

FLS.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
QUARTA EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT15-332897-2002

RECURSO
ORDINÁRIO

RECORRENTE	ROYAL CANIN DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL				
RELATOR(A)	GIANPAULO CAMILO DRINGOLI	AIIM	2134079-1	S. ORAL	NÃO

EMENTA

ICMS

CRÉDITO INDEVIDO RELATIVO A

- **DOCUMENTAÇÃO INIDÔNEA**
- **MATERIAL DE USO OU CONSUMO**
- **APROPRIAÇÃO EXTEMPORÂNEA REFERENTE À MANUTENÇÃO DE BEM DO ATIVO**

UTILIZAÇÃO DE NOTAS FISCAIS FALSAS

MÉRITO

As infrações imputadas ao Contribuinte foram plenamente demonstradas. As provas de pagamento não têm o condão de regularizar a situação irregular de seu fornecedor perante o fisco. Não apresentou qualquer prova para demonstrar que os materiais adquiridos não seriam de uso ou consumo. O conjunto fático-probatório dos autos favorece apenas o fisco.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO

CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO	CAPITULAÇÃO DA MULTA
Artigos 56 e 58; 63; do RICMS (Decreto 33.118/1991).	Artigo 592, II, "c" e "h"; do RICMS/1991 e artigo 85, II, "c" e "h"; da Lei 6.371/1989.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário, interposto pelo contribuinte, contra decisão de primeira instância, que manteve parcialmente as exigências fiscais destes autos.

2. As acusações referem-se a
 - a. Crédito indevido decorrente de documentos fiscais declarados inidôneos, supostamente emitidos por COMERCIAL ALIEX AVICULTURA, IMP. E EXP. LTDA.
 - b. Material de uso ou consumo.
 - c. Apropriação extemporânea relativa à manutenção de bens do ativo imobilizado.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
QUARTA EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT15-332897-2002

RECURSO
ORDINÁRIO

- d. Crédito indevido decorrente de documentos fiscais declarados inidôneos, supostamente emitidos por COMERCIAL ALIEX AVICULTURA, IMP. E EXP. LTDA.
 - e. Material de uso ou consumo.
 - f. Utilização de notas fiscais falsas, supostamente emitidas por COMERCIAL ALIEX AVICULTURA, IMP. E EXP. LTDA.
3. Inconformado, o contribuinte em suas razões deste recurso:
- 3.1. Alega possuir direito ao crédito decorrente da realização das operações comerciais, em nome do princípio constitucional da não cumulatividade.
 - 3.2. Afirma que não lhe cabe fiscalizar seu fornecedor.
 - 3.3. Acrescenta que não obteve qualquer vantagem na utilização de documentos supostamente falsos.
 - 3.4. Afirma que não houve publicidade da declaração de inidoneidade dos documentos fiscais, e que, portanto, seus efeitos não poderiam retroagir.
 - 3.5. Contesta o enquadramento de suas aquisições como material de uso ou consumo.
 - 3.6. Por fim, pede o provimento de seu recurso para cancelar a autuação.
4. A d. Representação Fiscal pugna pela manutenção da decisão recorrida. No mérito, entende que não assiste razão ao contribuinte, por ter sido plenamente comprovada a prática das infrações.
5. Era o que devia ser relatado, podendo-se passar a decidir.

VOTO

6. De início, deve-se registrar que não há preliminar a ser apreciada. Registre-se ainda que a acusação relativa ao item 6 foi afastada na decisão de primeira instância e, portanto, não será apreciada neste julgamento.
7. Sobre a matéria de fundo destes autos, sua solução depende exclusivamente do exame do acervo fático-probatório juntado aos autos, que favorece apenas o fisco.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
QUARTA EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT15-332897-2002

RECURSO
ORDINÁRIO

8. Com efeito, o Recorrente apresenta provas de pagamento, alegando ter agido de boa fé.
9. Entretanto, ainda que tenha pago o preço das mercadorias que adentraram em seu estabelecimento, a efetiva origem dessas mercadorias é desconhecida.
10. Por essas razões, verifica-se que autuação é plenamente procedente, conforme já declarado na decisão de primeira instância, por ter sido comprovadas a prática das infrações imputadas à Recorrente.
11. Os documentos fiscais escriturados não atendem aos requisitos da legislação, especialmente os itens 3 e 4 do § 1º do artigo 59 do RICMS/2000.
12. Portanto, não há qualquer violação ao princípio da não cumulatividade, porquanto não ocorreram os supostos fatos geradores declarados nas notas fiscais inidôneas, e, por conseguinte, não houve qualquer cobrança anterior do imposto que pudesse ser compensada pela Recorrente com os débitos decorrentes de posteriores operações de saída das mesmas mercadorias.
13. De outra parte, a situação irregular do suposto emitente das notas fiscais perante o fisco foi plenamente comprovada pelos documentos de folhas 599/619. No local indicado como estabelecimento não operava o suposto fornecedor. Trata-se de pequena sala de 40 m². Informações colhidas de pessoa que se declarou funcionário da empresa dão conta de que nunca houve qualquer movimentação de mercadoria. O contador declarou não possuir os documentos e livros fiscais da empresa. Restou comprovada a simulação de existência do estabelecimento.
14. Ainda que as mercadorias tenham entrado no estabelecimento da Recorrente, sua origem é desconhecida, e as operações não ocorrerem na forma declarada nos documentos fiscais inidôneos.
15. 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.
16. Com efeito, 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 -



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

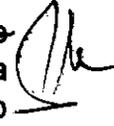
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
QUARTA EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT15-332897-2002

RECURSO
ORDINÁRIO

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 operação praticada pela interposta pessoa.

17. O conjunto fático-probatório dos autos favorece apenas o fisco. ~~Não se pode entender que a Recorrente tenha comprovado ter agido de boa fé.~~ Ademais, a boa fé é irrelevante no presente caso, em virtude do que dispõe o artigo 136 do Código Tributário Nacional – CTN. 

18. A boa fé deve ser presumida nas operações comerciais, desde que seja comprovada a ocorrência dessas operações. ~~No caso destes autos, não se pode sequer vislumbrar a ocorrência das supostas operações comerciais, pela ausência absoluta de qualquer prova.~~ *Ha' provas de pagamento.* 

19. De outra parte, deve-se afastar a alegação de 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.

20. Com efeito, 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.

21. 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



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
QUARTA EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT15-332897-2002

RECURSO
ORDINÁRIO

o entendimento de que são efeitos meramente declaratórios.

22. Todo contribuinte que contratar outro contribuinte, na qualidade de fornecedor ou cliente, tem o dever de se assegurar da regularidade fiscal deste, conforme determina o artigo 22-A da Lei 6.374, de 1989, *verbis*:

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.

23. Por essas razões, a Recorrente está sendo penalizada por infração decorrente de seus próprios atos. Ao contrário do que afirma, sua responsabilidade decorre do disposto no artigo 22-A da Lei 6.374/1989. Trata-se de infração por ato próprio. Não está sendo responsabilizada pelos vícios dos documentos fiscais de origem desconhecida, mas penalizada pela inobservância ao supracitado artigo 22-A da Lei do ICMS.
24. No que se refere à alegação de que não se trata de material de uso ou consumo, mas material intermediário, não assiste qualquer razão à Recorrente que não juntou qualquer prova para suportar essa afirmação.
25. Nem se alegue que não caberia qualquer restrição ao princípio constitucional da não cumulatividade, exceto a isenção ou não incidência na operação ou prestação subsequente, adotando a tese doutrinária do chamado "crédito financeiro".
26. A discussão relativa ao crédito decorrente da aquisição de material de uso e consumo é antiga neste E. Tribunal e resume-se na discussão doutrinária entre os denominados "créditos físicos" e "créditos financeiros".
- a. A corrente que defende os denominados "créditos financeiros" considera que a única vedação possível para o aproveitamento como crédito do valor destacado no documento fiscal de aquisição de mercadoria ou de serviço tomado, em virtude do princípio da não cumulatividade do ICMS, é a isenção ou não incidência relativa à operação subsequente. Essa corrente entende que não cabe à Lei Complementar restringir o que a própria Constituição não restringiu.
 - b. A outra corrente, ao contrário, defende a tese de que a Lei Complementar não poderia ampliar o alcance do princípio da não cumulatividade do ICMS, admitindo o "crédito financeiro". Entende que a Constituição consagrou o denominado "crédito físico".



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
QUARTA EFETIVA	DRT15-332897-2002	ORDINÁRIO

- c. Pessoalmente, estou com a corrente que defende o chamado "crédito físico". Entretanto, entendo também que não cabe a este E. Tribunal negar vigência à Lei Complementar. Por outras palavras, não cabe a este E. Tribunal administrativo apreciar argüição de inconstitucionalidade, seja porque essa Lei tenha ampliado ou restringido o alcance do princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS.
- d. Não se pode dar ao princípio constitucional da não cumulatividade toda a amplitude apresentada pela recorrente em sua defesa, porquanto significaria negar vigência de parte da Lei Complementar 87/96.
- e. Não cabe a este órgão de julgamento administrativo deixar de aplicar lei válida, vigente e eficaz, sob o argumento de suposta inconstitucionalidade.
- f. Nunca é demais lembrar que o Supremo Tribunal Federal – STF adotou o denominado "crédito físico". Apenas como exemplo, cite-se a decisão em sede de recurso extraordinário 543.334-0/RS, que declarou incidentalmente a constitucionalidade da Lei Complementar 102/2000, que introduziu as restrições ao crédito do imposto na utilização de energia elétrica e serviço de comunicação.

27. Portanto, o trabalho fiscal não merece reparos.

28. Por todo e exposto, e por estarem presentes seus pressupostos de admissibilidade, **CONHEÇO DESTE RECURSO ORDINÁRIO**, para no mérito **NEGAR-LHE PROVIMENTO** e, por conseguinte, manter a decisão de primeira instância.

Sala das Sessões, 2 de julho de 2009.

Gianpaolo Camilo Dringoli
GIANPAULO CAMILO DRINGOLI
Relator

Acompanha o I. Relator, com excertos dos itens I.1 e II.4, que tratam de medidas individuais por escrituras de notas indenizadas. É fato, conforme extensa documentação anexada pelo Fisco, verifica-se que as operações de aquisição de mercadorias realmente ocorreram. Com efeito, há centenas de demonstrações de pagamento efetuadas pela autuada à escrituras dos seus fornecedores fiscais.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
CAT - TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

Página: 9
Data 03/06/2009
Hora 12:40:01
DAP383R

Sessão: 02/06/2009

Processo: DRT-15-332897/2002 - AIIM 2134079-1

QUARTA Câmara Efetiva

Recorrente: ROYAL CANIN DO BRASIL IND COM LTDA

Recorrida: A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO

Relator: Gianpaulo Camilo Dringoli

Tipo de Recurso: Recurso Ordinário

Advogado: Dr(a). Frederico José Straube

Provido parcialmente. Decisão não unânime

Publicado em:

22 AGO 2009