



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

CÂMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
14ª JULGADORA	DRT/14/281.701/2009	ORDINÁRIO

RECORRENTE	LOJAS AMERICANAS S/A		
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO		
RELATOR	SÉRGIO RICARDO DE ALMEIDA		
AIIM	3.113.451-8, de 29.04.2009.	SUSTENTAÇÃO ORAL	SIM

EMENTA

ICMS.

SUSTENTAÇÃO ORAL.

- Artigo 44 da Lei nº 13.457/2009
- Pedido de Sustentação Oral consignado expressamente às fls. 227 dos autos.

RELATÓRIO

O AIIM lavrado contra a empresa em epígrafe refere-se às acusações fiscais indicadas a seguir, nos períodos e montantes então consignados no Demonstrativo de Débito Fiscal de fls. :

- I. Crédito indevido do ICMS decorrente de escrituração de documentos fiscais não hábeis, relativamente a entrada de mercadorias no estabelecimento, supostamente emitido por MIDORI COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA., e que não atendem nos termos do item 3 do parágrafo 1º do artigo 59 do Regulamento do ICMS;
- II. Recebimento de mercadoria acompanhada de documentos fiscais inábeis, supostamente emitido por MIDORI COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA., e que não atendem nos termos do item 4 do parágrafo 1º do artigo 59 do Regulamento do ICMS;



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

CÂMARA
14ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 281.701/2009

RECURSO
ORDINÁRIO

O ICMS está sendo cobrado por responsabilidade solidária nos termos do artigo 11, inciso XI do RICMS/00.

Após ser regular e devidamente notificada, a Recorrente apresentou razões de defesa (fls. 46/66), com atos societários e documentos juntados (fls. 67/154), sendo que, foi lavrado Termo de Retificação e Ratificação do AIIM por conta de erros materiais no instrumento de autuação lavrado inicialmente – fls. 158/166.

A Recorrente apresentou no peça constestatória (fls. 168/187), o AIIM foi julgado PROCEDENTE pela Autoridade Singular da Unidade de Julgamento de São Paulo, cujas razões de decidir estão consignadas às fls. 193/196 dos autos.

Irresignada com a r. decisão de fls. , a Recorrente ingressou com tempestivo Recurso Ordinário (fls. 203/227), com Pedido de Sustentação Oral consignado expressamente às fls. 227 (artigo 44 da Lei nº 13.457/2009), requerendo o seu recebimento, processamento, conhecimento e provimento para julgar totalmente improcedente o auto de infração em tela.

Às fls. 230, o Sr. Delegado Tributário de Julgamento exarou competente despacho no sentido de admitir o apelo ora interposto, nos termos do parágrafo 3º do artigo 47 da Lei nº 13.457, de 18.03.2009.

Às fls. 232/233, a d. Diretoria da Representação Fiscal baixou os autos em diligência para que o AFR atuante se manifestasse sobre possível cobrança do imposto sobre duplicidade.

Com a cota fiscal de fls. 234/236, a Diretoria da Representação Fiscal



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

CÂMARA
14ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 281.701/2009

RECURSO
ORDINÁRIO

considerou caracterizadas todas as infrações imputadas e, ao final, opinou pelo Não Provimento do recurso interposto, para que seja mantida a decisão de 1ª Instância e as exigências fiscais em seus originários termos – fls. 238/242.

Considerando o exposto pedido de **Sustentação Oral** formulado pelo(s) patrono(s) do contribuinte (fls. 227), de modo a preservar os direitos e garantias asseguradas constitucionalmente, interrompo o presente Relatório e **DEFIRO** o Pedido de Sustentação Oral para propiciar o direito produzir oralmente suas razões, atendo-se a matéria de natureza própria do recurso já encartada aos presentes autos.

Remetam-se os autos à Diretoria de Serviço de Apoio às Câmaras para as providências e demais anotações de estilo, observando a legislação aplicável por ocasião da interposição do Recurso Ordinário.

São Paulo/SP, 11 de Agosto de 2010.

SÉRGIO RICARDO DE ALMEIDA
Juiz Relator

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
CÂMARA JULGADORA
SUSTENTAÇÃO ORAL

CERTIFICO que o interessado compareceu à
Sessão de hoje desta Câmara e procedeu à
Sustentação oral requerida.

SALA DAS SESSÕES, em 25, 08, 2010

NOME: DR. RUI CARLOS HENRIQUE JAMES DO SILVA

DOC. IDENTIFICAÇÃO: 000124 195.230

SECRETARIA

SILVANA VISINTIN



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

CÂMARA
14ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 281.701/2009

RECURSO
ORDINÁRIO

RECORRENTE	LOJAS AMERICANAS S/A		
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO		
RELATOR	SÉRGIO RICARDO DE ALMEIDA		
AIIM	3.113.451-8, de 29.04.2009.	SUSTENTAÇÃO ORAL	SIM

EMENTA**ICMS.****DECADÊNCIA DO DIREITO DE LANÇAR. PREJUDICIAL.**

Decadência do direito de lançar. Aplicação da regra decadencial prevista no artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional, ante a ausência de dolo, fraude ou simulação. Comprovado o transcurso de lapso temporal superior a cinco anos entre a data do fato gerador e a do lançamento de ofício para a constituição do crédito tributário por parte da Fazenda Pública para as notas fiscais emitidas em data anterior a 27.07.2004, haja vista o Termo de Reti-Rati lavrado. Afastada parcialmente a exigência fiscal.

CRÉDITO INDEVIDO – Item 1 do AIIM. MÉRITO.

Fornecedores considerado inidôneos. Configuradas as infrações contidas na autuação em face do quadro probatório produzido e na prova indiciária observada. Não teve a Recorrente logrado infirmar o trabalho fiscal, nem apresentado provas da legitimidade dos créditos escriturados, da regularidade dos pagamentos efetuados ou a adoção de medidas acautelatórias de praxe para identificação de eventuais vícios. Mantido.

RECEBIMENTO DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTO FISCAL HÁBIL – Item 2 do AIIM. MÉRITO.

Teoria da Absorção. Exigência fiscal em duplicidade ao confrontar os itens 1 e 2 do auto de infração. Inadmissível a cumulação de penalidades e/ou exigências para um único fato jurídico. Recurso provido nesse ponto.

Considerando as informações contidas no incluso Relatório de fls. , as quais identificam tanto os argumentos apresentados pela fiscalização tributária quanto pela Recorrente, como também da providências adotadas pela Diretoria de Serviço de Apoio às Câmaras em relação ao pedido de Sustentação Oral requerido tempestivamente, FUNDAMENTO e DECIDO.



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

CÂMARA
14ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 281.701/2009

RECURSO
ORDINÁRIO

VOTO

1 – Do exame do Apelo Ordinário verifica-se que o mesmo está devidamente revestido dos requisitos mínimos de admissibilidade exigidos pela legislação que rege o processo administrativo tributário decorrente de lançamento de ofício, motivo pelo qual CONHEÇO do Recursos e passo ao julgamento.

2 – Há questão preliminar a ser analisada.

2.1 – Apesar da empresa Recorrente não ter se insurgido, verifico que existe matéria relacionada com a ocorrência do instituto da decadência, nos termos do artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

Trata-se de questão de direito público e prejudicial ao exame do mérito do processo, seja este administrativo ou judicial, podendo ser apreciada em qualquer momento processual, inclusive de ofício pelo Julgador.

Dessa forma, a mesma deve ser obrigatoriamente enfrentada por esta Colenda Câmara Julgadora, na medida em que pode fulminar a pretensão do lançamento tributário.

2.1.1 – O Código Tributário Nacional define, expressamente, os prazos que os sujeitos ativo e passivo da obrigação jurídico-tributária têm para assegurarem os seus respectivos deveres e direitos.

Dentre os referidos prazos tem-se o instituto da decadência cuja finalidade é assegurar ao sujeito passivo da relação jurídico-tributária a possibilidade de restituir o tributo pago a maior ou indevidamente, bem como delimitar o poder-dever da



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

CÂMARA
14ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 281.701/2009

RECURSO
ORDINÁRIO

Fazenda Pública em efetuar o ato jurídico do lançamento tributário, constituir o respectivo crédito e assegurar o direito subjetivo e de exigir a prestação pecuniária.

Nas lições do Professor Paulo de Barros Carvalho, decadência é o fato jurídico que faz perecer o direito pelo seu não-exercício durante determinado lapso temporal, e a prescrição é o fato jurídico que determina a perda da ação que protege o direito, pela inércia do titular desse direito subjetivo, computada num certo período de tempo.

Em outras palavras, o instituto da decadência consigna que um direito potencialmente assegurado pode perecer pela falta de exercício que se fazia imperiosa por parte do seu titular durante determinado prazo legalmente assinalado, evitando a perenização de pendências jurídicas e conferindo segurança jurídica às relações entre os sujeitos ativo e passivo.

O disposto no artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional, consigna o prazo de 05 (cinco) anos para que se opere a decadência dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (ou auto-lançados), como no caso do ICMS, a partir da data de ocorrência do fato jurídico tributário da respectiva operação.

Por sua vez, artigo 173, inciso I do CTN também prevê o prazo decadencial de 05 (cinco) anos, aplicável nos casos de tributos com lançamento de ofício, como também nas hipóteses de tributos lançados por homologação, mas sem o pagamento da obrigação tributária principal por parte do próprio sujeito passivo e nos casos de ocorrência de fraude e/ou simulação, imputáveis a esse mesmo sujeito passivo da obrigação tributária.

Nessa última hipótese, a data do fato jurídico tributário deixa de ser o



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

CÂMARA
14ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 281.701/2009

RECURSO
ORDINÁRIO

marco inicial da decadência, o qual passa a ser o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento tributário poderia ter sido efetuado para que a Fazenda Pública constitua o crédito tributário.

Assim, a Administração Pública tem o dever de ofício de, no prazo máximo de cinco anos contados da realização do fato gerador (primeira hipótese) ou do primeiro dia do exercício seguinte (segunda hipótese), constatar a veracidade dos fatos jurídicos e efetuar o lançamento de ofício do crédito tributário, se for o caso, ou seja: para que proceda a lavratura de competente auto de infração, de modo a não perdurar eternamente o seu direito de constituí-lo.

Transcorrido esse prazo *in albis* efetivar-se-á a caducidade, ou seja, a decadência do direito do Fisco em constituir e, conseqüentemente, efetuar a cobrança do referido crédito.

Examinando detidamente o acervo fático-probatório contido nos presentes autos não diagnostico a presença de elementos que se aproximem da ocorrência de dolo, fraude e/ou simulação, ou ainda a existência de conluio entre as partes contratantes.

É de se ressaltar que *decadência e lançamento tributário não habitam mesmo mundo, não podendo coexistir com referência a mesmo objeto. Não há como constituir direito que não mais pode ser constituído. Lançamento tributário de direito decaído é em verdade um não-lançamento, um nada jurídico, cujo reconhecimento independe de provocação.*⁽¹⁾

⁽¹⁾ Trecho do Voto-Vista do Juiz Dr. Raphael Moraes Latorre, nos autos do Processo DRT-12-3030/94 – Primeira Câmara Efetiva, Relator Juiz Dr. Sidney Gerson Riquetto, julgamento em



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

CÂMARA
14ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 281.701/2009

RECURSO
ORDINÁRIO

Foi o que ocorreu no presente caso.

2.1.2 – Isso porque, o Fisco Estadual efetivamente não procedeu a constituição do crédito tributário referente aos lançamentos efetuados na escrita fiscal da Recorrente no momento da ocorrência dos respectivos fatos geradores.

Tal fato resta evidente e incontroverso quando da verificação do próprio instrumento de autuação, como também nos demais documentos fiscais que o instruíram, **pois a indevida constituição do crédito tributário deu-se somente no dia 27.07.2009**, data em que foi efetivamente recebido o Termo de Retificação e Ratificação do Auto de Infração pelo preposto/representante da Recorrente, ou seja, decorridos mais de cinco anos nos exatos termos do artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional para as notas fiscais emitidas em data anterior a 27.07.2004 (tanto do item 1 quanto do item 2 do AIIM).

Dessa forma, é defeso à Autoridade Fazendária efetuar quaisquer indagações, ou mesmo proceder ao lançamento tributário propriamente dito, em vista do possível não recolhimento do ICMS, pois com a fluência do prazo decadencial operou-se a extinção de eventuais créditos tributários, nos exatos termos do artigo 156, inciso V do CTN.

3 – As infrações fiscais encontram-se corretamente capituladas nos dispositivos regulamentares da legislação estadual paulista, bem como a tipificação legal das penalidades então aplicadas.

Por sua vez, os artigos apontados são passíveis de infringência e determinam os comandos, as condições e os procedimentos a serem observados pelos



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

CÂMARA
14ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 281.701/2009

RECURSO
ORDINÁRIO

contribuintes.

Em outras palavras, o Auto de Infração e Imposição de Multa lavrado contra a Recorrente contempla todos os requisitos de validade e atende plenamente ao artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Dessa forma e diante da inexistência de questões processuais a considerar, verifico que o presente processo administrativo encontra-se formalmente regular e em condições de ser julgado, inexistindo outras providências saneadoras a serem realizadas, pelo que adentro diretamente à análise de mérito propriamente dito.

4 – O **item 1 do AIIM** refere-se a creditamento indevido de ICMS decorrente de escrituração de documentos fiscais não hábeis, relativamente a entrada de mercadorias no estabelecimento, supostamente emitido por MIDORI COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA.

As notas fiscais escrituradas e indicadas pelo Sr. AFR atuante no exordial são as de nºs:

- ✓ 960;
- ✓ 961;
- ✓ 1032;
- ✓ 1035;
- ✓ 1040;
- ✓ 1053;
- ✓ 1091;
- ✓ 1099;
- ✓ 1189;



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

CÂMARA
14ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 281.701/2009

RECURSO
ORDINÁRIO

- ✓ 1199;
- ✓ 1200;
- ✓ 1226; e
- ✓ 1538;

4.1 – Conforme já expus exaustivamente em diversos julgamentos proferidos nesta Corte Administrativa de Justiça, não apenas no presente, mas em outros casos com circunstâncias análogas, entendo ser insuficiente ater-se **isoladamente** para esse ou aquele fato, que, quando trazido aos autos, torna-se meio de prova no sentido mais amplo do vocábulo, para a formação do livre convencimento do Julgador, tampouco somente para essa ou aquela prova direta colacionada nos autos, seja pelos elementos consignados por ocasião da lavratura do AIIM, seja pelos meios trazidos pela empresa ora Recorrente.

Independentemente dos elementos produzidos pelas partes para proporcionar a busca da verdade material, princípio de vital importância que rege o processo administrativo, é imperioso que o conjunto probatório seja aliado às situações indiretas relacionadas a esse conjunto.

Nesse contexto estão as denominadas provas indiciárias que, nas palavras de Maria Rita Ferragut, são uma espécie de prova indireta que visa demonstrar, a partir da comprovação da ocorrência de fatos secundários, indiciários, a existência ou a inexistência do fato principal. Para que ela exista, faz-se necessária a presença de indícios, a combinação dos mesmos, a realização de inferências indiciárias e, finalmente, dessas inferências.

4.2 – Analisando a exaustão o caso contido nestes, convenci-me sobre a total improcedência dos argumentos da ora Recorrente, pois entendo que a questão



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

CÂMARA
14ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 281.701/2009

RECURSO
ORDINÁRIO

aqui trazida se coaduna aos clássicos casos de crédito inidôneo de ICMS, com os conhecidos reflexos de ordem fiscal, financeira e contábil decorrentes de tal prática.

Quer me parecer que a "participação" da empresa Recorrente ocorreu muito mais na qualidade de "vítima" do que na forma de "agente ativo" das suspeitas operações mercantis de compra e venda realizadas com MIDORI COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA., a qual resultou na acusação fiscal de crédito indevido de ICMS ora sob análise.

Praticamente, a Recorrente pretendeu contestar o mérito do trabalho fiscal realizado, limitando-se a (i) discorrer a boa-fé, (ii) asseverar que o ICMS é parte indissociável do preço da mercadoria, (iii) afirmar que o negócio jurídico foi efetivamente realizado, preço real então acordado foi pago e as mercadorias ingressaram no seu estabelecimento, (iv) indicar que não tem competência para fiscalizar, (v) sustentar que todos as formalidades e os requisitos das notas fiscais foram observados.

Há que se concordar que não cabem aos contribuintes proceder minuciosas investigações sobre a efetiva existência do estabelecimento remetente das mercadorias, ou mesmo quanto a sua respectiva situação e regularidade fiscal.

O poder de polícia dá-se pela fiscalização e auto-regulação das condutas praticadas pelos contribuintes, e foi nesse exato sentido que tal poder foi exercido pela Administração Pública.

Entretanto, é pouco razoável que a Recorrente não tenha adotado mecanismos de controle interno e de salvaguarda ao adquirir mercadorias de terceiros, com a adoção de cuidados mínimos necessários para proteger a eficácia dos seus



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

CÂMARA
14ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 281.701/2009

RECURSO
ORDINÁRIO

negócios, inclusive para comprovar a concretização da operação. Mesmo porque dessas operações nascem deveres e obrigações, dentre as quais estão as de ordem tributária,

Tenho para mim que esses controles para as informações fiscais-tributárias é atualmente questão estratégica para as empresas, pois podem determinar o insucesso de negociações comerciais, o dispêndio desnecessário de caixa no pagamento de tributos indevidos e a perda de resultado por autuações e multas constantes por falta de controle da sua estrutura fiscal.

É fundamental que tais informações sejam tratadas com maior atenção por parte das altas direções das empresas, como também merecem uma atuação preventiva mais acurada pelos profissionais envolvidos direta e/ou indiretamente no seu controle, fluxo e elaboração, de modo a minimizar o impacto tributário e fiscal em suas demonstrações financeiras.

As provas contidas nos autos deveriam ter sido melhor produzidas para levar-me ao convencimento, pleno e inequívoco, de que realmente as operações mercantis ocorreram e principalmente que os pagamentos demonstrados referem-se a todas as operações que foram glosadas pelo Fisco.

Em nenhum momento, ao meu sentir, a Recorrente juntou aos autos documentos que pudessem demonstrar que a autuação é improcedente, ou, ao menos elementos que levantassem dúvidas sobre a própria operacionalidade do fornecedor nominado no instrumento de autuação à época dos fatos, de forma distinta àquela indicada pela fiscalização;

■

Muito pelo contrário;

■



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

CÂMARA
14ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 281.701/2009

RECURSO
ORDINÁRIO

Nesse sentido, conceitua-se PROVA como a cabal *demonstração da existência ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta. E, nesta razão, no sentido processual, designa os meios, indicados em lei, para a realização dessa demonstração, isto é, a soma dos meios para constituição da própria prova, ou seja, para conclusão da certeza.⁽²⁾*

É certo que a prova é um ônus, ou seja, uma faculdade cujo exercício é necessário para consecução de um interesse. Portanto, quando se fala em ônus é porque o próprio interessado escolhe entre suportar o peso da prova ou não ter a tutela do seu fato concreto assume o ônus de provar os fatos (se aconteceram ou não) e as circunstâncias (se desta ou daquela forma).

Embora seja partidário do entendimento de que assim como o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que, desde que demonstrada que houve a ocorrência da operação mercantil, e de que o contribuinte autuado efetivamente esteve o tempo todo de boa fé, no caso presente não consegui concluir dessa forma.

Com relação ao fato da suspensão, cancelamento ou bloqueio da inscrição cadastral do contribuinte fornecedor pelo Fisco Estadual ocorrer posteriormente à realização das operações mercantis e sem a devida publicidade formal é circunstância que merece ser levada em consideração para desclassificar a declaração de inidoneidade de documentação fiscal e validar o crédito do ICMS discutido, porém, deve ser analisado conjuntamente com os demais elementos de prova (direta e indireta) trazidos e constantes dos autos, razão pela qual não procedem tais alegações para aplicação no presente processo.

Como é cediço, pela lei brasileira, nenhuma companhia pode vender ou

⁽²⁾ De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, Editora Forense, 10ª edição, volume III e IV, pág.491.



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

CÂMARA
14ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 281.701/2009

RECURSO
ORDINÁRIO

comprar de outra que esteja desabilitada pelos fiscos com o devido a alguma pendência tributária grave. Ocorre que, na prática, há milhares de empresas que continuam operando e emitindo notas apesar de desabilitadas. Isso deve mudar. A nota fiscal eletrônica consegue verificar online se o vendedor e comprador estão autorizados a funcionar⁽³⁾.

Dessa forma, ilícitos fiscais similares ao verificado lamentavelmente nos presentes autos tendem a diminuir drasticamente, trazendo, inclusive, enorme benefícios para os contribuintes que atuam com seriedade no seu segmento mercantil.

5 – A acusação fiscal afirmado no **item 2 do AIIM** diz respeito ao recebimento de mercadoria acompanhada de documentos fiscais inábeis, supostamente emitido por MIDORI COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA.

Curiosamente as notas fiscais escrituradas, consideradas inábeis e indicadas pelo Sr. AFR autuante no exordial para a acusação fiscal sob análise **são exatamente as mesmas que embasaram a acusação fiscal de crédito inidôneo**

– item 1 do AIIM, quais sejam:

- ✓ 960;
- ✓ 961;
- ✓ 1032;
- ✓ 1035;
- ✓ 1040;
- ✓ 1053;
- ✓ 1091;

⁽³⁾ Revista EXAME, edição 926, ano 42, número 17, 10.09.2008, Matéria: O Leão vai deixar sua empresa nua.



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

CÂMARA
14ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 281.701/2009

RECURSO
ORDINÁRIO

- ✓ 1099;
- ✓ 1189;
- ✓ 1199;
- ✓ 1200;
- ✓ 1226; e
- ✓ 1538.

Não há que se olvidar que a acusação fiscal de crédito indevido (item 1 do AIIM) decorreu, direta e exatamente, do recebimento de mercadorias desacompanhados de documentação fiscal hábil (item 2 do AIIM), ou seja, o instrumento de autuação contém duas exigências fiscais, a princípio, distintas, porém fundamentadas no mesmo fato jurídico.

Não se trata de cuidar de "concurso de infrações", mas sim da teoria da absorção, a qual é plenamente aplicada por esta Corte Administrativa de Justiça, como se observa nas transcrições a seguir:

"ICMS. INFRAÇÃO RELATIVA AO CRÉDITO DO IMPOSTO CUMULADA COM INFRAÇÃO RELATIVA A DOCUMENTAÇÃO FISCAL NO RECEBIMENTO DE MERCADORIA, SUPORTADAS AMBAS NO MESMO CONJUNTO DE DOCUMENTOS INIDÔNEOS. ABSORÇÃO. INADMISSIBILIDADE DA CUMULAÇÃO.

I – Considerado o mesmo conjunto de notas fiscais inidôneas, a apropriação indevida de crédito do imposto é fato punível que absorve o recebimento de mercadoria desacobertado de documento fiscal. Precedentes.

II – Recurso parcialmente conhecido – e nesta parte provido.

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO. PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO NÃO UNÂNIME. Vencida a I. Juíza relatora que conhecia do Recurso, negando-lhe provimento." (Recurso Especial do contribuinte, Processo DRTC I 3736/1997, sessão de Câmaras Reunidas de



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

CÂMARA
14ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 281.701/2009

RECURSO
ORDINÁRIO

05.09.2006, Relatora Juíza Miriam Gomes Lage, DOE de 07.10.2006)

"RESUMO : RECEBIMENTOS DE MERCADORIAS – Acompanhadas de documentação fiscal inidônea, havendo o Fisco lavrado AIIM por creditamento indevido de ICM - Excluída acusação de recebimento desacompanhado de documentos fiscais - Recurso provido nessa parte - Decisão unânime.

RESUMO DO VOTO :

Há que se fazer uma ressalva na acusação da peça vestibular, pois em havendo reclamação por creditamento indevido de ICM, por lançamento de documento inidôneo que teria acompanhado a entrada da mercadoria no estabelecimento, não há que se falar em "recebimento de mercadorias sem documento fiscal", como reiterada jurisprudência deste Tribunal.

Relator : WALDEMAR DOS SANTOS

Câmara : 1ª Câmara

Processo Nº: DRT. 11 - 4859/84

Data da sessão : 11/11/85

Recurso PROVIDO

Publicado no Boletim TIT nº 219, em 04.10.1986" (sublinhados nossos)

É inadmissível a cumulação de penalidades. Não há concurso formal nem material. Há concurso aparente de normas que se resolve, a meu ver, com a venia aos que possam entender de em sentido contrário pelo princípio da especificidade da norma em que a especial "abrange" a geral. Crédito inidôneo é especial em relação a entrada sem nota. ⁽⁴⁾

6 – Diante dos fundamentos expostos anteriormente e por tudo o mais que consta dos autos, meu voto é no sentido de **CONHECER** do Recurso Ordinário



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

CÂMARA
14ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 281.701/2009

RECURSO
ORDINÁRIO

interposto, para **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO** para:

- a) Reconhecer a ocorrência da decadência pelos termos do artigo 150, § 4º do CTN e, por conseqüência, reformar a decisão recorrida, para as notas fiscais emitidas em data anterior a 27.07.2004;
- b) ITEM 1: Observando o tópico "a" imediatamente anterior, manter a decisão recorrida e determinar a procedência desse item do auto de infração exordial na forma como lavrado.
- c) ITEM 2: Observado o tópico "a" anterior, reformar os termos da decisão monocrática com o cancelamento do referido item de acusação fiscal.

É como voto.

São Paulo/SP, 25 de Agosto de 2010.


SÉRGIO RICARDO DE ALMEIDA

Juiz Relator

(4) Voto de Preferência exarado pelo Dr. Odmir Fernandes, nos autos do Processo DRTC I 3736/97, em sede de Recurso Especial.

Apesar de não mencionado pelo
Relator, a responsabilidade solidária
do item 2 não é o que se quer
nem mesmo analisar as
medidas pois a acusação
final do item 2 está
obscurecida pelo infraco do
item 1. Neste caso a acusação
(responsabilidade solidária) acompanha
o destino do principal (acusação
de verbamento em nome).
Acompanha o Relator:




SILVANA VISINTIN

Entendo que, "in casu", aplica-se o artigo 173 do CTM,
pois que não há decadência. No mais, acompanha o
voto do i. Relator.



DENISE FERREIRA DE OLIVEIRA CHEID

Acompanha o voto de Dra. Denise Cheid.



JOÃO CARLOS DE QUEIROZ



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

FOLHA Nº

CAMARA

PROCESSO Nº

DATA 28.10.2009

- INCORPORANDO AS RAZÕES DA AD. SILVANA VISITIN E
TENHO EM VISTA O RESULTADO AJUZADO, DESEMPASO NO SEN
TIPO DO MUITO.

BÉRGIO RICARDO DE ALMEIDA
Presidente



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

Página: 1
Data: 31/08/2010
Hora: 11:02:31
DAP363R

Sessão: 25/08/2010

Processo: DRT-14-281701/2009 - AIIM 3113451-8

Protocolo GDOC: 1000314-281701/2009

Câmara: Décima Quarta Câmara Julgadora

Recorrente: Lojas Americanas S/A - Ie: 206215924113

Recorrida: Fazenda Pública Do Estado

Relator: Sergio Ricardo De Almeida

Recurso: Ordinário

Advogados: Jorge Henrique F Facure

José Maria Arruda De Andrade

Decisão: Recurso Ordinário: Provido parcialmente. Decisão não unânime

Publicado em:

07 SET 2010