



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
15ª CÂMARA JULGADORA	DRT 107 -296166//2010	RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE	BARCODE INFORMATICA LTDA					
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL					
RELATOR	PAULO TOMOYUKI AOKI	AIIM	3.130.471.0	S. ORAL	SIM	
EMENTA						
<p>ICMS</p> <p>CREDITOU-SE INDEVIDAMENTE DO ICMS ATRAVÉS DA ENTRADA DE MERCADORIAS NO ESTABELECIMENTO QUE NÃO ATENDEM AS CONDIÇÕES PREVISTAS NO ITEM 3 §1ª DO ARTIGO 59 DO RICMS/00</p> <p>SUSTENTAÇÃO ORAL</p>						
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA			
Art. 59§ 1º, item 3 º, Art. 61 e Art. 64 inciso I do Decreto 45.490/00(RICMS/00).			Art. 527 inciso II alinea "a" §§1ª e 10ª do Decreto 45.490/00- (RICMS/00).			

RELATÓRIO

1ª) - Trata-se de Recurso Ordinário interposto tempestivamente pelo contribuinte contra a decisão de fls. 196/198 de Primeira Instancia administrativa proferida pela Delegacia Tributaria de Julgamento que julgou procedente o Auto de Infração e Imposição de Multa sob a seguinte acusação:

a) – Credito indevido de ICMS relativo a operações com mercadorias acobertada por documento fiscais considerados inábeis, nos termos do item 3ª §1ª do artigo 59 do RICMS/00.

2ª) – Devidamente notificada, a recorrente apresentou suas razões de defesa às fls. 53/69, com os instrumentos de representação legal e documentos sociais e fiscais juntados às fls.72/189, pedindo seja julgado improcedente a autuação com o conseqüente cancelamento do auto de infração vestibular.



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

CÂMARA
15ª CAMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 011 296166//2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

3ª – Sendo que o julgador tributário da Delegacia Tributaria de Julgamento –DTJ-1-UJ-14 – Osasco, que julgou procedente o AIIIM impugnado, mantendo-o na sua integralidade, conforme as razões de decidir constantes das fls. 196/198.

4ª - Inconformada, a empresa recorrente interpôs, tempestivamente, recurso ordinário as fls. 202/226, contra a decisão de primeira instancia administrativa, requerendo a reforma da decisão que manteve a imposição fiscal, cancelando-se o combatido o AIIIM.

5ª – A Dom Representação Fiscal sustenta suas contra-razões as fls.242//247, pugnando pelo não provimento do recurso, devendo ser mantida a decisão recorrida.

6 – Ainda de forma tempestiva, às fls. 204, protesta por sustentação oral perante este Tribunal.

Tendo em vista o protesto por **SUSTENTAÇÃO ORAL** já citado, interrompo a feitura do relatório para posterior conclusão, devolvo os autos DAC para as providencias de praxe.

São Paulo, 26 de *Jan* de 2.011

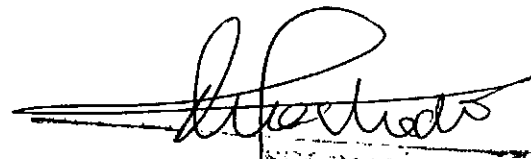

PAULO TOMOYUKI AOKI
JUIZ RELATOR

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
15 CÂMARA JULGADORA

SESSÃO ORAL

CERTIFICO que o interessado NAO compareceu
à Sessão de hoje desta Câmara

SALA DAS SESSÕES, em 26/01/2011


SECRETARIO

MARIA CRISTINA DINIZ MACHADO



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

CÂMARA
15ª CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 370 - 296166//2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

Diante do exposto, nada mais havendo a aduzir, complemento, concluo e encerro o meu Relatório, reiniciando a análise do presente processo administrativo fiscal para proferir o meu voto, cujas razões seguem em anexo.

Assim sendo passo ao voto.

VOTO

Analisados os elementos que compõe o processo administrativo e não bastante os esforços envidados pela recorrente em seu recurso ordinário em longo arrazoado sobre vários aspectos jurídicos tributários que a recorrente teria agido de boa fé e ainda que houvesse a realização do negócio entre as partes e neste sentido a recorrente apresenta documentos comprobatórios da sua boa-fé.

Assim sendo o contribuinte apresentaram de concerto prova que teria havido o negócio comercial e ainda houve a realização do pagamento das mercadorias adquiridas da suposta vendedora e considerada inábil, sendo que da inexorável verdade trazidas pelas provas, no sentido de que as mercadorias compradas pela recorrente teriam efetivamente ocorrido a transações comerciais entre a suposta empresa vendedora consideradas inabilitadas pelo fisco por ter existido o estabelecimento e após a cessação das atividades, haver emitido notas fiscais após 31.01.2007.

Sendo que a suposta vendedora SOMASOFT INFORMATICA ELETRO ELETRONICOS LTDA-EPP, foi declarada inidônea a partir de 31.01.2007, conforme apurado pelo fisco por ter existido o estabelecimento e após a cessação das atividades, haver emitido notas fiscais após a sua cessação das atividades.



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

CÂMARA
15ª CAMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTE 10 -296166//2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

A presente afirmação de que a compradora ora recorrente que age de boa-fé não teria o poder de polícia em fiscalizar a atividade do seu fornecedor e ainda não poderia ser responsabilizado por eventuais fraudes ou desvios cometidos pela vendedora ou qualquer outro intermediário.

Alias, neste sentido é o entendimento que vem sendo adotado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme manifestação havida nos autos do Agravo de Instrumento n. 262.043-SP, que teve o Relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, de cujo valo destaca o seguinte trecho.

“Não consta que na época da entrada das mercadorias a vendedora tivesse sido declarada inidônea ou que sua inscrição tivesse sido cancelada.

Ninguém é ingênuo a ponto de ignorar que existe a chamada indústria das notas fiscais, mas é em cada caso concreto que se deve apurar a existência de fraude.

Consta do processo administrativa afirmação de que a autora já se envolveu em situações como as narradas no auto de infração.

Trata-se, contudo, de matéria não devidamente esclarecida, além de que, no caso a que se refere o AIIIM, a autora adquiriu mercadorias mediante o fornecimento de notas fiscais formalmente em ordem, com indicação do CGC e da Inscrição Estadual, não sendo demais lembrar que os pagamentos foram feitos em estabelecimentos bancários em face de títulos emitidos pela vendedora, embora cedidos a terceira pessoa, o que constitui fato normal na circulação de títulos.” (meus os destaques).

E no mesmo sentido o próprio STJ pacificou seu entendimento externado nas ementas a seguir colacionadas:

“TRIBUTÁRIO – CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO. NOTAS FISCAIS CONSIDERADAS INIDÔNEAS – OPERAÇÕES



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

CÂMARA
15ª CAMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 01 -296166//2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

COMPROVADAS. BOA-FÉ DO CONTRIBUINTE.

1. Constatada a veracidade da operação comercial de compra e venda, não pode o adquirente de boa-fé (que, no caso, é presumida) ser responsabilizado por eventuais irregularidades posteriormente verificadas nas notas fiscais emitidas pela empresa vendedora.
 Precedente.

2. Recurso especial provido.

(Resp 246.134/MG, Rel. MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06.12.2005, DJ 13.03.2006 p. 233)" (Grifos Postos).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. COMPENSAÇÃO LASTREADA EM NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS. VENDEDOR DE BOA-FÉ. ALEGADA OFENSA AOS ARTIGOS 165 C/C O 458, II E III, 535, II, TODOS DO CPC, BEM COMO AOS ARTIGOS 136 E 150 DO CTN. NÃO-OCORRÊNCIA.

Ao tribunal toca decidir a matéria impugnada e devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, tampouco se destina a responder a argumentos, a guisa de quesitos, como se laudo pericial fosse. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia, observada a res in iudicium ducta. Dessa forma, não foram violados os artigos 165, 458, II e III, bem como 535, II do CPC.

No tocante à alegada violação dos artigos 136 e 150 do CTN, a jurisprudência deste STJ firmou entendimento segundo o qual as operações realizadas com empresa posteriormente declarada inidônea pelo Fisco devem ser consideradas válidas, não se podendo penalizar a empresa adquirente que agiu de boa-fé (Resp 176.270/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 04.06.2001).

Agravo regimental improvido.

(AgRg no Resp 290.227/MG, Rel. MIN. FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 15.02.2005, DJ 06.02.2006 p.



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

CÂMARA
15ª CAMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 201 -296166//2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

232) (GRIFOS POSTOS).

“TRIBUTÁRIO – ICMS – APROVEITAMENTO DE CRÉDITO – INIDONEIDADE DAS NOTAS FISCAIS”.

1. As operações realizadas com empresa posteriormente declarada inidônea pelo Fisco devem ser consideradas válidas, não se podendo penalizar a empresa adquirente que agiu de boa-fé.

2. Recurso especial provido.

(Resp 176.270/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 27.03.2001, DJ 04.06.2001 p. 88) (Grifos Postos).

Portanto o entendimento do Supremo Tribunal Federal fica patente que se no caso provada a realização efetiva de uma operação sujeita ao ICMS é preciso salientar que o pagamento do imposto pelo vendedor, e o nascimento do direito credito para o adquirente são coisa distintas, como alias, já expressaram os Ilustres Ministros Nelson Jobim e Marco Aurélio, do STF, nos autos do Recurso Extraordinário n. 212.209-2/RS.

Isto aliás, foi declarado pelo STJ no julgamento do RESP n. 85.888/SP (“A Fazenda Estadual cabe, na espécie, exigir o tributo do contribuinte de fato, autor do desvio, e não do comerciante vendedor, por este não ter meios legais de fiscalizar o comportamento do adquirente do produto) e, do mesmo modo, no julgamento do RESP n. 189.428 copias da decisão (“Não é lícito exigir do comprador, que recolha novamente o tributo, que ele pagara ao adquirir a mercadoria. Semelhante exigência ofenderia o princípio da não-cumulatividade). Ademais, por se tratar de questão atinente à inidoneidade documental, cumpre lembrar que, em tais casos, o STJ tem decidido – de modo unânime – que a inidoneidade documental não obsta o crédito, desde que se trate de operação efetivamente realizada e sujeita à cobrança do ICMS.

Portanto deve destacar-se que de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, a presente matéria já quase pacificada em relação que se houve o efetivo pagamento das mercadorias da comprada para vendedora, não se pode ser responsabilizados a compradora, em tal situação, seria atribuir à terceiro,



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

CÂMARA
15ª CAMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-SP-296166//2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

sem previsão legal, responsabilidade tributária, em flagrante ofensa ao art. 128 do Código Tributário Nacional e ainda ao princípio da não cumulatividade, este princípio Básico inerente a nossa Lei Maior – Princípio Constitucional.

E por fim a recorrente não faz jus a presente penalidade em vista que houve negocio comercial e a recorrente comprou e recebeu pelas mercadorias e ainda existe a comprovação dos pagamentos (BRADESCO) efetuados para a suposta vendedora das mercadorias considerada inábeis, conforme documentos juntados aos autos de fls.120/122,124/126, 128/130, 132 ,135, 142 e 159 comprovantes de pagamento efetuados pela recorrente junto à empresa vendedora e neste sentido a jurisprudência dos Tribunais Superiores destaca no sentido do direito do credito da recorrente e portanto neste sentido a recorrente fez prova contra si e sendo legais os seus procedimentos adotados quando da escrituração das operações realizada com a suposta empresa considerada inidôneas pelo fisco estadual.

E por fim mais recente decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça em decisão tem manifestado a favor da tese da recorrente que passamos a destacar:

“RECURSO REPETITIVO – COMPRADOR DE BOA-FÉ PODE APROVEITAR CREDITOS DE ICMS RELATIVOS A NOTAS FISCAIS FRAUDULENTAS

Mas para o ministro Luiz Fux, relator do processo, os argumentos da Receita estadual não procedem porque o STJ entende que o ato declaratório da inidoneidade só produz efeitos legais a partir da sua publicação. “O comerciante de boa-fé adquire mercadoria cuja nota fiscal emitida pela empresa vendedora posteriormente seja declarada inidônea pode engendrar o aproveitamento de crédito do ICMS pelo princípio da não comutatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada”.



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

CÂMARA
15ª CAMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTGJ-296166//2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

O ministro explicou que a jurisprudência das Turmas de Direito Público é no sentido de estabelecer que o comerciante que compra mercadoria com nota fiscal – posteriormente declarada fraudulenta – é considerado terceiro de boa fé, situação que autoriza o aproveitamento do crédito do ICMS, desde que fique demonstrada a existência real da compra e venda efetuada, conforme determinado pelo artigo 136 do Código Tributário Nacional (CTN). “O disposto no referido artigo não dispensa o contribuinte, empresa compradora, da comprovação de que as notas fiscais declaradas inidôneas correspondem a negócio efetivamente realizado”.

Para o ministro, cabe ao comprador de boa-fé exigir, no momento da celebração do negócio jurídico, a documentação que comprove a regularidade do vendedor, “cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide 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”.

O ministro negou provimento ao recurso especial, que, por tratar-se de recurso representativo da controvérsia, irá balizar os demais entendimentos relativos à questão. RE 1.148.444-MG(2009/0014382-6).

Neste sentido entendo que existe a boa-fé da recorrente as operações



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

CÂMARA
15ª CAMARA
JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTE 296166//2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

realizadas e ainda comprovou a realização do negocio comercial e ainda as empresa quando da consulta realizada encontrava-se no local indicado pela farta documentação apresentada pela recorrente em especial a comprovação dos pagamentos efetuados pela recorrente através dos documentos bancários do BRADESCO NET EMPRESA apresentado pela recorrente e por fim pela farta jurisprudência do próprio Tribunal de Taxas e Impostos e ainda em especial do Poder Judiciários que tem decidido em favor da recorrente entendo pelos provimentos do presente recurso ordinário.

Entendo que a infração imposta no presente AIIM devem ser excluídos e cancelada em vista que a recorrente comprovou a realização das operações e inclusive comprovação de ter efetuado os pagamentos pelas mercadorias comprada da suposta emitente das notas fiscais e ainda a recorrente comprovou através de vários documentos fiscais apresentado na defesa, comprovante do SINTEGRA e por fim não houve a publicação do ato de cancelamento da suposta vendedora.

Diante de todo o exposto, conheço do presente recurso ordinário e no mérito dar provimento ao presente recurso, cancelando integralmente a infração do AIIM.

São Paulo, 26 de Janeiro de 2011

PAULO TOMOYUKI AOKI
JUIZ RELATOR

A pedido dou vista ao processo a(o) SR.(a)
Fabio Castillo
pelo prazo de 15 dias (art. 029 do R.T.)
ficando adiado o julgamento.
SALA DAS SESSÕES, em 26, 01, 11

FABIO ROBERTO CORREIA CASTILHO
Presidente



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA

15ª

PROCESSO Nº

DRTCII-296166-10

RECURSO

ORDINÁRIO

RECORRENTE	BARCODE LTDA.					
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL					
RELATOR (A)	FABIO CASTILHO	AIIM	3130581	S. ORAL	S/N	N
EMENTA						
<p>ICMS</p> <p>1) RECEBIMENTO DE MERCADORIAS LASTREADO EM DOCUMENTO INIDÔNEO. ESTABELECIMENTO INEXISTENTE NO LOCAL INDICAO EM SEUS DOCUMENTOS - INFRAÇÃO CONFIGURADA.</p>						

VOTO DE VISTA

1. Divergindo da posição exposta no voto do Dr. Paulo Aoki, tenho que a inidoneidade de um documento não é efeito ou consequência de publicação da Administração, mas emana da própria lei.
2. No caso em tela tem-se emissão de documentos por estabelecimento que as diligências comprovaram jamais ter operado no local indicado nos documentos emitidos. A efetividade da declaração de irregularidade não está, pois, restrita ao período posterior à sua publicação oficial, pois, conforme dispõe o art. 21, inciso I, da Lei 6374/89 que a inscrição no cadastro de contribuintes será nula a partir da data de sua concessão, ou de sua alteração, nas situações em que, mediante procedimento administrativo, for constatada: simulação de existência do estabelecimento ou da empresa.
3. Alegações relativas à impossibilidade material da recorrente verificar a regularidade de seu fornecedor e do ônus de fiscalização estar indevidamente recaído sobre a mesma, não merecem provimento. O ônus de verificação de regularidade fiscal do fornecedor recai sobre aqueles que com ele negociam, em virtude do que dispõe o artigo 31 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 45.490/2000, verbis:



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
15ª	DRTCII-296166-10	ORDINÁRIO

“Artigo 31 - O contribuinte, por si ou seus prepostos, sempre que 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 59, 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 .

4. Havendo dever de diligência legalmente imposto, irrelevante a alegação do contribuinte no sentido de sua boa-fé, vez que essa é verificada objetivamente na medida em que se têm cumpridos os requisitos legais inerentes às operações realizadas. De outro lado, a alegação de inexistência de dolo é de ser afastada, já que, a intenção do agente é, em princípio, irrelevante para a caracterização da infração à legislação tributária, em virtude do que dispõe o artigo 136 do Código Tributário Nacional e **que o pagamento pela aquisição de mercadorias é fato distinto da regularidade do documento que a acoberta.**
5. Por fim, têm-se inexistente a transferência de responsabilidade tributária do fornecedor para o destinatário das mercadorias, vez que a responsabilidade na espécie é atribuída direta e pessoalmente ao destinatário em razão dos deveres legais de diligência quanto à origem dos créditos tomados na apuração do ICMS de seu próprio estabelecimento.
6. As multas foram aplicadas nos limites da legislação, não havendo, até por seu caráter punitivo, que considerá-las confiscatórias.
7. Assim, em conclusão, CONHEÇO DO RECURSO para NEGAR-LHE PROVIMENTO.

São Paulo,

30/13

de 2011.


FÁBIO CASTILHO

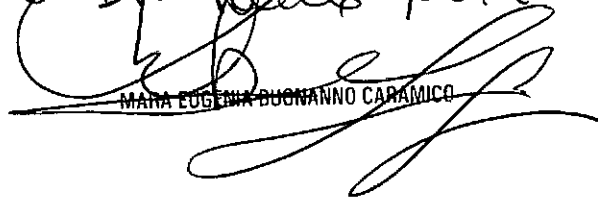
Juiz com Vista – Presidente da 15ª Câmara

masculino o menor de 20

Paulo Tomoyuki Aoki

PAULO TOMOYUKIAOKA

Com. Dr. Paulo Aoki.


MARIA EUGENIA BUONANNO CARAMICO