



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT16-133587-2010

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	GELCO GELATINAS DO BRASIL LTDA.				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL				
RELATOR(A)	GIANPAULO CAMILO DRINGOLI	AIIM	3.127.975-2	S. ORAL	NÃO

EMENTA

ICMS – CRÉDITO INDEVIDO DECORRENTE DE DOCUMENTAÇÃO INIDÔNEA

MÉRITO

Há paradigma para suportar a tese da boa fé da adquirente. O voto condutor da decisão recorrida não teceu maiores considerações sobre as provas de pagamento, adotando a tese de sua irrelevância para tornar regulares os documentos declaradamente inidôneos. Essa conclusão deve ser mantida. A transferência de numerário caracteriza apenas uma operação financeira.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO

CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO	CAPITULAÇÃO DA MULTA
Artigos 59, 61 do RICMS (Dec. 45.490/2000).	Art. 527, II, "c", do RICMS/2000.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial, interposto pelo contribuinte, contra decisão de recurso ordinário, que manteve as exigências fiscais do AIIM inicial.

2. A acusação fiscal versa sobre o crédito indevido decorrente de documentação inidônea, e o recebimento de mercadoria com documento inidôneo.
3. Inconformado, o Contribuinte em seu recurso alega ter agido de boa fé, e que teria comprovado a efetividade das operações. Pede o provimento de seu recurso.
4. A d. Representação Fiscal em contrarrazões pugna pelo não conhecimento das demais alegações por envolver matéria de prova.
5. É a síntese do necessário.

VOTO

6. A Recorrente indica pelo menos uma decisão, que adotou a tese de que a comprovação da realização do negócio mercantil, mediante a entrada da mercadoria no estabelecimento e o pagamento de seu preço, evidencia a boa fé do adquirente, implicando, desse modo, na possibilidade do aproveitamento do crédito decorrente da aquisição das mercadorias, ainda que o fisco tenha comprovado a inidoneidade dos documentos fiscais que acobertaram tais



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT16-133587-2010

RECURSO
ESPECIAL

operações.

7. Considerando que o voto condutor do acórdão recorrido considerou irrelevante a existência da prova de pagamento, restou demonstrada a divergência interpretativa, e o apelo do contribuinte deve ser conhecido, pelo menos no que se refere à relevância da prova de pagamento para evidenciar a ocorrência da operação comercial e a boa fé do adquirente.
8. Assim, não há como deixar de conhecer do presente apelo. Entretanto, o recurso não merece provimento.
9. Com efeito, eventuais pagamentos efetuados em nome do suposto fornecedor não têm o condão de tornar regular uma comprovada situação irregular perante o fisco, porquanto não houve o fato gerador, na forma como foi declarado no documento fiscal considerado inidôneo. Esse documento não reflete a realidade dos fatos e, por essa razão, não faz prova da ocorrência do fato gerador, ainda que reste efetivamente comprovado que as mercadorias entraram no estabelecimento adquirente. O certo é que não se originaram do local indicado como estabelecimento fornecedor, e sua origem é absolutamente desconhecida.
10. A prova de pagamento é absolutamente insuficiente para tornar regular uma simulação de existência de estabelecimento, tampouco transformar em verdadeiras as informações falsas constantes na Declaração Cadastral - DECA. Há um caso que considero emblemático nesse sentido, o julgamento do Processo DRTCIII-9076492-2001, em que houve efetiva comprovação de que os pagamentos efetuados ao suposto fornecedor faziam parte da simulação da própria operação comercial, porquanto esse fornecedor era, na verdade, interposta pessoa que agia em seu próprio nome, mas por conta de outra empresa em situação irregular não apenas perante o fisco estadual, mas também perante a legislação federal que disciplina as operações com combustíveis derivados de petróleo. A efetiva comprovação dessa simulação das próprias operações comerciais foi trazida aos autos por intervenção do Ministério Público, que atestou, mediante farto material probatório, a transferência dos valores pagos pelo suposto fornecedor, no mesmo dia em que eram depositados em sua conta corrente, ao verdadeiro fornecedor, que estava impedido de operar pelo órgão competente federal no tocante às operações com combustíveis derivados de petróleo. A simulação das operações comerciais restou evidente, já que os valores eram transferidos em sua totalidade, demonstrando não haver qualquer margem de lucro na suposta operação praticada pela interposta pessoa.
11. De outra parte, o dever de diligência da Recorrente decorre de disposição expressa da Lei do ICMS. Ao não se certificar da regularidade fiscal de seus clientes, conforme dispõe o artigo 22-A da Lei 6.374, de 1989, a Recorrente



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA

SUPERIOR

PROCESSO Nº

DRT16-133587-2010

RECURSO

ESPECIAL

assumiu o risco de cometer a infração, por ato próprio, relativa ao crédito indevido não suportado por documento fiscal hábil. Não se trata de exercer o poder de polícia inerente à fiscalização, mas apenas de certificar-se da existência real de seus fornecedores ou clientes.

12. Não se pode falar em violação do princípio da não cumulatividade na hipótese de o suposto fornecedor ter simulado sua existência. O certo é que as informações contidas nas notas fiscais inidôneas não refletem a realidade dos fatos. O documento inidôneo não se presta para a transferência do crédito, por conter informações falsas sobre a origem da mercadoria.
13. Nem se alegue ter sido a data da declaração de inidoneidade do fisco posterior à data da ocorrência das supostas operações com o fornecedor, mediante as notas fiscais declaradas inidôneas.
14. A inidoneidade dos documentos fiscais não decorre de qualquer ato da administração tributária, mas da própria natureza jurídica dos atos praticados pelo contribuinte em situação irregular perante o fisco. O fato de não estar operando no local indicado como estabelecimento e de declarar informações cadastrais que não correspondem à realidade dos fatos tornam os documentos fiscais emitidos inidôneos e, portanto, inábeis para acobertar a saída, a entrega, o recebimento, o transporte, a estocagem e o depósito da mercadoria ou, até mesmo, para a transferência do crédito do imposto destacado nesses documentos, conforme itens 3 e 4 do § 1º do artigo 56 do RICMS/1991.
15. A questão dos efeitos da declaração de inidoneidade de contribuinte e dos documentos fiscais por ele emitidos não é nova neste Egrégio Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo. Por ampla maioria, tem prevalecido o entendimento de que são efeitos meramente declaratórios.
16. Por todo o exposto, e por estarem presentes seus pressupostos de admissibilidade, **DEVE-SE CONHECER DESTE RECURSO DO CONTRIBUINTE**, para no mérito **SER DESPROVIDO**, mantendo-se a decisão de recurso ordinário, por seus próprios fundamentos.

Sala das Sessões, 8 de setembro de 2011.

GIANPAULO CAMILO DRINGOLI

Relator

A pedido deu vista ao processo a(o) SR.(a)

VANESSA D. Rodrigues

pelu prazo de 15 dias (art. 0.23 do R.T.)

ficando adido o processo em
SALA DAS SESSOES, 08/09/2011

Presidente



FLS.

SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA**TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS**

CÂMARA	PROCESSO N.º	RECURSO
CÂMARA SUPERIOR	DRT 16 - 133587/2010	RECURSO ESPECIAL

RECORRENTE	GELCO GELATINAS DO BRASIL LTDA.					
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL					
RELATOR (A)	Gianpaulo Camilo Dringoli	AIIM	3.127.975-2	S. ORAL	NÃO	
EMENTA						
ICMS. GLOSA DE CRÉDITOS EM RAZÃO DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DOS DOCUMENTOS FISCAIS EMITIDOS PELO FORNECEDOR DAS MERCADORIAS. Nos termos do que já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sede de "recurso repetitivo", o contribuinte de boa-fé não deve ser apenado em casos tais, desde que comprovada a efetividade das operações contestadas, como ocorreu no caso dos autos. Recurso Especial do contribuinte ao qual se dá provimento.						
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA			
Arts. 59 e 61 do RICMS/00.			Art. 527, II, "j", do RICMS/00.			

VOTO-VISTA

Pedi vista dos autos para melhor expor meu entendimento acerca do assunto.

Trata-se de questão atinente à glosa de créditos do ICMS em razão da declaração de inidoneidade das notas fiscais emitidas pela empresa remetente das mercadorias.

No caso concreto, a 5ª Câmara Julgadora deste tribunal, em decisão não unânime, negou provimento ao Recurso Ordinário do contribuinte, ao argumento de que a boa-fé do contribuinte está desconectada da infração tributária.

Inconformado com a decisão o contribuinte interpôs Recurso Especial, sendo que em análise a este o d. relator, Gianpaulo Camilo Dringoli, a quem pedi vista destes autos, entendeu pelo não provimento do apelo, ao argumento de que o creditamento indevido constitui infração que não pode ser ilidida pela efetiva comprovação da operação questionada e com a boa-fé da empresa adquirente (autuada).

Tenho para mim, todavia, que a solução dada ao presente feito tributário ecoa de forma dissonante à atual postura do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o assunto. Recentemente este tribunal decidiu – na oportunidade do julgamento do Recurso Especial n. 1.148.444/MG – que o comerciante que age de boa-fé, e demonstra a efetividade da operação de compra e venda (com provas de pagamento, entrega da mercadoria, etc.) não deve ser apenado com a glosa dos créditos fiscais.



TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
CÂMARA SUPERIOR

PROCESSO N.º
DRT 16 - 133587/2010

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

O recurso que deu ensejo à decisão judicial em comento foi alçado à condição de "recurso representativo da controvérsia" e sujeito, portanto, ao procedimento previsto pelo art. 543-C do Código de Processo Civil (CPC).

Abaixo, a ementa da decisão:

EMENTA:

1. O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação.[...]

2. A responsabilidade do adquirente de boa-fé reside na exigência, no momento da celebração do negócio jurídico, da documentação pertinente à assunção da regularidade do alienante, cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide, à espécie, o artigo 136, do CTN, segundo o qual "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" (norma aplicável, in casu, ao alienante).

3. In casu, o Tribunal de origem consignou que: "(...) os demais atos de declaração de inidoneidade foram publicados após a realização das operações (f. 272/282), sendo que as notas fiscais declaradas inidôneas têm aparência de regularidade, havendo o destaque do ICMS devido, tendo sido escrituradas no livro de registro de entradas (f. 35/162). No que toca à prova do pagamento, há, nos autos, comprovantes de pagamento às empresas cujas notas fiscais foram declaradas inidôneas (f. 163, 182, 183, 191, 204), sendo a matéria incontroversa, como admite o fisco e entende o Conselho de Contribuintes."

4. A boa-fé do adquirente em relação às notas fiscais declaradas inidôneas após a celebração do negócio jurídico (o qual fora efetivamente realizado), uma vez caracterizada, legitima o aproveitamento dos créditos de ICMS.

5. O óbice da Súmula 7/STJ não incide à espécie, uma vez que a insurgência especial fazendária reside na tese de que o reconhecimento, na seara administrativa, da inidoneidade das notas fiscais opera efeitos ex tunc, o que afastaria a boa-fé do terceiro adquirente, máxime tendo em vista o teor do artigo 136, do CTN.

(REsp 1148444 MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 27/04/2010)

**TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS**

CÂMARA
CÂMARA SUPERIOR

PROCESSO N.º
DRT 16 - 133587/2010

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

Noto que, no caso dos autos, o contribuinte apresentou documentos no sentido de comprovar a efetividade das operações contestadas, mas que não bastaram, para a maioria dos julgadores, ao cancelamento da exigência fiscal.

No entanto, o julgador German Alejandro San Martin Fernandez, na oportunidade do julgamento do recurso ordinário, assim se manifestou:

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

A impossibilidade de atribuição de natureza retroativa à declaração de inidoneidade do remetente e a impossibilidade de aplicação de sanção ao adquirente, na hipótese de comprovada boa-fé, têm sido corretamente acolhidos corretamente pelo STJ, inclusive em sede de recurso repetitivo.

Posto isto, conheço do recurso ordinário do contribuinte, e no mérito lhe dou provimento, com vistas a cancelar do AIIM."

(fls. 672 e verso)

Vê-se, portanto, que a instância "a quo" analisou, a contento, as provas existentes nos autos em favor do contribuinte, que não foram suficientes ao cancelamento do auto de infração apenas por uma questão de entendimentos divergentes quanto à aplicação da legislação tributária ao caso concreto.

Sendo assim, duas constatações se apresentam no caso dos autos: (i) revela-se desnecessário o retorno dos autos à instância ordinária para a efetiva análise das provas a respeito da efetividade das operações contestadas, já que estas foram devidamente analisadas pelos julgadores "a quo", e, ainda, (ii) revela-se plenamente possível, por esta Câmara Superior, a reforma da decisão "a quo", uma vez que a aplicação da tese pugnada pelo Recorrente em recurso especial (admissão da boa-fé como apta a afastar o ilícito fiscal) traduz matéria exclusivamente de direito, e se coaduna, ademais, à mais recente jurisprudência do STJ a respeito do tema.

Por fim, saliento minha discordância em relação às palavras do d. relator no ponto em que este cita, como motivo enfraquecedor das razões do contribuinte, caso em que restou comprovado o conluio entre a empresa fornecedora das mercadorias e a empresa adquirente. Para o d. julgador, apenas a possibilidade de haver tal conluio/simulação tornaria inócua qualquer tentativa de comprovação da efetividade das operações, por meio da comprovação, por exemplo, do efetivo pagamento das mercadorias.

Ora, a possível existência de conluio/simulação constitui hipótese excepcional,



FLS.

SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
CÂMARA SUPERIORPROCESSO N.º
DRT 16 - 133587/2010.RECURSO
RECURSO ESPECIAL

que não pode ser tratada, assim, como regra. Além disso, possível conluio entre as partes envolvidas deve ser cabalmente comprovado pelo Fisco, já que não cabe ao contribuinte produzir prova negativa.

Conforme se observa dos autos a instância "a quo", competente para analisar o conjunto fático/probatório que permeia os autos, não identificou, em qualquer momento, possível simulação, que não foi alegada, diga-se, nem pela própria fiscalização.

Face ao exposto, sou pelo PROVIMENTO do Recurso Especial interposto pelo contribuinte, para o fim de reformar a decisão recorrida, cancelando-se integralmente o AIIIM, na esteira da mais recente jurisprudência do STJ.

Plenário, 29 de maio de 2011.

Vanessa Pereira Rodrigues Domene
Juíza Relatora



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

FOLHA Nº

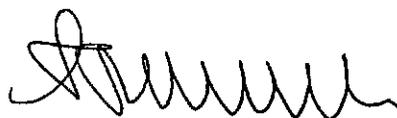
CÂMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT-16-133587/2010

O acórdão recorrido, capitaneado pelo voto vencedor, prestigia a responsabilidade objetiva prevista no art. 136 do CTN, o que não condensa com as diretrizes contidas no recurso repetitivo 1.148.144 (STJ). Logo, deu provimento ao recurso do contribuinte, reformando a decisão para afastar a responsabilidade objetiva como fundamento hábil, devendo retornar os autos à Câmara "a quo" para prosseguir o julgamento, atenta às provas carreadas nos autos no tocante à boa fé do adquirente, efetividade da

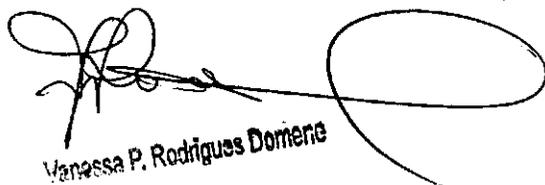
operação e declaração retroativa da
inidoneidade.

É como voto.



EDUARDO PEREZ SALUSSE

Considerando que a manifestação acerca
do conjunto fático probatório da
boa fé consistiu apenas de voto vencedor,
acompanho o voto do Dr. Eduardo Salusse,
para o turno do autos é instância "a quo",
para a devida análise da efetividade de
seus.



Vanessa P. Rodrigues Domene

Reformulo meu voto para
acompanhar o Dr. Salusse, mediante
minha posição pessoal sobre
a responsabilidade objetiva



Gianpaulo Camilo
Dringoli



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

FOLHA Nº

CÂMARA

PROCESSO Nº
DRT-16-133587/10

Com o Sr. Juiz
Eduardo Salusse.


Antonio Augusto S.P. de Carvalho

Com o Dr. Salusse

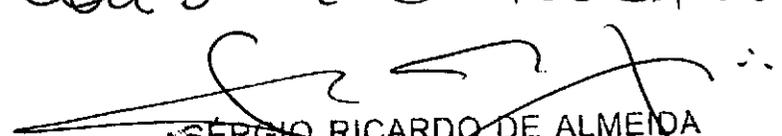

AUGUSTO TOSCANO

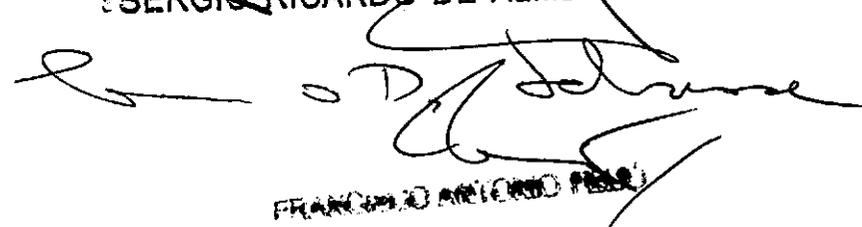
Com o Sr. Salusse

JOSÉ ROBERTO ROSA

Com o Dr. Salusse

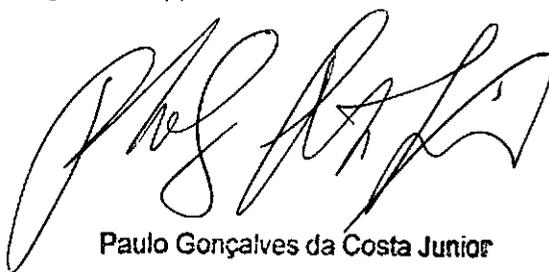
Luiz Fernando Mussolini Jr.

Com o Dr. EDUARDO SAWSE.

SÉRGIO RICARDO DE ALMEIDA

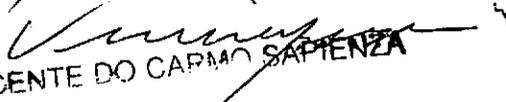
Com o Dr. Salusse

FRANCISCO ANTONIO PIRES

Com o Dr. Dringoli
~~Cacilda Peixoto~~
Cacilda Peixoto

Farei a necessidade de apreciar a questão
relativa à efetividade e veracidade, em não, da operação
mercantil que havia amparado os créditos gerenciais, acompanhado
a conclusão do Sr. Salusse.



Paulo Gonçalves da Costa Junior

com o Sr. Salusse

VICENTE DO CARMO SAPIENZA

Com Sr. Salusse

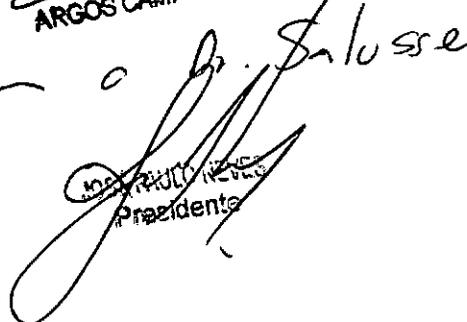

FERNANDO MORAES SALLABERRY

C/ Dr. Salusse


CELSO BARBOSA JULIAN

Com o Dr. Salusse

ARGOS CAMPOS RIBEIRO SIMÕES

Com o Sr. Salusse

PAULO NEVES
Presidente