



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
QUINTA CÂMARA JULGADORA	DRT-16-133587/2010	OFÍCIO E ORDINÁRIO

RECORRENTE	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO (RECURSO DE OFÍCIO) GELCO GELATINAS DO BRASIL LTDA. (RECURSO ORDINÁRIO)				
RECORRIDO	GELCO GELATINAS DO BRASIL LTDA. (RECURSO DE OFÍCIO) FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO (RECURSO ORDINÁRIO)				
RELATORA	CACILDA PEIXOTO	AIIM	3.127.975-2	S. ORAL	NÃO
EMENTA					
<p>ICMS – CRÉDITO INDEVIDO – DOCUMENTO INIDÔNEO</p> <p>1. Infração: Crédito indevido do ICMS, decorrente de escrituração de notas fiscais, relativamente à entrada de mercadoria no estabelecimento e que não atendem às condições previstas nos itens 3 e 4 do § 1º do artigo 59 do RICMS/00.</p> <p>2. RECURSO DE OFICIO DESPROVIDO. Para a aplicação do artigo 527, inciso II, alínea "a" do RICMS/00, o fato de que o creditamento efetuado também não corresponde a entrada de mercadoria no estabelecimento ou a aquisição de sua propriedade deve necessariamente constar do relato da infração.</p> <p>3. Recurso Ordinário: Matéria que se resolve pelo exame de provas. Documentos fiscais declarados inidôneos pelo fisco não são hábeis a gerar direito de crédito. Provada a materialidade da infração, o Recorrente não logrou produzir prova que pudesse infirmar o trabalho fiscal. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO.</p>					
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA		
art. 59, § 1º, item 3, art. 61, art. 64, inc. I, do RICMS (Decreto 45.490/00).			art. 527, inciso II, alínea "a" c/c §§ 1º, 9º e 10 do RICMS (Decreto 45.490/00).		

RELATÓRIO

1. Trata-se de concomitância de Recurso de Ofício e Recurso Ordinário diante da decisão de primeira instância (fls. 570/577) que julgou parcialmente procedente o AIIM inicial, lavrado em decorrência das seguintes infrações:

Creditou-se indevidamente do ICMS no montante de R\$ 79.547,16 (setenta e nove mil, quinhentos e quarenta e sete reais e dezesseis centavos) no período de 23/05/2005 a 20/11/2006 especificado nos demonstrativos anexos de fls.: de 03 a 06, decorrente da escrituração, conforme Arquivo Magnético de fls. : de 29 a 32, derivado da escrituração de NNFF, inidôneas emitidas por contribuinte não localizado, desde 20/10/2000, nos termos do processo de inidoneidade, de fls. de 17 a 32, de protocolo GDOC 1000326-483486/2009, portanto não atendendo os itens 3 e 4 do § 1º do Art. 59 do RICMS (Dec. 45.490/00) e por isso mesmo consideradas desacompanhadas



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
QUINTA CÂMARA JULGADORA	DRT-16-133587/2010	OFÍCIO E ORDINÁRIO

de documentação fiscal, nos devidos termos do Inciso I do Art. 184do RICMS (Dec. 45.490/00), demandando a lavratura do AALD nº 12475085, de protocolo GDOC 1000687-126973/2010, de fls.33 a 36, com as respectivas NNFF apreendidas, de fls. 37 a 123.

2. Na decisão de primeira instância o Julgador Tributário, alegando que para melhor adequação da penalidade aplicada, alterou a capitulação da multa imposta com base na alínea "a" do inciso II, do artigo 527 do RICMS/00 para a alínea "c" do mesmo inciso do referido artigo. Em seu Parecer de fls. 580/581, pelas razões que expõe a Representação Fiscal pede pelo provimento do recurso de ofício, contraditado que foi pelo contribuinte às fls. 586/595.

3. No recurso ordinário (fls. 600/649), o contribuinte apresenta as seguintes alegações:

- Discorre sobre "uniformização da jurisprudência pelo direito de crédito", comentando sobre o acórdão do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1148444/MG; julgado em 14/04/2010), acórdão paradigma de Recurso Repetitivo, afirmando que este deve ser aplicado aos autos, sob pena de violação do princípio da segurança jurídica.
- Impossibilidade de responsabilização da Recorrente: A) cumprimento do artigo 22 da Lei nº 6.374/89; consulta de regularidade da inscrição estadual; tomou todos os cuidados necessários e exigidos pela legislação; consultou o SINTEGRA sobre a regularidade cadastral e conferiu os dados das notas fiscais que se encontram corretos, sendo que a jurisprudência (que exemplifica) tem se manifestado favoravelmente. B) Efetividade das operações; emissão de notas fiscais, livro registro de entradas, comprovantes de pagamento, notas fiscais de devolução comprovam a aquisição das mercadorias. C) Ausência de correta fundamentação legal; entende que o item 3 do § 1º do artigo 59 do RICMS só se aplicaria, caso os fatos não se enquadrassem na hipótese do item 4, que é a exceção à regra geral posta no item 3.
- A empresa emitente, na época da realização das operações, estava com inscrição estadual regular, conforme o Sintegra, e a declaração de nulidade da inscrição foi proferida em 13/08/2009, o que acarreta a incidência da norma albergada no item 4 do mencionado dispositivo legal; em outras palavras, não houve subsunção do fato à norma; o artigo 27 da Lei nº 10.941/01 estabelece como necessária a descrição do fato com a correta correlação aos dispositivos indicados, o que no caso não houve. Direito de crédito; do sentido jurídico da expressão "cobrado" anteriormente, que se restringe à necessidade de existência de uma operação anterior, não à efetivação de recolhimento do tributo nas etapas anteriores. Dever do Fisco de efetuar a cobrança do real devedor do ICMS, o emitente das notas fiscais.
- Ofensa ao princípio da não-cumulatividade. Acusa-se o Recorrente por



SECRETARIA DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
QUINTA CÂMARA JULGADORA	DRT-16-133587/2010	OFÍCIO E ORDINÁRIO

creditar-se indevidamente, não havendo comprovação de que o emitente deixou de recolher o ICMS sobre a sua etapa da cadeia de circulação.

- A Recorrente foi autuada com base em meros indícios, porque o processo de inidoneidade não aplicou a pena de nulidade, mas apenas que está sendo iniciado processo de constatação de nulidade da inscrição, com proposta de (...) e ainda que fosse válida não surtiria efeito, posto que não foi publicada; comenta sobre as declarações prestadas por contadores da empresa emitente. Questiona pontos das declarações prestadas; alega que são contraditórias.
- Alega nulidade da decisão recorrida ao argumento de que a mesma afrontaria o princípio da motivação, vez que não traz fundamentos jurídicos capazes de embasar seu entendimento. Impossibilidade de atribuição de efeitos retroativos à declaração de inidoneidade. Ausência da publicação da declaração de inidoneidade para ciência de terceiros.
- Ausência de norma sancionatória, inaplicabilidade do art. 527, II, "c" do RICMS: AIIIM lavrado com amparo no artigo 59, § 1º, item 3 do RICMS; a capitulação da multa, inicialmente na alínea "a" daquele inciso foi modificada para a alínea "c" pelo Julgador, mas nem essa norma se aplicaria, porque incidiu o item 4 do § 1º do artigo 59 do RICMS, e não o item 3, sendo que aquela não tem norma sancionatória correlata, tornando o auto de infração carente de fundamentação legal, devendo, por isso, ser afastada a multa aplicada.
- A insurgência da Recorrente contra a exigência fiscal devolve ao Estado o ônus de trazer aos autos provas dos motivos que o levaram à lavratura do Auto de Infração e do lançamento tributário, não podendo subsistir quando esse requisito não é atendido.
- Pede pelo provimento do Recurso para reconhecer improcedente o auto de infração e o lançamento e, caso não seja esse o entendimento, deve ser excluída a multa.

4. A Representação Fiscal apresenta as suas contra-razões ao recurso ordinário e pelas razões que expõe pede pelo seu desprovimento.

5. Encerro o Relatório.

VOTO

6. Analiso em primeiro lugar o RECURSO DE OFÍCIO, ressaltando de plano que o Julgador Tributário não indicou de forma expressa qualquer razão que motivasse a correção de ofício da penalidade aplicada, deixando consignado apenas que o faria "para melhor adequação", o que por si só ensejaria a nulidade desta parte da decisão, uma vez que o Julgador, ao fundamentar a decisão, está obrigado a indicar expressamente o(s) motivo(s) de seu convencimento, o que no caso não foi



SECRETARIA DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-16-133587/2010

RECURSO
OFÍCIO E ORDINÁRIO

indicado, s.m.j, porque se entendeu que deveria efetuar a correção para melhor adequação, deveria indicar porque a capitulação estava inadequada. Assim, embora a Representação Fiscal nas contra-razões apresente razões para o provimento do recurso, estas não foram tiradas da decisão propriamente dita, mas trazidas de acordo com a sua interpretação. Contudo, tal deficiência verificada na decisão recorrida é passível de análise no presente julgamento e, em função da celeridade processual, entendo que o caso possa ser solucionado, sem que a mesma seja anulada. Assim porque entendo que correta está a correção da multa imposta, pela razão que a seguir exponho.

○

7. Para melhor análise transcrevo o texto das duas alíneas em questão:

II - infrações relativas ao crédito do imposto:

a) crédito do imposto, decorrente de escrituração de documento que não atender às condições previstas no item 3 do § 1º do artigo 59 **e que não corresponder a entrada de mercadoria no estabelecimento ou a aquisição de sua propriedade** ou, ainda, a serviço tomado - multa equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor indicado no documento como o da operação ou prestação, sem prejuízo do recolhimento da importância creditada e da anulação da respectiva escrituração;

○

c) crédito do imposto, decorrente de entrada de mercadoria no estabelecimento ou de aquisição de sua propriedade ou, ainda, de serviço tomado, acompanhado de documento que não atender às condições previstas no item 3 do § 1º do artigo 59 - multa equivalente a 35% (trinta e cinco por cento) do valor indicado no documento como o da operação ou prestação, sem prejuízo do recolhimento da importância creditada;

8. Interpretadas as duas normas acima, verifica-se que para a aplicação da alínea "a" não basta apenas que o crédito do imposto seja decorrente de escrituração de documento que não atender às condições previstas no item 3 do § 1º do artigo 59; exige-se algo mais que é a comprovação de **que o creditamento efetuado também não corresponda a entrada de mercadoria no estabelecimento ou a aquisição de sua propriedade**.

9. Portanto, é de se concluir que para a aplicação da alínea "a", o fato de que o creditamento efetuado também não corresponde a entrada de mercadoria no estabelecimento ou a aquisição de sua propriedade deve necessariamente constar do relato da infração. E no caso em análise, no relato da infração não consta essa referência, razão pela qual, entendo que está correta a alteração feita pelo Julgador Tributário.



SECRETARIA DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
QUINTA CÂMARA JULGADORA	DRT-16-133587/2010	OFÍCIO E ORDINÁRIO

10. Assim, por não constar essa referência no relato da infração depreendo que necessária se faz a correção e, por esse motivo, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DE OFÍCIO.**

11. Passo à análise do RECURSO ORDINÁRIO.

12. Preliminarmente afastado a alegação do Recorrente de nulidade da decisão recorrida ao argumento de que a mesma afrontaria o princípio da motivação, vez que não traria fundamentos jurídicos capazes de embasar seu entendimento, pois tal não se verifica. Com relação ao mérito da infração se constata que na decisão o julgador fez referência aos fatos narrados, resumindo as razões de defesa e indicou expressamente os motivos de seu convencimento. Portanto, cumpriu o determinado no artigo 26 da Lei nº 13.457/2009, que determina: "*Os órgãos de julgamento apreciarão livremente as provas, devendo, entretanto, indicar expressamente os motivos de seu convencimento.*" Acrescento que assim como no Poder Judiciário, também é maciça a jurisprudência desse E. TIT segundo a qual o juiz não está obrigado a responder a todas as alegações das partes quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar sua decisão. Aplicável, ao processo administrativo tributário, o que decidiu o E. ST J, ao tratar da fundamentação em sede daquele Poder: "*a função judicial é prática, só lhe importando as teses discutidas no processo enquanto necessárias ao julgamento da causa.*"

13. Não procedem também as alegações de ausência de correta fundamentação legal do AIIM e ausência de subsunção do fato à norma. A constituição do crédito tributário, por meio do lançamento de ofício, na dicção do artigo 142 do CTN, tem por objetivos verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível e todos esses requisitos constam do lançamento efetuado pelo fisco. O AIIM foi lavrado nos termos da legislação por agente competente, tendo sido devidamente notificado ao contribuinte e instruído com todos os documentos comprobatórios necessários para permitir a exata compreensão dos fatos jurídicos por ele constituídos, contendo, na descrição dos fatos e da capitulação legal, todos os elementos e requisitos essenciais do lançamento tributário, conforme a disciplina do artigo 142 do Código Tributário Nacional. A indicação dos artigos infringidos estão corretos, pois exprimem a perfeita subsunção do fato à norma que o prevê, do que se conclui que não merece reparos o feito fiscal, ressaltando que a correção efetuada na capitulação da multa não enseja à interpretação dada pelo Recorrente. O crédito lastreado em documentação inidônea não deixa de ser indevido só porque teria havido entrada efetiva (ou presumida) de mercadorias no estabelecimento. Ainda que tenha havido ingresso de mercadoria, a procedência não seria a declarada no documento inidôneo, dado que era inexistente o estabelecimento emitente.



SECRETARIA DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
QUINTA CÂMARA JULGADORA	DRT-16-133587/2010	OFÍCIO E ORDINÁRIO

14. Assim, malgrado o inconformismo do Recorrente quanto às provas carreadas pelo Fisco, os termos da decisão recorrida, bem como os questionamentos acerca dos fatos apurados quanto ao suposto emitente das notas fiscais, fato é que a matéria dos autos se resolve pelo exame de provas.

15. Com efeito, verifica-se que as provas documentais juntadas pela fiscalização e que instruem os presentes autos comprovam as irregularidades constatadas quanto ao suposto emitente, que não estava em situação regular perante o Fisco, na data em que foram emitidas as notas fiscais objeto do AIIM; mediante processo administrativo regular e específico, dotado de fé pública, restou provado ter existido as irregularidades quanto ao suposto estabelecimento emitente, não havendo o que se questionar a respeito da inidoneidade das notas fiscais objeto do AIIM. Conforme a Ficha Resumo, a razão da inidoneidade é a inexistência do estabelecimento para o qual foi obtida a inscrição, sendo declarados inidôneos todos os documentos de emissão atribuída à "Tradição Comércio de Couros Ltda.", desde 20/10/2000, data da abertura do estabelecimento.

16. Os questionamentos acerca do processo administrativo de inidoneidade, bem como das declarações e o entendimento de que o Recorrente teria sido autuado com base em meros indícios também não merecem guarida. Tais argumentos foram devidamente rechaçados na decisão recorrida às fls. 575, ficando aqui corroboradas as razões postas pelo Julgador Tributário, evitando-se repetições desnecessárias.

17. Para comprovar a infração o fisco juntou, dentre outros documentos, notas fiscais, Livro Registro de Entradas onde as mesmas foram escrituradas com o aproveitamento do crédito, Ficha Resumo e Relatório de Apuração de Inidoneidade.

18. A materialidade da infração está comprovada nos autos. O Contribuinte não comprovou a efetiva realização das operações com o suposto estabelecimento emitente, por ser este inexistente. A escrituração do crédito é fato incontroverso, provado nos autos e não contestado pelo contribuinte autuado, que não produziu nenhuma prova que pudesse ilidir o feito fiscal. Suas alegações, perante a legislação que rege a matéria não se sustentam, posto que documentos considerados inidôneos não são hábeis a gerar direito de crédito. E ainda que tenha havido ingresso de mercadoria, a procedência não seria a declarada no documento inidôneo, conforme restou comprovado nestes autos. Provada a inidoneidade das notas fiscais, a consequência é que tais documentos não se prestam a aproveitamento de crédito de ICMS. O direito ao crédito do imposto condiciona-se não só à escrituração do respectivo documento fiscal, ou à efetiva entrada de mercadorias no estabelecimento, mas também ao cumprimento dos demais requisitos previstos na legislação (artigo 61 do RICMS/00). Entre eles, o de que o documento fiscal que acoberte a operação comercial seja hábil, na definição do artigo 59, § 1º, item 3 do RICMS/00.



SECRETARIA DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
QUINTA CÂMARA JULGADORA	DRT-16-133587/2010	OFÍCIO E ORDINÁRIO

19. Preceitua o artigo 59 do RICMS (Decreto 45.490/00), que reproduz o preceito do artigo 36 da Lei 6.374/89:

“Artigo 59 - O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação ou prestação com o anteriormente cobrado por este ou outro Estado, relativamente à mercadoria entrada ou à prestação de serviço recebida, acompanhada de documento fiscal hábil, emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco (Lei 6.374/89, art. 36, com alteração da Lei 9.359/96).

§ 1º - Para efeito deste artigo, considera-se:

1 - imposto devido, o resultante da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo de cada operação ou prestação sujeita à cobrança do tributo;

2 - imposto anteriormente cobrado, a importância calculada nos termos do item precedente e destacada em documento fiscal hábil;

3 - documento fiscal hábil, o que atenda a todas as exigências da legislação pertinente, seja emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco e esteja acompanhado, quando exigido, de comprovante do recolhimento do imposto;

4 - situação regular perante o fisco, a do contribuinte que, à data da operação ou prestação, esteja inscrito na repartição fiscal competente, se encontre em atividade no local indicado e possibilite a comprovação da autenticidade dos demais dados cadastrais apontados ao fisco.

(...)” (g.n.)

20. O crédito do imposto, para efeito de compensação, é condicionado ao atendimento dos requisitos previstos para tanto, os quais, conforme visto, são a existência regular do estabelecimento emissor, documentação hábil e operação anterior com incidência do imposto. É este o conteúdo do artigo 61 do RICMS/2000:

“Artigo 61 - Para a compensação, será assegurado ao contribuinte, salvo disposição em contrário, o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado, nos termos do item 2 do § 1º do artigo 59, relativamente a mercadoria entrada, real ou simbolicamente, em seu estabelecimento, ou a serviço a ele prestado, em razão de operações ou prestações regulares e tributadas (Lei 6.374/89, art. 38, alterado pela Lei 10.619/00, art. 1º, XIX; Lei Complementar federal 87/96, art. 20, § 5º, na redação da Lei Complementar 102/00, art. 1º; Convênio ICMS-54/00).

§ 1º - O direito ao crédito do imposto condicionar-se-á à escrituração do respectivo documento fiscal e ao cumprimento dos demais requisitos previstos na legislação.

(...)” (g.n.)

21. No caput do artigo 61 há a expressa referência ao que se estipula no item 2 do § 1º do artigo 59, advertindo que o direito de creditar-se para efeitos de compensação só é admissível quando, dentre outros requisitos exigidos, seja o documento hábil e tenha sido o imposto cobrado anteriormente, em razão de operações ou prestações regulares e tributadas.

22. Tais determinações estão em consonância com o Princípio Constitucional da não-cumulatividade inserto no artigo 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal e no artigo 23 da Lei Complementar 87/96:



SECRETARIA DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
QUINTA CÂMARA JULGADORA	DRT-16-133587/2010	OFÍCIO E ORDINÁRIO

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

I - (...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

(...)"

LEI COMPLEMENTAR 87/96

"Art. 23. O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

Parágrafo único. O direito de utilizar o crédito extingue-se depois de decorridos cinco anos contados da data de emissão do documento."

23. Por outro lado, durante a realização de negócios comerciais é dever sim do contribuinte, para a regularidade da operação, tomar os devidos cuidados e precauções no sentido de verificar a regularidade do fornecedor perante o fisco e também de exigir o documento fiscal hábil. Para tanto, dispõe o artigo 22-A da Lei 6.374/89 e o artigo 203 do RICMS/00:

"Artigo 22-A - Sempre que um contribuinte, por si ou seus prepostos, ajustar a realização de operação ou prestação com outro contribuinte, fica obrigado a comprovar a sua regularidade perante o fisco, de acordo com o item 4, do § 1º, do artigo 36, e também a exigir o mesmo procedimento da outra parte, quer esta figure como remetente da mercadoria ou prestador do serviço, quer como destinatário ou tomador, respectivamente. (Redação dada pelo inciso XI do art. 1º da Lei 10.619, de 19-7-00 - DOE 20-7-00)" (g.n.)

"Artigo 203 - O destinatário da mercadoria ou do serviço é obrigado a exigir documento fiscal hábil, com todos os requisitos legais, de quem o deva emitir, sempre que obrigatória a emissão."

24. Igualmente, em nada auxilia o Recorrente alegar que desconhecia eventual irregularidade cadastral da empresa com quem negociou. A própria página do sistema de cadastros SINTEGRA ressalva que as informações ali contidas podem não traduzir a verdade dos fatos, uma vez que o seu preenchimento é feito com dados fornecidos pelos próprios interessados, de acordo com o disposto no artigo 28 do RICMS/00 (*"Artigo 28 - Os dados cadastrais são de exclusiva responsabilidade do declarante e a inscrição não implicará reconhecimento da eficácia do ato nem da existência legal da pessoa inscrita."*). Não valem como certidão da existência de fato e de direito do contribuinte cadastrado, não sendo oponíveis à Fazenda e nem



SECRETARIA DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
QUINTA CÂMARA JULGADORA	DRT-16-133587/2010	OFÍCIO E ORDINÁRIO

excluem a responsabilidade tributária derivada de operações com ele ajustadas. Assim, o próprio ordenamento jurídico alerta sobre o fato de que possuir inscrição estadual não significa que o Fisco reconheça a existência legal, o que equivale a dizer que há possibilidade de existir documentos cuja essência não coincide com a realidade neles estampada.

25. Quanto ao argumento de que na época das supostas operações a empresa estava regular perante o Cadastro de Contribuintes e de a Declaração de Inidoneidade se verificar em momento posterior, assinalo que os comunicados que tratam de processo de inidoneidade destinam-se aos agentes da fiscalização no desempenho das suas funções. E, conforme já consolidado na jurisprudência deste Tribunal, não é a declaração de inidoneidade que torna o documento inidôneo, mas os seus vícios intrínsecos que o maculam desde a sua origem. A comunicação da inidoneidade tem caráter meramente declaratório, e não constitutivo, não influenciando sua publicação ou não, na validade do documento fiscal irregular, que é nulo por si desde o seu surgimento. Os documentos tidos como inidôneos, por não atenderem à forma prescrita em lei, são tratados juridicamente como produzidos por atos ilícitos; por isso, são nulos e não produzem, em consequência, os mesmos efeitos produzidos por atos jurídicos perfeitos. O fato de os documentos emitidos estarem aparentemente revestidos das formalidades regulamentares não legitima a sua origem espúria.

26. Por seu turno, o ato administrativo que veicula a declaração de inidoneidade de documentos fiscais é ato administrativo meramente declaratório, que se restringe a situações jurídicas já estabelecidas, ou seja, não constitui situação jurídica nova. Assim preordenado, tem o condão de apenas atestar a existência de uma situação que lhe antecede lógica e cronologicamente no tempo; situação, portanto, que não é nova. Logo, por consistir em ato de reconhecimento de uma situação preexistente, pertence à classe dos atos administrativos de natureza declaratória e produz efeitos "ex tunc". Não é este ato em si que impregna o documento de inidoneidade ou falsidade, uma vez que estes vícios se substanciam no próprio documento desde o tempo de sua emissão. Portanto, o documento é inidôneo ou falso por natureza, por origem, por finalidade, e não porque assim foi declarado, pois o que torna um documento intrinsecamente inidôneo é a ilicitude que o informa, é a falsidade do que nele se declara, é o objeto ilícito que o movimenta desde a sua origem, e não somente a partir da publicação dos atos administrativos declaratórios da situação de inidoneidade.

27. Tem-se, então, que, após apurar, mediante rigoroso processo administrativo que o suposto emitente do documento fiscal não estava em situação regular perante o fisco à época de sua emissão, promove-se a divulgação interna da relação dos documentos fiscais considerados inidôneos, bem como a razão da inidoneidade, levando-se ao conhecimento dos agentes da Administração a existência da



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-16-133587/2010

RECURSO
OFÍCIO E ORDINÁRIO

irregularidade. Tudo a fim de que sejam tomadas as providências cabíveis, na forma da lei, na hipótese de serem encontrados.

28. O Recorrente não está respondendo por atos ilícitos de terceiros, mas sim por atos próprios, na condição de contribuinte e não de responsável, sendo-lhe exigidos os valores relativos às infrações cometidas pelos creditamentos indevidos, por ele realizados; as notas fiscais objeto do AIIM, consideradas inidôneas, estão juntadas aos autos e a escrituração no Livro Registro de Entradas, com aproveitamento do crédito, é incontroversa.

29. Ressalte-se que creditamento não se encontra vinculado ao efetivo pagamento do imposto na operação anterior, mas sim à sua cobrança. Neste sentido, define expressamente a legislação, para fins de não-cumulatividade, o que se entende por "imposto anteriormente cobrado". Assim, por força de disposição legal expressa, pode ser creditado o imposto anteriormente cobrado, destacado em documento fiscal hábil. Portanto, no caso concreto em tela, pela ausência de documentos fiscais hábeis, não há imposto anteriormente cobrado, impossibilitando o creditamento.

30. Nesse contexto, o pagamento pela operação mercantil, o recebimento das mercadorias ou mesmo o cumprimento dos deveres instrumentais pelo Recorrente não interferem na caracterização da infração, pois tais fatos não se prestam a servir de prova de regularidade tributária das operações amparadas por documento inidôneo. Os documentos apresentados pelo Recorrente, à guiza de provas de pagamento são irrelevantes para a caracterização da infração, adstrita que está às regras do Direito Tributário; permanece a irregularidade nos termos da legislação tributária, sobretudo porque não descaracterizam o fato de que o crédito teve como origem notas fiscais inábeis, sendo, portanto, indevido. Tampouco, têm condão de conferir regularidade a documento declarado inidôneo, em nada alterando, destarte, a natureza da infração. Apenas a demonstração de legitimidade do documento fiscal poderia desconstituir o AIIM lavrado. Tal não ocorre nesses autos.

30.1 Com a devida vênia daqueles que possam entender de modo diferente, como aponta a Representação Fiscal *"Inicialmente, impressos com aparência de notas fiscais não provam ter havido a operação ali estampada. Impressos emitidos por empresas inexistentes não são notas fiscais e, dessa forma, nada podem provar. Na seqüência, a cópia do sistema bancário não consegue vincular o pagamento com a suposta operação. Prova de pagamento não pode ser confundida com prova de efetividade daquela operação específica."*

31. Não lhe socorre também o argumento de ter agido de boa-fé, pois aspectos subjetivos da infração não têm o condão de afastar a acusação fiscal. Na conformidade do que dispõe o artigo 136 do Código Tributário Nacional a responsabilidade por infração à legislação tributária é objetiva, independente



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
QUINTA CÂMARA JULGADORA	DRT-16-133587/2010	OFÍCIO E ORDINÁRIO

portanto, da intenção do agente, não sendo atenuantes as possibilidades oferecidas à perquirição do julgador. Portanto, nem mesmo diante da ausência de dolo, fraude ou simulação, descaracteriza-se a infração tributária.

"Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato."

32. Nesse contexto, incabível justificar não penalização de infração administrativo-tributária, como consubstanciada nos autos, baseado em premissa de que o autuado não agira com dolo ou má-fé, pois não é a inexistência de dolo ou má-fé – elemento subjetivo do tipo nos crimes contra a ordem tributária – fatores que descaracterizem a prática da infração à legislação tributária, uma vez que esta se restringe ao campo do Direito Administrativo Tributário, enquanto aqueles ao campo do Direito Penal Tributário, subordinando-se a regimes jurídicos e ritos processuais distintos. As regras que dispõem sobre infrações à legislação tributária – a exemplo da qual em que está capitulada a infração – não exige um resultado determinado para que se configure essa infração. Não é, portanto, pressuposto para a adequação do comportamento à descrição da penalidade que haja prejuízo aos cofres públicos estaduais, ou então, tenha sido a conduta praticada com dolo ou má-fé. Se essa infração fosse comparável aos crimes materiais ou de resultado, previstos no Código Penal, o "tipo" também deveria descrever um determinado resultado destacado da conduta, que deveria ocorrer para que se considerasse o ilícito consumado, porém, não é o que ocorre.

33. A respeito dessa matéria, se revela oportuno lembrar as palavras do brilhante e saudoso mestre Hely Lopes Meireles in Direito Administrativo Tributário, 26ª edição, p. 187:

*"Multa administrativa é toda imposição pecuniária a que se sujeita o administrado a título de compensação do dano presumido da infração. Nesta categoria, além das multas administrativas propriamente ditas, as multas fiscais, que são modalidades específicas do Direito Tributário. As multas administrativas não se confundem com as criminais e, por isso mesmo, são inconversíveis em detenção corporal, salvo disposição expressa em lei federal. **A multa administrativa é de natureza objetiva e se torna devida independentemente da ocorrência de culpa ou dolo do infrator.**" (g.n.)*

34. Com relação à jurisprudência invocada pelo Recorrente, vale assinalar que a jurisprudência dos Tribunais Judiciários ou Administrativos não condiciona o julgamento no processo administrativo, exceção feita às súmulas vinculantes do Tribunal de Impostos e Taxas ou do Supremo Tribunal Federal, sem olvidar que não tendo sido parte nos processos citados, tais decisões não beneficiam o Recorrente, mesmo porque elas não produzem efeitos *erga omnes*, restringindo-se a produção de seus



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
QUINTA CÂMARA JULGADORA	DRT-16-133587/2010	OFÍCIO E ORDINÁRIO

efeitos somente às partes litigantes nos correspondentes processos.

35. Por oportuno, vale observar que se há jurisprudência favorável às teses aventadas pelo Recorrente, também há Jurisprudência contrária às suas teses, com bem exemplifica a seguinte ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça a respeito da impossibilidade da negociação com empresa em situação irregular perante o fisco gerar direito de crédito de ICMS:

Recurso Especial Nº 78637-SP (95.0056960-4)

Relator Min. José Delgado

Recorrente: PETRICOUROS COM. De COUROS EM GERAL LTDA.

Recorrido: FAZENDA do Estado de S. Paulo

EMENTA:

TRIBUTÁRIO. ICMS. CRÉDITO LANÇADO E DECORRENTE DE EMPRESA INIDÔNEA. PROVA SUFICIENTE PARA RESGUARDAR OS INTERESSES EM LITÍGIO. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA.

1. A empresa que negocia com empresa inidônea, isto é, que teve a sua matrícula fiscal cancelada, não pode se creditar do ICMS decorrente da mencionada transação.

2. Não há cerceamento de defesa quando a decisão entende que a prova depositada em juízo é suficiente para o deslinde da questão e não se demonstra a imprescindibilidade da pretensão da deferida.

3. O contribuinte ao firmar negócio jurídico com pessoa que não está habilitada a exercer o comércio e, conseqüentemente, impedida de expedir nota fiscal, comete ato não provocador de direito ao crédito do ICMS.

4. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir por unanimidade, negar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros José de Jesus Filho, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira. Brasília, 06 de maio de 1996.

36. É Incabível no caso em tela a redução ou relevação da multa imposta, pois não se há olvidar que a redução ou relevação de penalidade implica dispensa parcial ou total de crédito tributário, estando, assim, vinculada à reserva absoluta da Lei. O artigo 97 do CTN dispõe que somente a lei pode estabelecer as hipóteses de dispensa ou redução de penalidades. Tal preceito é reproduzido no artigo 27 da lei 13.457/09: "Artigo 27 - Somente nos casos expressamente previstos em lei poderá o órgão de julgamento relevar ou reduzir multas." O artigo 92 da Lei Estadual 6.374/89 faculta ao órgão julgador a possibilidade de reduzir ou relevar a multa aplicada, desde que se encontrem presentes os requisitos nele elencados, cabendo ao Recorrente comprovar o atendimento destes requisitos, uma vez que é ele quem pleiteia pelo benefício, devendo-se ainda ter em consideração o porte econômico da



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
QUINTA CÂMARA JULGADORA	DRT-16-133587/2010	OFÍCIO E ORDINÁRIO

empresa e os seus antecedentes fiscais. No caso, não restaram provados todos os requisitos, inclusive porque há cobrança de imposto por meio do lançamento posto no AIIIM, em razão do creditamento indevido, uma das vedações à concessão do benefício. Do que se depreende que não há previsão legal que autorize relevar ou reduzir a multa.

"Artigo 92 - Salvo disposição em contrário, as multas aplicadas nos termos do artigo 85 podem ser reduzidas ou relevadas pelos órgãos julgadores administrativos, desde que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de pagamento do imposto.

(...)

§ 3º - Para efeitos deste artigo, serão, também, examinados o porte econômico e os antecedentes fiscais do contribuinte."

37. Provada a materialidade da infração, o Recorrente não logrou produzir prova que pudesse infirmar o trabalho fiscal.

38. Considerando, portanto, as razões que foram expendidas e por tudo que dos autos consta, CONHEÇO do RECURSO ORDINÁRIO e NEGOLHE PROVIMENTO, bem

Sala das Sessões,

29

de

Outubro

de 2010

como ao Recurso de Ofício, cf. razões acima

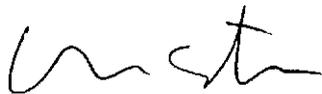
Cacilda Peixoto
CACILDA PEIXOTO
JUÍZA RELATORA

Com a devida mira de d. Relatora, é de se reconhecer o direito à crédito do recorrente, em vista da manifesta boa-fé do adquirente das mercadorias, que pode ser constatada mediante a análise das provas de ocorrência de operação, em especial, diante da falta de pagamento.

A impossibilidade de atribuição de natureza retroativa à declaração de insolvência do remetente e a impossibilidade de atribuição de sanção e consequente, no âmbito de um processo de boa-fé, tem sido constantemente acolhidas pelo STJ.

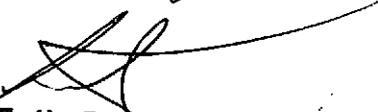
inclusiva en sede de recurso repetitivo.

Por lo tanto, conluzo do recurso ordinario do contribuinte, e m
minuto de los proximos, con vistas a cancelar a AITM.

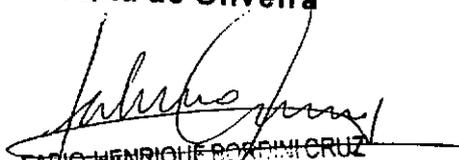


GERMAN ALEJANDRO SAN MARTÍN FERNÁNDEZ

con el Sr. German



André Félix Ricetta de Oliveira



FABIO HENRIQUE BOXERINI CRUZ
Presidente



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

Página: 5
Data: 01/11/2010
Hora: 14:30:59
DAP383R

Sessão: 28/10/2010

Processo: DRT-16-133587/2010 - AIIM 3127975-2

Protocolo GDOC: 1000687-133587/2010

Câmara: Quinta Câmara Julgadora

Recorrente: Gelco Gelatinas Do Brasil Ltda. - Ie: 519105559115

Recorrida: Fazenda Pública Do Estado

Relator: Cacilda Peixoto

Recurso: Ordinário

Advogados: Mikael Martins De Lima

Decisão: Recurso Ordinário: Negado provimento. Decisão não unânime

Recorrente: Fazenda Pública Do Estado

Recorrida: Gelco Gelatinas Do Brasil Ltda. - Ie: 519105559115

Relator: Cacilda Peixoto

Recurso: Ofício

Advogados: Mikael Martins De Lima

Decisão: Recurso de Ofício: Negado Provimento. Decisão unânime

Publicado em: 13 NOV 2010

8

8