescentes e, consequentemente, quanto ao saldo devedor residual.

Afirma que todas as operações foram realizadas por contribuintes de ICMS nos seus respectivos Estados, bem como que foram acostados aos autos do presente PAF os cadastros das empresas com as quais foram efetivadas as operações interestaduais. Invocou e transcreveu os arts. 523, 524 e 525, V, do RICMS, do Estado da Paraíba, para o fim de demonstrar a incidência de ICMS nas referidas operações.

Nesse sentido, também o Fisco Estadual de Sergipe entende que a atividade de construção civil sujeita habitualmente à incidência de ICMS, conforme se depreende das informações prestadas pela Secretaria da Fazenda do Estado de Sergipe, em resposta à consulta feita pelo recorrente.

Daí porque não merecem prosperar as exigências concernentes às operações realizadas entre o recorrente e as empresas Cojuda Construtora Julião Ltda., ETP Construções e Planejamento Ltda., haja vista estarem enquadradas como contribuintes do ICMS.

Quanto à necessidade de manutenção da autuação, relativamente à empresa Construtora Jurema Ltda., relacionada no exercício de 2000, no valor de R\$768,10, a Consulta Pública ao Cadastro do Estado do Maranhão que conseguiu o recorrente através do SINTEGRA, atestou a referida construtora como sendo contribuinte do ICMS, pelo que resta inequívoca tal condição (doc. 3, da manifestação protocolada em 29/07/2005).

Reitera o argumento de que, no caso presente, o ônus da prova é de quem alega, ou seja, é do autuante, sob pena de estar procedendo a autuações temerárias que ferem a liberdade do contribuinte. Transcreve ensinamento de Hugo de Brito Machado a respeito da matéria, para o fim de demonstrar que o ônus da prova, no processo administrativo, deve ser de quem acusa. Aduz que a tarefa de apresentar prova em sentido contrário não foi possível de obter em tempo hábil, em relação às demais empresas. Afirma que foi anexada, à sua manifestação protocolada em 07/07/2005, precedente da lavra dessa 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal, que guarda estrita semelhança com a hipótese dos autos, não cabendo ao Fisco Estadual lavrar Auto de Infração calcado em meros indícios. Ao final, reiterou o pedido de decadência relativo aos débitos ocorridos no exercício de 1999, bem como a inteira improcedência descrita no item 1, do Auto de

Infração, vez que caberia ao autuante demonstrar que as empresas listadas no item 3.1., da presente peça, são contribuintes do ICMS.

Em seu Parecer, a ilustre representante da PGE/PROFIS entende que, quanto à ocorrência de decadência, aplica-se *in casu* o art. 173, I, do CTN, bem assim o art. 965, I, do RICMS/BA, como explicitado de forma satisfatória no julgamento de primeira instância. Da mesma forma, assevera que a simples inscrição nos cadastros estaduais não determina a condição de contribuinte do imposto e os documentos juntados não foram capazes de afastar a incidência do imposto quanto à integralidade das operações. Ao final, opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

Através de Despacho, a Procuradora Assistente acolheu o Parecer anteriormente exarado que concluiu pelo improvimento do Recurso Voluntário interposto, haja vista que as razões recursais foram insuficientes para alterar a Decisão de Primeira Instância.

## VOTO

Inicialmente, há que ser enfrentada a preliminar de decadência reiterada pelo recorrente em suas razões recursais.

Nesse sentido, reparo algum merece o fundamentado *decisum* de Primeira Instância, uma vez que tem o CONSEF reiteradamente decidido que se aplica ao caso vertente o quanto insculpido no art. 173, I, do Código Tributário Nacional c/c o art. 965, I, do RICMS/BA, em contraposição à aplicação do § 4º, do art. 150, do primeiro Diploma Legal supra citado.

Destarte, com espeque nos fundamentos lançados na Decisão de Primeira Instância, rejeito a argüição preliminar de decadência, suscitada pelo recorrente.

No que concerne ao mérito do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, de igual forma, razão alguma assiste ao mesmo. Senão, vejamos.

Isso porque a simples inscrição nos cadastros estaduais não determina a condição de contribuinte do imposto, não tendo sido os documentos juntados, ao contrário daqueloutros acolhidos pela R. Junta de Julgamento Fiscal, capazes de afastar a incidência do imposto quanto à integralidade das operações.

Ora, não tendo o recorrente conseguido comprovar as alegações sustentadas no presente Recurso Voluntário, e o *onus probandi* era seu - tanto assim que conseguiu fazê-lo em relação à grande maioria das operações – falece de procedência o pleito recursal formulado, razão pela qual NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado.

Quanto ao Recurso de Ofício interposto, *concessa venia*, não merece reforma a Decisão prolatada pela primeira instância.

Note-se que, como decidido pela Colenda 5ª Junta de Julgamento Fiscal, “*os próprios autuantes acataram a exclusão das operações que foram canceladas, corrigiram os erros de soma nos seus levantamentos, bem como reconheceram a condição de contribuintes da maior parte das empresas destinatárias das mercadorias, depois de analisarem por três oportunidades a documentação juntada aos autos pelo sujeito passivo, por ocasião de suas manifestações (legislação das unidades da Federação envolvidas nas operações, comprovações obtidas no sistema SINTEGRA, atestados que declararam a condição de contribuintes, fornecidos pelos Estados de Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Piauí, e Minas Gerais)*”. Restou, portanto, comprovada pelo autuado e reconhecida pelo Fisco, através de seus prepostos, a improcedência dessas operações.

Além disso, mantendo o entendimento consubstanciado em Primeira Instância quanto ao acolhimento da condição de contribuintes das empresas Mecominas Mecanização e Empreendimentos Ltda., MAC- Mesquita Andrade Construções Ltda., e MED Construções Ltda., devendo prosperar as exclusões promovidas pelo *a quo* em relação às citadas empresas.

*Ex positis*, em face das robustas provas colacionadas aos autos voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto, mantendo *in totum* a redução do débito promovida em Primeira Instância.

### VOTO EM SEPARADO

Neste processo, apesar de ter votado com o relator, entendo a condição de contribuinte do ICMS das empresas destinatárias só estaria devidamente demonstrada se viesse aos autos a prova de que as mesmas exerciam atividade sujeita à incidência do imposto estadual. A condição de inscrito no cadastro do ICMS do Estado de destino das mercadorias, por si só, não transforma nenhuma pessoa, física ou jurídica, na condição de contribuinte do imposto, razão pela qual as provas produzidas neste processo não são suficientes para certificar a situação tributária dos destinatários dos produtos remetidos pela empresa autuada. Entretanto, é também dever do fisco, produzir a prova em que se fundamenta a acusação fiscal, mas, de forma contrária a essa exigência processual, nada foi trazido ao processo para certificar a certeza da autuação. De forma contraditória aos motivos externados no Auto de Infração, os autuantes foram acatando as declarações juntadas pelo autuado, o que revela que os mesmos não estavam suficientemente convencidos do acerto da exigência fiscal. Resta, portanto, manter a Decisão de 1º grau.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 147323.0019/04-4, lavrado contra **BRASQUÍMICA PRODUTOS ASFÁLTICOS LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.673,59**, sendo R\$1.532,39 atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais R\$141,20 acrescido da multa de 60% prevista no mesmo Diploma Legal, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$151,71**, sendo R\$47,90, atualizado monetariamente e R\$103,81, prevista no art. 42, IX, da mesma lei supracitada, e dos acréscimos legais, homologando-se os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Nelson Antonio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira, José Antonio Marques Ribeiro, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO EM SEPARADO

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS