



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
10ª Câmara Julgadora

PROCESSO Nº
DRT-3-829692/2009

RECURSO
Ordinário

RECORRENTE	EMBAHIA IND E COM DE PLASTICOS LTDA		
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO		
RELATOR	PAULO R B FORTUNA	AIIM	3.124.271-6

ASSUNTO

Resumo da acusação: Crédito indevido em transferências de matriz na BA, beneficiária de incentivos fiscais não aprovados por Convênio. Benefício irregular em desacordo com a CF e LC 24/75. Cobrada diferença entre o destacado nas NNFF e o efetivamente pago na origem.

Alega em RO: decadência; a glosa de créditos seria afronta à não-cumulatividade.

RELATÓRIO

Recebo os autos por determinação da C. Câmara Superior que, em sede de Recurso especial impetrado pela FESP, afastou a ocorrência de decadência, contada pelo artigo 150 § 4º do CTN, e o encaminhou para julgamento no mérito.

Em sede de recurso ordinário, o i. Dr Zulli Neto proferiu voto de manutenção do feito fiscal, suportado por seu entendimento quanto a contagem da decadência pelo artigo 173/I do CTN, e por considerar que o benefício fiscal usufruído pelo remetente das notas que originaram os créditos glosados no inicial, concedido ao arripio do CONFAZ, seria irregular, afrontando à Constituição federal, a Lei complementar 24/75, a regra matriz do crédito, e por consequência legislação estadual. Em voto em separado vencedor, a não menos ilustre juíza Dra Celina Coutinho considerou ocorrida a decadência dos créditos lançados, na contagem pela regra do artigo 150 § 4º do CTN.

O vencedor voto do Dr Dringoli em Câmara Superior conclui pela contagem da decadência na forma do artigo 173/I do CTN, e observa que há créditos tomados após 08/12/2004, período que estaria fora do alcance do efeito decadencial mesmo se contado pelo artigo 150 §4º.

Por economia de tintas e celeridade processual, adoto o relatório do ilustre dr Zulli Neto, como sempre completo e fiel ao conteúdo processual, e acrescento, com o andamento posterior acima relatado, e com informações acerca da acusação, pinçadas, pó essenciais ao julgamento.

A matéria guerreada é conhecida nesta Corte.: glosa de créditos destacados em notas de transferência entre filiais de mesma empresa, por usufruir a remetente, situada no estado da Bahia, de benefício fiscal concedido por aquela unidade da federação de forma unilateral, ao arripio do CONFAZ. Foi glosada a diferença entre o destacado nas notas e o pago ao Estado de origem, no período de janeiro a dezembro de 2004. O demonstrativo que originou o DDF mostra notas emitidas



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
10ª Câmara Julgadora

PROCESSO Nº
DRT-3-829692/2009

RECURSO
Ordinário

entre 02/01/2004 e 29/12/2004.

A fruição de benefício concedido ao abrigo do Programa BAHIAPLAST é incontroversa nos autos. A recorrente cinge suas razões na ocorrência da decadência, e no direito ao crédito pelo princípio da não cumulatividade.

É a síntese do essencial.

VOTO

Apesar de voltar o processo à mesma Câmara que o julgou em sede Ordinária, e ainda no transcurso do mesmo mandato, prefiro, diante do pleito de sustentação oral e para garantir o devido equilíbrio processual, interromper o presente julgamento para abrir o espaço solicitado ao patrono da recorrente.

Por conta disso, solicito ao zeloso DAC para que paute o processo, observando e assinalando a sustentação oral.

São Paulo, 15 de agosto de 2011

Paulo Roberto Braga Fortuna
 Juiz Relator



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
10ª Câmara Julgadora

PROCESSO Nº
DRT-3-829692/2009

RECURSO
Ordinário

RECORRENTE	EMBAHIA IND E COM DE PLASTICOS LTDA		
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO		
RELATOR	PAULO R B FORTUNA	AIIM	3.124.271-6
PROPOSTA DE EMENTA			
<p>Resumo da acusação: Crédito indevido em transferências de matriz na BA, beneficiária de incentivos fiscais não aprovados por Convênio. Benefício irregular em desacordo com a CF e LC 24/75. Cobrada diferença entre o destacado nas NNFF e o efetivamente pago na origem.</p> <p>Alega em RO: decadência; a glosa de créditos seria afronta à não-cumulatividade.</p> <p>RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO</p>			

COMPLEMENTO DE RELATÓRIO

No dia aprazado e com a devida inclusão em pauta, compareceu à sessão da 10ª Câmara Temporária portador, e apresentou memoriais, afirmando que seriam em substituição à sustentação pleiteada.

Deferida a juntada da peça, e constatada que a mesma repisa razões trazidas nas peças de resistência, e/ou tratadas por este relator em sua peça decisória, foi autorizado ao presente assistir ao julgamento.

Neste ponto, considero que os autos se encontram em condição de serem julgados, pelo que passo à decisão.

São Paulo, 24 de agosto de 2011

Paulo Roberto Braga Fortuna
 Juiz Relator

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

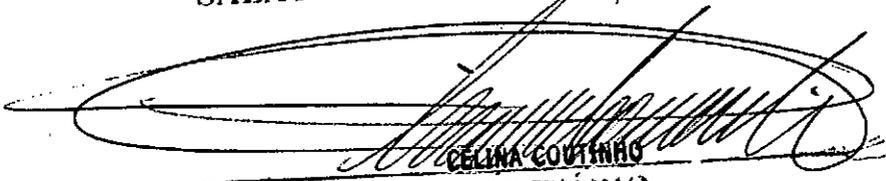
SECRETARIA JUDICIÁRIA

SUSTENTACÃO ORAL

CERTIFICO que o interessado NÃO compareceu
à sessão de hoje desta Câmara

SALA DAS SESSÕES, CBT

27 08 2011



CELINA COUTINHO
SECRETÁRIO

APRESENTOU MEMÓRIAS



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
10ª Câmara Julgadora

PROCESSO Nº
DRT-3-829692/2009

RECURSO
Ordinário

VOTO

Inicialmente, me considero na obrigação de declinar que me alinho com aqueles que defendem para casos da espécie, como o Dr Dringoli, a contagem do prazo decadencial pelo artigo 173/I do CTN, regra geral de decadência, o que coloca à salvo a integralidade do crédito lançado.

Em primeiro plano, porque considero, conforme inúmeros pronunciamentos e julgados de minha lavra nesta Câmara, que a crédito não vejo aplicar-se o quanto previsto no artigo 150 §4º do CTN, pois não é o creditamento, em si, para fins de compensação, a "atividade de lançamento", na forma definida no artigo 142 do r.diploma, a qual se aplicaria aquela regra de contagem.

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. (gn)

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa

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

Ademais, afora a natureza jurídica do crédito, diverso do conceito de lançamento que seria homologável pela regra acima, enxergo, para casos como este em exame, ou seja, creditamentos glosados por conta de benefícios fiscais irregulares usufruídos por estabelecimento da mesma empresa que a autuada, indistigável contexto fraudulento, o que justificaria seu enquadramento na ressalva do §4º. Seja por um lado, seja por outro, não tenho como acolher e dar guarida à alegação de decadência trazida pela recorrente, pois vejo aplicável a contagem do artigo 173/I do CTN.

Superada a preliminar da decadência, volto aos autos para tratar do mérito.

Os autos tratam de créditos de ICMS suportados por notas de transferências interestaduais, emitidas por matriz da empresa que usufrui de incentivos fiscais ligados ao ICMS em seu Estado de Origem, incentivo não aprovado em Convênio do CONFAZ.

E repito, assim enxergo a situação fática, pois em nenhum momento a autuada trouxe provas em contrário, restando incontroversa nos autos. Incontroversa e até mesmo confessada, pois a linha defensiva vai no sentido de tentar convalidar seu procedimento, o seu direito de crédito apesar dos incentivos fruídos, a legalidade do creditamento, em contraponto à ilegalidade da postura da FESP em negar-lhe tal direito.

O Fisco glosa créditos referentes a 70% do valor de ICMS destacado nas notas de



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
10ª Câmara Julgadora

PROCESSO Nº
DRT-3-829692/2009

RECURSO
Ordinário

transferência, que seria o percentual correspondente ao incentivo concedido na forma de crédito presumido. Assume legal e convalida a parcela correspondente a 30% do destacado.

Na verdade, estamos diante de mais um capítulo da guerra fiscal, em que Estados oferecem condições tributárias vantajosas para atrair empresas, que a eles acorrem para economia de tributos, com a contrapartida de pequeno ou mínimo ganho arrecadatário, ou mais comumente de parques empregos gerados, em prejuízo de outra unidade federativa.

Se é lícito ao empreendedor buscar o maior lucro possível, deveria caber ao arcabouço institucional, nele incluídos os entes federados, impor freios a tal busca, para garantir a lógica do sistema, a justiça tributária e fiscal, a igualdade de oportunidades e concorrencial, o interesse público/coletivo acima do individual/privado. E não agir como indutor a tal busca, a partir de benefícios irregulares.

Na minha opinião, que peço vênia para expor em poucas linhas, os incentivos de atração deveriam se nortear por princípios que devem permear toda a administração pública, de bom senso e razoabilidade, moralidade, motivação, publicidade... Mas não é o que normalmente ocorre nos dias atuais. Por vezes são concedidos sem verificações mínimas de informações dos interessados, necessárias para evitar uso fraudulento, sem qualquer acompanhamento do incentivado, sem transparência à sociedade de quanto recurso se está abrindo mão, em favor de quem, a prejuízo de quem.

E a experiência mostra que no balanço de incentivos fiscais quase sempre há um grande desequilíbrio entre os ganhos ao incentivado e a contra partida resultante à sociedade, em favor daqueles.

Tratando do assunto em tese, este juiz vê com reservas qualquer concessão de benefícios fiscais. Qualquer alocação de recursos pelo poder público nunca é neutra.

Os parques recursos da sociedade, arrecadados a partir de tributos que ela mesma paga, aplicados a poucos setores econômicos, grupos e/ou empresas, distorcem o mercado, pois cria condição concorrencial discrepante e privilegiada, levando a concentração, aumento de market share e/ou lucros de alguns em detrimento de outros. Também distorce a alocação de capitais, escassos da sociedade, que deve buscar vantagens competitivas não-artificiais, em busca da maior produtividade para aquela atividade específica e para a sociedade como um todo.

Sempre a concessão de incentivos provoca ganhadores e perdedores, mas o maior perdedor é a sociedade. A sociedade sabe qual setor é privilegiado, o que dá em troca ao Estado, e quanto a sociedade paga por esse resultado? Tem a sociedade a condição de avaliar tecnicamente, avaliando custo-benefício de cada incentivo?



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
10ª Câmara Julgadora

PROCESSO Nº
DRT-3-829692/2009

RECURSO
Ordinário

Porque um setor ou empresa deve ser privilegiado em detrimento de outros? Não seria justo que todo benefício figurasse, explicitamente, no orçamento do ente político, para que a sociedade pudesse fazer tais avaliações com transparência e rigor técnico?

São questões que devem perpetuar a discussão de autuações como a presente. E questões tão importantes do ponto de vista concorrencial, alocativo de capitais, e da distribuição que se pretende da riqueza, que a legislação buscou cercar a concessão de benefícios fiscais.

Não por acaso o legislador fez incluir regras, nacionais, no texto constitucional e na legislação complementar, para evitar e disciplinar a disputa entre os Estados: o fez para evitar a situação de verdadeiro "canibalismo tributário" que se assiste hoje. A cada incentivo criado por uma unidade federativa coube às outras a imitação e a criação de outros, mais vantajosos ao setor privado-beneficiário, resultando progressivamente benefícios cada vez maiores ao privado e com contrapartidas menores à sociedade, até que no limite, pode haver situação de reciprocidade nula ou negativa.

Voltemos aos autos. Transcrevo a norma aplicável:
 CF

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

XII - cabe à lei complementar:

c) disciplinar o regime de compensação do imposto;

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

LC 24/75

Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:

I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria;

O legislador constituinte previu expressamente que o regime de compensação fosse disciplinado por legislação complementar, delegando a competência, e diante da possibilidade de disputas entre os Estados com base em incentivos tributários, previu que o complementar regularia a forma de sua concessão, sob pena de nulidade, para evitar o fratricínio.

E o complementar o fez através da LC 87/96, e já o havia feito em parte, em legislação recepcionada, a LC 24/75, criada para acabar com o que se chamava na



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
10ª Câmara Julgadora

PROCESSO Nº
DRT-3-829692/2009

RECURSO
Ordinário

época de "guerra fiscal do ICM", disciplinando a concessão de benefícios através de Convênio aprovado pelos Estados. É lei válida e vigente, com penas duras ao concedente irregular, mas que tem sido flagrantemente desrespeitada nos últimos anos.

A lógica perversa do benefício fiscal pressupõe criar vantagem comparativa em relação a outro Estado, para ser mais atrativo que aquele ao capital. Pressupõe prejudicar outro Estado em seu favor, pois o destinatário terá, pelo pacto federativo, de honrar como crédito a abater do imposto debitado em suas saídas valores de tributos destacados nas notas mas não pagos na origem. A questão é mais explícita quando benefícios são restritos a créditos presumidos nas operações de transferência interestadual.

No presente caso, assim como é de praxe em processos como este, não há Convênio aprovado pelo CONFAZ que ampare o benefício fiscal concedido pelo Estado da Bahia, com créditos presumidos na ordem de 70% do valor debitado nas notas de transferência.

Ou seja, o Estado remetente elaborou norma exatamente para incentivar as remessas interestaduais, reduzindo sua carga tributária, abrindo mão de receita que lhe caberia, mas pretendendo impor ao Estado de destino que abata do valor devido pelas operações futuras que nele se realizarão valor de imposto que não cobrara anteriormente.

Desrespeitados os preceitos legais impostos a todos os entes federados, resta aos Estados prejudicados o recurso ao Judiciário, e a inserção de salva-guardas em sua legislação, com fundamento na norma nacional, em sua defesa e na de suas empresas e cidadãos.

Não é lícito imaginar ser possível que um Estado, ao renunciar a receitas tributárias, determine perdas tributárias, ou renúncia não consentida, por outro Estado. Na legislação paulista, está estabelecido que:

Lei 6374/89

Artigo 36 - O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação é não-cumulativo, compensando-se o imposto que seja devido em cada operação ou prestação com o anteriormente cobrado por este, outro Estado ou pelo Distrito Federal, relativamente a mercadoria entrada ou a prestação de serviço recebida, acompanhada de documento fiscal hábil, emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco.

§ 1º - Para efeitos deste artigo, considera-se:

2 - imposto anteriormente cobrado, a importância calculada nos termos do item precedente e destacada em documento fiscal hábil;

§ 3º - Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de qualquer subsídio, redução da base de cálculo, crédito presumido ou outro incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea "g", da Constituição Federal.

RICMS/00



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
10ª Câmara Julgadora

PROCESSO Nº
DRT-3-829692/2009

RECURSO
Ordinário

Artigo 59 - O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação ou prestação com o anteriormente cobrado por este ou outro Estado, relativamente à mercadoria entrada ou à prestação de serviço recebida, acompanhada de documento fiscal hábil, emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco (Lei 6.374/89, art. 36, com alteração da Lei 9.359/96).

§ 2º - Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de qualquer subsídio, redução da base de cálculo, crédito presumido ou outro incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea "g" da Constituição Federal

E há ainda, na esfera das normas complementares, há a Resolução SF 52/93, que traz, em linhas gerais, a vedação a crédito de imposto não cobrado por conta de benefício não concedido mediante Convênio, além do alerta consubstanciado no Comunicado CAT 26/2004.

Em relação ao recurso ao Judiciário, a quem cabe garantir a observância de preceitos constitucionais e legais e a manutenção da paz social através da solução de conflitos, o que assistimos ao longo dos tempos foi a grande demora nas decisões e na tomada de posições norteadoras, e a desmoralização das ADINs como instrumento de provocação por artifícios das partes. Não foi rara a edição de nova lei em substituição àquela questionada em ADIN, à véspera de seu julgamento, com a conseqüente perda de objeto da ação. Infelizmente, desmoraliza-se a ADIN, desmoraliza-se o Judiciário, desmoraliza-se o Estado de Direito.

Embora de forma tardia, um importante movimento de retorno à racionalidade do sistema tributário, de necessidade de cumprimento da legislação existente, foi dado em 01/06/2011 pelo STF, que julgou, em 14 ações, irregulares 23 benefícios concedidos sem aprovação do CONFAZ. Reproduzo trechos de matérias a respeito publicadas na mídia:

"Numa rara investida contra a guerra fiscal, o Supremo Tribunal Federal (STF) derrubou 23 normas criadas pelos Estados para favorecer empresas e atrair investimentos à custa de outras unidades da Federação. Foram julgadas num único dia 14 ações de inconstitucionalidade. O presidente da Corte, ministro Cezar Peluso, aproveitou o anúncio das decisões para dar um recado: não serão toleradas, segundo ele, medidas inconstitucionais tomadas por um governo para obter vantagem financeira em detrimento de outro Estado. Incentivos com base no Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) só podem ser concedidos, lembraram os juizes, por meio de convênios firmados no Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), formado por todos os secretários de Fazenda.

No mesmo dia, representantes da indústria reuniram-se em Brasília com integrantes da recém-formada frente parlamentar do setor têxtil, para discutir ações contra a concorrência estrangeira favorecida por incentivos fiscais concedidos por 10 Estados. "No ano passado, dos US\$ 4,5 bilhões de importações de produtos têxteis, US\$ 2 bilhões entraram pelos portos dos Estados com incentivos", disse o presidente da Associação Brasileira da Indústria Têxtil (Abit), Aguinaldo Diniz Filho. Mas tecidos e roupas são apenas alguns dos bens importados nessas condições e revendidos em outros Estados. Os mesmos benefícios têm favorecido, há vários anos, o ingresso de outras mercadorias, com graves prejuízos para a indústria instalada no Brasil e, naturalmente, para os trabalhadores. Essa política favorece a criação de empregos no exterior e é uma forma especialmente danosa de guerra fiscal. Na guerra tradicional - que continua - governos oferecem benefícios tributários para atrair investimentos, promovendo uma espécie de leilão entre Estados. A disputa se torna mais custosa com o aumento do número de participantes.

A decisão sobre as 14 ações de inconstitucionalidade pode ser uma boa notícia, mas a ação do STF nesse episódio pouco altera o panorama. Para serem legais, incentivos dependem de convênios no Confaz desde os anos 70, mas essa regra foi muitas vezes violada nestes 40 anos. A única mudança importante no cenário da guerra fiscal foi a adoção, há alguns anos, de uma forma particularmente perversa de violação - o incentivo tributário a importações,



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
10ª Câmara Julgadora

PROCESSO Nº
DRT-3-829692/2009

RECURSO
Ordinário

denunciado pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp), criticado por sindicatos setoriais e já incluído no rol de preocupações oficiais do governo federal.

Parlamentares e técnicos do Ministério da Fazenda imaginaram uma solução para esse novo tipo de agressão fiscal: a redução do ICMS cobrado nas operações interestaduais. Quanto mais baixo o imposto cobrado no Estado de origem (porto de Ingresso da mercadoria importada com incentivo), maior a alíquota cobrável no destino e menor, portanto, a vantagem propiciada pela importação. Essa mudança é parte da reforma tributária em fatias proposta pelo Executivo.

A guerra fiscal só chegou a esse ponto - uma aberração, pelos padrões internacionais - porque as tentativas de repressão aos abusos foram quase sempre ineficazes. Os governos há muito tempo deixaram de respeitar o Confaz. Os protestos contra os benefícios ilegais pouquíssimo resultado produziram. Ações na Justiça tramitaram muito lentamente. O pacote de ações agora julgadas pelo STF - contra benefícios criados no Rio de Janeiro, no Paraná, no Pará, em Mato Grosso do Sul, em São Paulo, no Espírito Santo e no Distrito Federal - inclui processos iniciados há muitos anos. Um desses foi ajuizado em 2003 pelo governador Geraldo Alckmin. De volta ao posto, oito anos depois, ele pode celebrar agora a conclusão da disputa.

Em várias ocasiões, governos adotaram por sua conta medidas para neutralizar os benefícios ilegais concedidos em outros Estados. Esse é o pior dos mundos, porque a solução do problema passa a depender do poder de retaliação de cada Estado. Mas essa consequência é dificilmente evitável, quando as normas são repetidamente violadas e a aplicação da lei é lenta e ineficaz. É este o caso brasileiro. "

"Por unanimidade, os ministros do STF consideraram ilegal a prática de governos estaduais de conceder isenção ou alíquota menor do ICMS a empresas específicas. Também foi condenada a fixação do tributo de forma diferenciada em importações do exterior. No julgamento de 14 ações, foram derrubadas leis do Paraná, Rio de Janeiro, Mato Grosso do Sul, São Paulo, Pará, Espírito Santo e Distrito Federal que concediam benefícios na cobrança do ICMS. Foi um recado claro aos estados e à União, que negociam esses pontos na minirreforma tributária.

Resta aos interessados saber se aceitam o recado. O Supremo estabeleceu hoje que não se pode conceder benefício fiscal contra as exigências da Constituição - disse o presidente da Corte, Cezar Peluso, após o julgamento.

O argumento vencedor foi o de que os incentivos fiscais só podem ser instituídos após a celebração de convênio entre os estados e o Distrito Federal, o que não ocorreu nos casos analisados. Esse acordo prévio está fixado na Constituição Federal. Outro argumento é o de que a concessão diferenciada de benefícios viola o princípio federativo, do qual decorre a igualdade de tributação.

O tribunal não vai tolerar que os estados lancem mão desses artifícios para favorecer suas finanças em detrimento de outros estados - afirmou Peluso.

A guerra fiscal analisada ontem não ocorre só em ações de um estado contra outro. Em um dos casos, o governo do Paraná contestava lei aprovada pela Assembleia legislativa do mesmo estado concedendo isenção do ICMS na compra de um automóvel para cada policial do estado.

A capacidade do homem de criar situações jurídicas é ilimitada. Se previu um auxílio transporte para integrantes das polícias civil e militar. Deu-se uma conotação própria a esse auxílio, com a isenção de ICMS na aquisição de um veículo popular zero quilômetro para cada policial. Peca a lei pela falta de razoabilidade - concluiu o ministro Marco Aurélio Mello.

Peluso afirmou que alguns votos sobre o tema estavam prontos há cerca de três anos, mas não tinham entrado na pauta por conta do excesso de processos na fila para julgamento. De acordo com ele, há outras ações sobre o mesmo assunto aguardando solução. Ele explicou que os ministros devem conceder liminares (decisões provisórias), sem a necessidade do julgamento em plenário, para não prejudicar alguns estados. "

Na forma como decidida, de forma contundente pelo STF em 14 ações, não havendo Convênio pelo qual os Estados aprovam benefício, ele é considerado em desacordo com o § único do Artigo 1º da Lei Complementar 24/75, e portanto, desrespeita o Artigo 155 § 2º inciso XII alínea "g" da Constituição Federal. Ou seja, a questão da guerra fiscal é, em suma, uma questão de descumprimento da legislação existente. É o entendimento do agente atuante exposto no inicial, e o



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

FLS.

CÂMARA
10ª Câmara Julgadora

PROCESSO Nº
DRT-3-829692/2009

RECURSO
Ordinário

deste julgador.

Por outro lado, pela lógica do sistema de compensação, em garantia da não cumulatividade, e em cumprimento ao quanto expresso na norma complementar e ordinária, o ICMS destacado nas notas fiscais que acobertam operações efetuadas ao abrigo desse benefício irregular não se considera cobrado, porque de fato não o foi, mas também a teor do § 2º e item 2 do § 1º do Artigo 59 do RICMS/00 (ou do §3º Artigo 36 da Lei 6.374/89).

Diante da norma, como não foi cobrado o valor de imposto na operação anterior, não tem o contribuinte que recebe tais notas fiscais o direito de se creditar de tais valores para compensar (reduzir) o ICMS incidente em suas operações de saída, nos termos do Artigo 61 do RICMS ou Artigo 38 da Lei 6374/89, ou do artigo 19 da lei complementar 87/96:

"Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

É cristalino que, à luz da legislação, por indicação expressa e literal, o crédito constante nas notas fiscais recebidas pelo contribuinte paulista é indevido, nulo, consoante o artigo 8º da lei complementar 24/75. Não corresponde a tributo cobrado anteriormente, decorre de vantagem indevida e irregular, não pode ser aproveitado na escrita fiscal, e deve ser glosado, anulado, se o for, por indevido. É o que foi feito, de forma correta, pelo autuante.

Apesar do recente posicionamento do STF, não se discute a constitucionalidade ou não de lei ou decreto de outro Estado que instituiu o benefício, ainda não julgado pela Corte Suprema. O que se discute é a vedação ao crédito realizado pelo contribuinte paulista por estar ele em desacordo com a legislação tributária estadual, positivada em consoância com a Constituição Federal e com a legislação complementar citada.

No meu entendimento, e com suporte na legislação citada, a concessão e o aproveitamento de benefícios fiscais irregulares, no contexto da chamada "guerra fiscal" do ICMS, justificam o procedimento de glosa de crédito realizado em cumprimento à norma do artigo 8º, inc. I, da Lei Complementar 24/75, a qual, ao contrário de se contrapor ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, se harmoniza tanto com ele, quanto com o princípio federativo, além de dar cumprimento às disposições dos artigos 150, § 6º, e 155, § 2º, inc. XII, alínea "g", da Constituição.

Como pode pretender a recorrente que seja considerado atendido o Princípio da não cumulatividade quando se creuita para fins de compensação de valores superiores aos cobrados, pagos na operação anterior? Na verdade, a garantia do direito de que seja deduzido do montante devido pelas operações próprias o quantum cobrado na operação anterior, via creditamento, é o próprio enunciado do referido Princípio. Ao contrário, a dedução de valor superior ao cobrado anteriormente é desrespeitá-lo,



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
10ª Câmara Julgadora

PROCESSO Nº
DRT-3-829692/2009

RECURSO
Ordinário

subverter a lógica do sistema.

Ao permitir ao autuado se creditar do valor correspondente a 30% do valor destacado nas notas motivadoras do inicial, que é o valor considerado como efetivamente cobrado após desconsiderar o benefício irregular da ordem de 70%, a fiscalização está cumprindo e fazendo cumprir o princípio da não cumulatividade, em garantia da legalidade, da racionalidade do sistema tributário, e do pacto federativo. Está garantindo que o Estado de São Paulo honrará, como pago, o imposto que se acredita efetivamente cobrado pelo Estado de origem da mercadoria, e cobrando de ofício, para sua anulação, o crédito indevidamente feito.

Com esses fundamentos que busquei trazer no presente, vejo incontroversa a fruição do benefício, a sua irregularidade enquanto não aprovado por Convênio entre os Estados, e portanto correta a glosa procedida pelo fisco.

Por outro lado, afora as razões de direito, que afastei por com as mesmas não concordar, não vislumbro que tenha sido trazido aos autos nada de concreto que possa infirmar o feito fiscal. Nada que possa comprometer sua certeza e liquidez, pelo que encaminho voto de **DESPROVIMENTO DO RECURSO ORDINARIO**, e manutenção integral do crédito lançado, que deve prosperar. É o voto que submeto à Câmara.

São Paulo, 24 de Agosto de 2011

Paulo Roberto Braga Fortuna
Juiz Relator

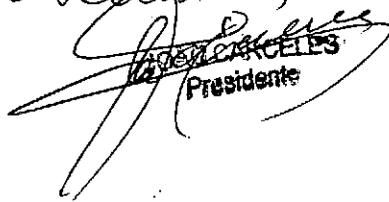
*A ocorrência da decadência já foi decidida em
Câmara Superior, conforme voto de desempate do
meu digno presidente deste Tribunal, neste sentido
embora não concorde com o posicionamento do
i. Relator, sobre o assunto, nada tenho a acrescentar.
No merito acompanho o relator.*

CELINA COUTINHO

Com o voto do Dr. Paulo
R. Fortuna

RAPHAEL ZULLI

Com a Dra. Celina e a conclusão
do Ilustre Relator, Dr. Paulo R. B. Fortuna.


RAPHAEL ZULLI
Presidente