latividade ao não ser admitido o crédito pela Fiscalização. Alega, ainda, a ocorrência de decadência do direito do Fisco, pois "o documento que gerou o crédito inquinado foi registrado em agosto de 1988 e o AIIM foi lavrado em 19 de novembro de 1993, portanto tendo ocorrido mais de cinco anos, é de se aplicar a regra prevista no § 4º do artigo 150 do CTN" e ao final requer o julgamento pela improcedência do auto de infração.

O Sr. Agente autuante manifesta-se sobre o Recurso Ordinário, refutando as razões nele contidas, tecendo comentários sobre a correta verificação da inexistência da empresa emitente da Nota Fiscal que originou o AIIM e sobre a conduta da Recorrente, mencionando que esta é habitual utilizadora de notas fiscais declaradas inidôneas pela situação irregular de seus emitentes e que constatou existirem outros 58 documentos fiscais irregulares registrados em seu livro de entradas de mercadorias, cita precedentes deste E. Tribunal e alegando o acerto do feito fiscal com os documentos que embasaram o trabalho fiscal, requer a manutenção integral do AIIM.

A digna Representação Fiscal manifesta-se sobre o Recurso Ordinário, ressaltando que os documentos apresentados pelo Sr. Agente autuante fundamentam a inidoneidade do documento fiscal em análise, bem como a glosa do respectivo crédito e, ainda, que o emitente desta trata-se de "contribuinte frio, não inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado de São Paulo". Cita doutrina e precedentes deste E. Tribunal e ao final opina pelo conhecimento do Recurso, mas quanto ao mérito pela manutenção da ação fiscal.

Este é o Relatório.

VOTO

Analisando as questões postas no presente feito, inicialmente desconsidero o pedido preliminar efetuado no Recurso Ordinário quanto a incorporação das razões de Defesa às do recurso em análise, posto que tal Defesa fora apresentada intempestivamente, ou seja, após decorridos mais de oito meses da Notificação do

AIIM, conforme constata-se a informação do Posto Fiscal.

Adentrando aos aspectos de fato e direito que compõem o feito, em um primeiro momento poder-se-ia acolher a alegação da Recorrente da ocorrência da decadência do direito do Fisco Estadual no que se refere ao lançamento do crédito tributário efetuado através do Auto de Infração, com fulcro no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, pois como o ICMS é tributo que enquadra-se na modalidade de lançamento por homologação e como a autuação data de 19 de novembro de 1993 e o fato que originou tal lançamento ocorreu em 29 de outubro de 1988 (lançamento da NF no Livro Registro de Entradas), transcorreram mais de cinco (5) anos, que é o prazo fixado no mencionado dispositivo.

Porém, a parte final do referido § 4º, do art. 150 do CTN, traz expressa ressalva, que por sua aplicação ao caso presente transcrevo a seguir:

"§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considerando-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação". (Grifei)

Em meu entendimento aplica-se a parte final grifada da disposição acima transcrita ao que ocorreu na situação verificada neste feito, em razão de estarem presentes nos autos elementos que caracterizam a simulação do ato praticado, qual seja, a emissão de documento fiscal por empresa inexistente no Cadastro de Contribuintes do Estado de São Paulo e que utilizou-se de número de inscrição no CGC(MF) pertencente a outra empresa, conforme informações dos autos, tendo como consequência o respectivo registro de tal documento na escrita fiscal da recorrente, além de haver apontamento nos autos de primeiras vias de outras NFs emitidas pela empresa inexistente em poder da recorrente.

Em complementação ao disposto na parte final do aludido § 4º, necessariamente impõe-se a busca do Direito Privado, mas especificamente do Direito Civil, para a identificação da definição de "simulação" e de sua aplicação aos atos jurídicos, cuja previsão encontra-se nos Artigos 102, inciso II c/c artigo 105, do Código Civil, os quais tenho como supedâneo para o entendimento ora manifestado.

Faz-se necessário, e de imediato, ressaltar que não partilho do entendimento, e sempre que oportuno, refuto a argumentação no sentido de que o prazo decadencial para a Fazenda Pública efetuar o lançamento do crédito tributário, se interrompe pela prática de atos realizados pela Fiscalização, tais como, notificação, auto de apreensão, etc., pois invariavelmente estes atos não se constituem em medidas preparatórias indispensáveis ao lançamento, além do que podem caracterizar um aceitável privilégio para Fazenda Pública na utilização, por exemplo, de seguidas notificações realizadas às vésperas do esgotamento do prazo decadencial.

Esta indispensável ressalva aplica-se também ao caso presente, quanto ao não reconhecimento que, "data venia", ora manifesto em relação ao fundamento contido em parte da r. decisão monocrática de primeira instância, que rechaça a hipótese de ocorrência da decadência, por entender que a ação fiscal foi iniciada em 28.02.1992 com a lavratura do Auto de Apreensão de Livros e Documentos.

Portanto, não acolho a alegação de ocorrência de decadência do direito do Fisco Estadual para o lançamento realizado pelo AIIM, tão somente pelas considerações e argumentos até aqui expendidos.

Quanto aos demais aspectos entendo ter havido crédito indevido por parte da recorrente, lastreado na Nota Fiscal que originou o presente processo administrativo, pois a recorrente mesmo alegando que "houve o pagamento em dinheiro e cheque equivalente ao valor da mercadoria", não trouxe aos autos qualquer prova neste sentido e nem mesmo quaisquer outros elementos, tais como os que