



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO DE SÃO PAULO
UNIDADE DE JULGAMENTO DE OSASCO

Do	Número	Ano	Rubrica	Fls. 305
PROCESSO SF	1000314-758249	2009	Sueli Tuháco	
Autuado				
LOJAS AMERICANAS S.A.				
IE	CNPJ	LOCALIDADE		
206.010.180.114	33.014.556/0052-36	BARUERI		
Solidário(s)				
NIHIL				
IE	CNPJ	LOCALIDADE		
NIHIL	NIHIL	NIHIL		
Assunto				
ICMS – AIIM Nº 3.113.447-6 DE 03/11/09				
Fase de julgamento				
JULGAMENTO DE DEFESA				
Julgador				
SUELI TUHACO				
Ementa				
ICMS – CRÉDITO INDEVIDO DE ICMS. Escrituração de documento fiscal inidôneo e falta de apresentação de primeira via de documento fiscal. Infrações caracterizadas. Inocorrência de homologação tácita do crédito tributário - inaplicável o art. 150, § 4º, do CTN, conforme entendimento da Secretaria da Fazenda, nos termos do Ofício Circular CAT nº 01, de 31/03/11. AIIM JULGADO PROCEDENTE.				

RELATÓRIO

Em 03/11/09 o contribuinte foi autuado sob as acusações de:

- creditar-se indevidamente de ICMS no período de janeiro a março de 2004 (demonstrativo a fls. 7), em decorrência da escrituração de documentos fiscais inábeis relativos a entradas de mercadorias no estabelecimento, supostamente emitidos por JCM TV Locadora e Comércio Ltda. e que não atendem às condições previstas no art. 59, § 1º, item 3, do RICMS em razão da simulação da existência do estabelecimento, conforme Ficha Resumo, Relatório de Apuração, Termos de Diligências Fiscais e Declaração de Não Localização de Contribuinte (fls. 24 a 40 e 65) - notificado a prestar informações sobre as operações, o contribuinte apresentou NNFF referentes a saídas das mercadorias a título de transferência e, como comprovante de pagamento, consulta do movimento de títulos remetidos sem identificação de documento fiscal e com divergência de valores;
- creditar-se indevidamente de ICMS em março de 2004 em decorrência da não apresentação da primeira via da NF nº 485, emitida por JCM TV Locadora e Comércio Ltda., apesar de notificado a fazê-lo, conforme fls. 98 a 100.
- Em defesa tempestiva a fls. 112 a 142, subscrita por representantes habilitados (fls. 151), o contribuinte alega que os créditos pretendidos estão extintos em razão do decurso do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN; que, se o contribuinte oferece uma antecipação, nasce o direito de o fisco homologar o procedimento adotado, que se extingue em cinco anos, mas se não há qualquer ação do contribuinte o CTN previu o início do quinquênio no primeiro dia do exercício seguinte (art. 173, inc. I); que o crédito de ICMS questionado foi corretamente aproveitado, pois os bens foram adquiridos e, depois, vendidos a consumidor final, o que ensejou a incidência e o recolhimento do imposto, conforme NNFF apresentadas; que a apuração da inidoneidade dos documentos ocorreu após a realização das operações; que na época desconhecia as possíveis irregularidades praticadas



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO DE SÃO PAULO
UNIDADE DE JULGAMENTO DE OSASCO

Do PROCESSO SF	Número 1000314-758249	Ano 2009	Rubrica Sueli Tuhaco	Fls. 306
--------------------------	---------------------------------	--------------------	--------------------------------	----------

por seu fornecedor; que não está obrigado a fiscalizar o efetivo recolhimento do imposto por seus fornecedores; que é adquirente de boa-fé, pois pagou ao fornecedor o preço, que inclui o ICMS; que o adquirente de boa-fé que comprova o pagamento de NF, igualmente prova o do ICMS; que os extratos bancários provam que as NNFF foram efetivamente registradas como débito do estabelecimento; que a exigência está lastreada em ação tida como ilegal e inconstitucional por afrontar os arts. 3º e 7º do CTN, que vedam a delegação das funções de fiscalização e arrecadação a pessoas jurídicas de direito privado; que com o advento da NF eletrônica foi reconhecido que a verificação da situação cadastral do emitente de documento fiscal é atribuição exclusiva da Administração Pública.

3. Não houve apresentação de manifestação fiscal.
4. A fls. 169 a 171 o AIIM foi julgado improcedente em 1ª instância com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN.
5. Após manifestação da Representação Fiscal e apresentação de recurso do contribuinte, a decisão foi reformada em relação à aplicação da homologação tácita prevista no art. 150, § 4º, do CTN e os autos foram devolvidos à primeira instância para análise dos outros aspectos da defesa.

DECISÃO

6. Conforme o livro Registro de Entradas a fls. 90 a 97 e 103, no período de janeiro a março de 2004 o contribuinte adquiriu mercadorias acobertadas por NNFF supostamente emitidas por JCM TV Locadora e Comércio Ltda..
7. As NNFF discriminadas no demonstrativo a fls. 7 e que instruem os autos a fls. 9 a 22 são objeto da acusação de item 1 do AIIM, e a NF nº 485, que não foi apresentada pelo contribuinte em razão de extravio, conforme declaração a fls. 101, é objeto da acusação de item 2 do AIIM.
8. Em relação ao item 1 do AIIM, nos termos da Ficha Resumo, do Relatório de Apuração, dos Termos de Diligências Fiscais e da Declaração de Não Localização de Contribuinte a fls. 24 a 40 e 65, a empresa JCM TV Locadora e Comércio Ltda. jamais exerceu atividades no endereço declarado ao fisco.
9. Conforme disposto no art. 59, § 1º, e no art. 184, inciso I, do RICMS, considera-se desacompanhada de documento fiscal a operação ou prestação acobertada por documento emitido por contribuinte que não esteja em situação regular perante o fisco, entendida como tal 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.
10. Também o art. 23 da LC Federal nº 87, de 13/09/96, condiciona o exercício do direito ao crédito de ICMS à idoneidade da documentação fiscal que o originar:

Art. 23 - O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO DE SÃO PAULO
UNIDADE DE JULGAMENTO DE OSASCO

Do PROCESSO SF	Número 1000314-758249	Ano 2009	Rubrica Sueli Tuhaco	Fls. 307
--------------------------	---------------------------------	--------------------	--------------------------------	----------

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.

11. O direito ao crédito do ICMS é garantido pela Constituição Federal, mas está condicionado às regras estabelecidas pela legislação específica.
12. O contribuinte apregoa sua boa-fé, que seria representada pela efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento, que não foi posta em dúvida pelo autuante, e pelo pagamento de seu valor; porém, o fato de as mercadorias terem sido recebidas não invalida a acusação, antes a corrobora, pois a penalidade proposta foi capitulada no dispositivo que trata da hipótese de crédito indevido de ICMS decorrente da entrada no estabelecimento de mercadoria acompanhada de documento fiscal inábil.
13. Em caso de comprovada boa-fé, muitas têm sido as decisões do Poder Judiciário favoráveis à exclusão da multa punitiva ou até mesmo à legitimação de créditos originários de documentos fiscais cuja inidoneidade tenha sido constatada após a realização das operações correspondentes.
14. A doutrina e a jurisprudência comumente contrariam os estritos termos da legislação tributária em relação a este assunto, mas não se pode esquecer que nem uma nem outra são fontes primárias do direito, apenas a lei o é, e se há lei específica a condicionar o direito à fruição de créditos de ICMS à idoneidade dos documentos fiscais que lhes derem origem, que por sua vez está condicionada à regularidade da situação de seu emitente perante a repartição fiscal competente na época da emissão, não há como lhe negar validade, sendo obrigatória sua observância.
15. O contribuinte sustenta ainda que os efeitos da declaração de cessação de atividades da empresa vendedora e de inidoneidade de documentos fiscais por ela emitidos não podem retroagir a períodos anteriores.
16. Não se trata, todavia, de retroação de norma tributária com efeito punitivo sobre evento antes não tipificado como infração, o que seria inadmissível, mas de verificação posterior de evento que mesmo na época de sua ocorrência correspondia a ilícito.
17. A Declaração de Não Localização de Contribuinte, a Ficha Resumo, o Relatório de Apuração e o Termo de Diligências Fiscais não são atos que conferiram ao documento fiscal analisado a condição de inidôneo, sendo eles simples instrumentos por meio dos quais a inidoneidade preexistente foi constatada.
18. A alegação de que com o advento da NF eletrônica a verificação da situação cadastral de emitente de documento fiscal passou a ser atribuição exclusiva da Administração Pública não tem pertinência, um vez que os documentos abrangidos pela autuação não são eletrônicos.
19. Em relação ao item 2 do AIIIM, nos termos do art. 61, § 4º, item 2, do RICMS, não é permitido o lançamento de crédito de ICMS para compensação se o estabelecimento não estiver de posse da primeira via do documento fiscal que o originar:



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO DE SÃO PAULO
UNIDADE DE JULGAMENTO DE OSASCO

Do PROCESSO SF	Número 1000314-758249	Ano 2009	Rubrica Sueli Tuhaco	Fls. 308
--------------------------	---------------------------------	--------------------	--------------------------------	----------

Art. 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.

...
§ 4º - Salvo hipótese expressamente prevista neste regulamento, é vedada a apropriação de crédito do imposto destacado em documento fiscal se este:

...
2 - não for a primeira via.

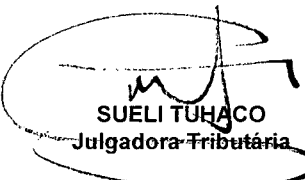
20. É certo, assim, que o lançamento de crédito de ICMS sem fundamento em primeira via de documento fiscal e o lançamento de ICMS destacado em documentação fiscal inábil constituem infrações à legislação do ICMS.


21. Por fim, quanto à alegação de extinção do direito da Fazenda à constituição do crédito tributário por decurso no prazo previsto no art. 150, § 4º, do CTN, fato é que a decisão a fls. 169 a 171, favorável ao contribuinte, foi proferida em 22/03/10 em sintonia com o disposto no Ofício Circular CAT nº 02/10, que espelhava o entendimento reiteradamente adotado na época pelo TIT que, emulando o STJ, vinha decidindo que à hipótese em questão aplicava-se o art. 150, § 4º do CTN.

22. Tal entendimento só veio a se modificar em 31/03/11, como externado pela Administração através do Ofício Circular CAT nº 01, editado em consonância com nova posição do STJ com a finalidade de uniformizar o tratamento dado ao tema pelos órgãos da Coordenadoria da Administração Tributária, nos termos do art. 41, inc. II, al. "a", do Decreto nº 44.566/99, e de revogar o Ofício Circular CAT nº 02/10, passando então a ser adotado o entendimento de que à hipótese de crédito indevido de ICMS aplica-se o instituto da decadência previsto no art. 173, inc. I, do CTN.

23. Pelo exposto, e demais elementos que destes autos constam, julgo **PROCEDENTE** o AIIM nº 3.113.447-6, de 03/11/09, por infração ao art. 59, § 1º, item 3, c.c. arts. 59, § 1º, item 4, e 61 e ao art. 61, § 4º, item 2, do RICMS (Decreto nº 45.490/00), e **IMPONHO** a multa no valor de R\$ 520.274,00 (quinhentos e vinte mil, duzentos e setenta e quatro reais), proposta com fundamento no art. 527, inc. II, als. "c" e "j", c.c. §§ 1º e 10º, do RICMS (Decreto nº 45.490/00), sem prejuízo da exigência do imposto no valor de R\$ 372.327,50 (trezentos e setenta e dois mil, trezentos e vinte e sete reais e cinquenta centavos).

UJ-Osasco, 6 de junho de 2012.


SUELI TUHACO
Julgadora Tributária


Fernando C. Pompeo de Camargo
Chefe da UJ-Osasco
R.G. 12.478.007-6

UJ-OSASCO