

No caso em tela, em homenagem à justiça fiscal, deveriam os autuantes ter incluído, nos processos instaurados contra os acusados de creditamento indevido, todas as pessoas (físicas) envolvidas na fraude, na condição de co-obrigados solidários. Não tem o menor sentido exigir-se multa regulamentar de empresa simulada, isto é, de empresa sem qualquer consistência fática e jurídica, cujos atos constitutivos são absolutamente nulos. E nulo, como sabido, é o que não pode produzir nenhum efeito: "Quod nullum est nullum producit effectum" (Regula Juris Communis).

De todo modo, o equívoco cometido pelo Fisco não teria jamais o condão de invalidar autuações como a procedida no presente caso, até porque nenhum tributo se reclamou do emitente dos documentos tidos por indôneos.

No mais, a presente autuação em nada difere de tantas outras já apreciadas por este pretório administrativo.

Tenho sustentado, a propósito, que o artigo 56 do RICMS, dado por infringido, estabelece os requisitos legitimadores do crédito fiscal, os quais, uma vez descumpridos, privam o contribuinte do direito de abater, do ICMS devido em decorrência das

operações de saída por ele promovidas, "o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado ou pelo Distrito Federal", na redação da Carta Magna vigente (art. 155, § 2º, I).

Não basta, para que o contribuinte/adquirente tenha assegurado seu direito ao creditamento do imposto, esteja ele destacado em documento **aparentemente regular**. É imprescindível que o crédito esteja lastreado em documento fiscal **hábil**, assim entendido o emitido por contribuinte **em situação regular**. E por contribuinte em situação regular deve ser entendido aquele que, além de devidamente inscrito na repartição fazendária de seu domicílio, **esteja em atividade no local apontado ao Fisco**.

Tais requisitos constituem verdadeiras "conditiones juris" sem as quais não se aperfeiçoa, para contribuinte/adquirente, o direito ao creditamento do imposto destacado nos documentos de aquisição de mercadorias. Assim é que, uma vez comprovada a inatividade do emitente dos documentos fiscais no local indicado à repartição fazendária - como no caso presente - e, por conseguinte, positivada sua **situação irregular**, fica o contribuinte/adquirente impossibilitado de promover o abatimento propiciado pelo crédito fiscal.

Como se vê, o direito ao crédito não é absoluto, nem incondicionado, nem irrestrito. E muito menos oponível ao Fisco, como ensina Alcides Jorge Costa. Após afirmar que o emitente do documento fiscal tem com o destinatário apenas uma relação de direito privado, ensina o eminente tributarista que "quem recebe a mercadoria não adquire, por isso, qualquer direito de crédito contra o Estado". E arremata: "Adquire, isto sim, o direito de levar em conta no cálculo do imposto que vier a dever, o montante do ICM relativo às operações anteriores." ("O ICM na Constituição e na Lei Complementar", Res. Tributária, 1978, p. 155).

Ante todo o exposto, decido no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, mantida, por justa e acertada, a decisão recorrida.

Sala das Sessões, 26 de junho de 1997.

a) Antonio Carlos de Moura Campos, Juiz Relator.

Resumo da Decisão: Recurso Ordinário. Negado Provimento. Decisão unânime. Proc. DRT-16 nº 1117/93, julgado em sessão da 7ª Câmara de 26/6/97.

EMENTAS

5723 - ATIVO IMOBILIZADO - Importação - Falta de pagamento do ICMS - Irrelevante a falta de habitualidade - Negado provimento ao recurso - Decisão não unânime.

Rejeito a alegação de nulidade da decisão recorrida e cerceamento de defesa. Ainda que de maneira sucinta, o julgador declarou que o imposto é devido porque a legislação prevê a incidência sobre o fato praticado. Não terá havido cerceamento de defesa, pelo quanto está bem elaborado o recurso, no sentido de contrariar a decretada incidência. Entendo que assiste razão ao Fisco, quanto ao mérito. A Lei 6.374/89, ao instituir o ICMS, previu sua incidência sobre a

importação de bens ou mercadorias, independentemente da habitualidade. A regra está no inciso V do artigo 2º, "verbis": "Artigo 2º - Ocorre o fato gerador do imposto: V - no recebimento, pelo importador, de mercadoria ou bem importados do exterior;" E o § 3º do artigo 7º dispõe: "§ 3º - O requisito da habitualidade não é exigido para caracterizar a sujeição passiva na entrada de mercadoria do exterior." A jurisprudência invocada pela recorrente relativamente à ausência de incidência do imposto na importação de bem de ativo imobilizado é anterior à Constituição vigente, como é, ainda, anterior à Emenda Constitucional nº 23/83, que, ao modificar

o artigo 23 da Constituição Federal (com a redação da Emenda nº 1/69), acrescentou-lhe o § 11, "verbis": "§ 11 - O imposto a que se refere o item II incidirá, também, sobre a entrada, em estabelecimento comercial, industrial ou produtor de mercadoria importada do exterior por seu titular, inclusive quando se tratar de bens destinados a consumo ou ativo fixo do estabelecimento." No sistema vigente, a regra está reproduzida no inciso IX do § 2º do artigo 155, que prevê o ICMS, nesta redação: "IX - incidirá também: a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como serviço