



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT 16 705934/2007

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	B.A.P. AUTOMOTIVA LTDA.				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO				
RELATOR	Olga M. de Castilho Arruda	AIIM	3076981-4	S. ORAL	NÃO
EMENTA					
<p>ICMS – CRÉDITO INDEVIDO POR ENTRADA DE MERCADORIA RECEBIDA EM TRANSFERÊNCIA, COM BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO PELO ESTADO DE ORIGEM, NÃO AUTORIZADO POR CONVÊNIO.</p> <p>Correta a glosa levada a efeito pelo estado bandeirante, com fundamento no artigo 155, § 2º, I da Constituição Federal; art. 8º, I da Lei Complementar 24/75 e artigo 36, § 1, da Lei 6.374/89. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.</p>					

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Especial aparelhado pela interessada, tendo em vista decisão de fls. 352/370-v, que lhe foi desfavorável.

A matéria de fundo, conforme posta na inicial, diz com crédito indevido do imposto referente a entrada de mercadoria recebida em transferência, com benefício fiscal concedido pelo Estado Distrito Federal, benefício este não autorizado por Convênio (Guerra Fiscal).

Em sua peça recursal (fls. 380/392) alega:

a) Preliminarmente – A insubsistência do AIIM, pois esbarra em ordem judicial, que expressamente determina que a recorrente, como integrante de sociedade de classe que interpôs a ação, não poderia sofrer qualquer medida que tivesse como fim a exigência do ICMS com base no Comunicado CAT 36/2004.

b) O crédito é garantido sob pena de ofensa ao princípio da não-cumulatividade, não podendo o fisco impedir o creditamento se todos os pressupostos inerentes à compensação foram cumpridos.

d) O Estado de São Paulo deve buscar as vias judiciais contra o Distrito Federal.



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

**CÂMARA
SUPERIOR**

**PROCESSO Nº
DRT 16 705934/2007**

**RECURSO
ESPECIAL**

A D. Representação Fiscal apresentou contra-razões às fls. 423/432 propugnando pelo não conhecimento do apelo no que pertine ao impedimento de lavratura de AIIM por força de decisão judicial, eis que carente de paradigmático e quanto à questão de fundo, pelo se desprovimento.

É o suficiente. Passo ao

VOTO

Conforme já relatado, a acusação inicial é de crédito indevido do imposto por entrada de mercadoria recebida em transferência com benefício fiscal concedido pelo Distrito Federal, não autorizado por convênio – guerra fiscal.

Quanto ao que a interessada chama de preliminar, vejo que não encontra respaldo documental. É que conforme se verifica às fls. 275/289, a decisão judicial **NUNCA IMPEDIU A LAVRATURA DE AIIM**. Despiciendas maiores considerações.

De resto, o recurso da interessada merece conhecimento, observando que não há controvérsia sobre os fatos contidos nestes autos, pois em nenhum momento a recorrente negou que se apropriou dos créditos tal como lançados nas notas fiscais que acobertaram as entradas em seu estabelecimento e de que tratam estes autos, ao contrário, sustenta ela ter direito integral a eles.

Também tenho por impertinente a invocação do princípio da não-cumulatividade para permitir aproveitamento de crédito de imposto que não foi cobrado. O princípio da não-cumulatividade do ICMS estabelece a sistemática de compensação do tributo, fixando que o imposto devido em cada operação seja compensando com o montante efetivamente cobrado na anterior. Tal princípio restaria violado e completamente desnaturado caso fosse permitido aos contribuintes se creditarem de valores que não foram cobrados a título de ICMS quando das saídas das mercadorias, como ocorreu no presente caso. Note-se que a presente exigência fiscal restringe-se apenas a anular



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

CÂMARA
 SUPERIOR

PROCESSO Nº
 DRT 16 705934/2007

RECURSO
 ESPECIAL

créditos tomados indevidamente, pois não houve – em contrapartida - o respectivo débito, não houve a cobrança do imposto pelo Estado de origem.

Noutras palavras, o valor cobrado não é imposto destacado em documento fiscal, mas aquele passível de exigência pela unidade federada. Se o Distrito Federal permite um crédito presumido, o valor cobrado é o que leva em consideração o benefício concedido – valor este diferente de doze por cento, destacado na NF, porquanto não é este o valor cobrado pelo Estado de origem.

Por óbvio que não há qualquer dúvida quanto ao foro competente para se julgar inconstitucionalidades, pois tal matéria tem natureza, sobretudo, constitucional.

Tanto é que o Estado de São Paulo não está decidindo nem declarando inconstitucional qualquer ato normativo de outra unidade federativa, que permanecerá no sistema de direito positivo até que venha a ser expulso pelos órgãos legitimados. Tampouco nega, este Estado, o direito ao crédito escritural por entradas em seus estabelecimentos de mercadorias provenientes de outro Estado, ao contrário, tal crédito é por ele afirmado. Contudo, o crédito deve corresponder exatamente àquele efetivamente cobrado pelo Estado de origem, pois nos termos do art. 36, § 3º, da Lei 6.374/89, *"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"*.

A recorrente alega que o Estado de São Paulo deveria submeter ao crivo do Judiciário as inconstitucionalidades que entender existirem nos benefícios fiscais concedidos por outra unidade da Federação.

Ocorre que o dispositivo legal paulista que não *"considera cobrado ainda que*



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

CÂMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT 16 705934/2007

RECURSO
ESPECIAL

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", é norma válida, vigente e eficaz. Válida, pois foi posta no sistema do direito positivo por órgão legitimado a produzi-la e mediante procedimento estabelecido para tal fim. Vigente, pois capaz de regular as condutas intersubjetivas sobre as quais incide. Eficaz, pois apta para juridicizar o fato ocorrido e irradiar os efeitos que lhe são próprios.

Assim sendo, eventual questionamento sobre tal dispositivo legal deveria ser submetido ao Poder Judiciário, tal qual sugere a recorrente ao Estado de São Paulo, quanto às inconstitucionalidades dos incentivos fiscais concedidos por outros Estados.

- Não verifico qualquer ilegalidade no Comunicado CAT 36/2004, pois é certo que tal comunicado não é ato normativo autônomo, tendo sido editado apenas para esclarecer os contribuintes paulistas, bem ainda, orientar os agentes fiscalizadores bandeirantes.

Em suma, RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO quanto a questão de fundo, porque correta a glosa levada a efeito pelo estado bandeirante, com fundamento no artigo 155, § 2º, I da Constituição Federal; art. 8º, I da Lei Complementar 24/75 e artigo 36, § 1, da Lei 6.374/89.

TIT, em 18 de agosto de 2009

Olga Maria de Castilho Arruda
 Juíza Relatora

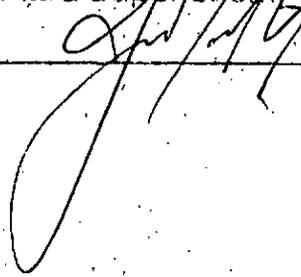
A pedido, dou vista do processo ao Sr.

VANESSA P. RODRIGUES,

pelo prazo de 15 dias (artigo 52, do R.I.)

ficando adiado o julgamento.

Câmara Superior em 18/08/09

A large, stylized handwritten signature in black ink, written over the printed text and extending downwards.



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO N.º
DRT-16-705934/2007

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

RECORRENTE	B.A.P AUTOMOTIVA LTDA.				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO				
RELATOR (A)	OLGA MARIA DE CASTILHO ARRUDA	AIIM	3.076.981-4	S. ORAL	NÃO
VOTO VISTA: VANESSA PEREIRA RODRIGUES DOMENE					

EMENTA

- PRELIMINAR DE NULIDADE DE INSUBSISTÊNCIA DO AIIM POR EXISTÊNCIA DE ORDEM JUDICIAL REJEITADA, NOS TERMOS DO VOTO DA I. JUÍZA RELATORA.
- ICMS. INFRAÇÕES RELATIVAS A CRÉDITOS APROPRIADOS EM DECORRÊNCIA DE AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DE OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO. GUERRA FISCAL.
- IMPOSSIBILIDADE DE O "ESTADO PREJUDICADO" EXTIRPAR DO ORDENAMENTO JURÍDICO, UNILATERALMENTE, NORMA PRESUMIVELMENTE LEGAL, VÁLIDA E EFICAZ. CANCELAMENTO INTEGRAL DO AIIM. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.
- SE VENCIDA, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO PARA REDUZIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO FORMALIZADO PARA CONSTAR APENAS A EFETIVA DIFERENÇA APURADA NAS OPERAÇÕES E NÃO A SUA TOTALIDADE.

VOTO VISTA

Trata o presente caso de crédito indevido de ICMS baseado em documentos fiscais emitidos por estabelecimentos da mesma titularidade (transferência), localizados no Distrito Federal, que por sua vez é beneficiário de incentivo fiscal que lhe fora concedido sem prévio acordo do CONFAZ.

Acompanho o voto da i. juíza relatora para não acatar a preliminar suscitada pelo Recorrente quanto à insubsistência do AIIM por esbarrar em ordem judicial. Isso porque, a ação judicial proposta pela sua entidade de classe, em momento algum impediu a lavratura de auto de infração.

Entrando no mérito propriamente dito.



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

CÂMARA
SUPERIOR

PROCESSO N.º
DRT-16-705934/2007

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

A controvérsia, "in casu", suscita a detalhada verificação, em suma, (i) da possibilidade de glosa, por parte do Estado de São Paulo, dos créditos fiscais em análise, com base nos termos da Lei nº. 6.374/89 (Lei do ICMS) e da Lei Complementar nº. 24/75 e, como decorrência, (ii) do princípio constitucional da não-cumulatividade do imposto.

Inicialmente, entendo que, ainda que os incentivos em questão (créditos outorgados concedidos pelo Distrito Federal) revistam-se de possível ilegalidade e inconstitucionalidade, entendo que não cabe ao Estado "prejudicado" a glosa dos créditos fiscais apurados na operação.

Tal afirmação se justifica porque, como sabido, todas as normas gozam de presunção de legalidade, validade e eficácia, de modo que somente podem ser extirpadas do ordenamento jurídico nas hipóteses e a partir dos procedimentos neste previstos.

Em se tratando do ordenamento jurídico pátrio as normas podem ser expulsas do sistema via ação do Poder Legislativo (revogação expressa ou tácita da norma) ou via provocação do Poder Judiciário.

No caso dos autos não vislumbro a possibilidade de o Estado de São Paulo, por meio de seu Poder Legislativo, extirpar do ordenamento jurídico, com fulcro na alegada ilegalidade e inconstitucionalidade da norma, lei instituída por outra unidade da Federação, motivo pelo qual àquele restaria a possibilidade de defender seus interesses, tão-somente, pela via judicial, meio a partir do qual este visaria o convencimento dos competentes órgãos julgadores de que a norma em questão não guarda a devida relação de pertinencialidade com o sistema e, assim, deve ser deste expulsa.

Frise-se que a pretensa aplicação irrestrita do art. 8º da LC 24/75 não se mostra como indício de legalidade da conduta adotada pelo Estado de São Paulo, manifestada pela autuação ora perpetrada. Isto porque os mandamentos insertos no artigo em questão não são aptos a mitigar o princípio da não-cumulatividade do ICMS constitucionalmente prescrito, em especial quando sabemos que este admite apenas duas exceções: operações isentas ou não-tributadas.

Ora, se o contribuinte efetuou o destaque nos documentos fiscais o crédito de origem mostra-se completamente ilegal qualquer norma que afaste seu direito de usufruí-lo, sob pena de desacato ao princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS.

Foi neste sentido que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se manifestou na oportunidade do julgamento da Apelação Cível interposta pelo Sindicato do Comércio Atacadista, Importador, Exportador e Distribuidor de Peças, Acessórios e Componentes para Veículos em Geral do Estado de São



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO N.º
DRT-16-705934/2007

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

Paulo (SICAP).

A decisão exarada pelo TJSP teve seus efeitos suspensos pelo STF, que, atendendo ao pleito do Estado de São Paulo, enxergou possíveis danos econômicos ao Estado. Todavia, a questão ainda não foi pacificada a favor do Fisco, e, a meu ver, os termos do acórdão proferido pelo TJSP traduzem a mais adequada solução para a contenda.

Abaixo, a ementa da decisão:

"TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. Comunicado CAT 36/2004 que impede apropriação de crédito em operações interestaduais praticadas com determinados Estados da Federação. Sentença terminativa do feito. Reforma – art. 155, § 2º, inciso XII, alínea 'g' da Constituição Federal que exige edição de lei complementar para concessão de benefícios fiscais, não financeiros. Inaptidão de ato infralegal fazer as vezes de meio de impugnação à constitucionalidade das leis, na medida em que pretendeu antecipar o resultado de ADINs opostas contra as leis que instituíram tais benefícios. Concessão da segurança. Recurso provido."
(TJSP – 7ª Câmara de Direito Público – Processo nº. 518.847.5/5-00 – Sessão de 23/07/2007).

A seguir, alguns trechos do acórdão:

“...

4. Outro aspecto que também cobra relevo é o de que o comunicado, tal como editado, pretende fazer as vezes de provimento jurisdicional e mais, usurpar o mister constitucional do controle de constitucionalidades de leis deferido ao Supremo Tribunal Federal.

Os supostos benefícios 'fiscais' instituídos por lei devem ser impugnados pela via própria, e não obviados por mero ato administrativo infra-legal. Tanto é assim que os inúmeros diplomas constantes do anexo I (os quais a apelada pretende não reconhecer) são objetos de diversas ações declaratórias de inconstitucionalidade intentadas pelo Estado de São Paulo. À exceção de liminar deferida pela Excelsa Corte, ou julgamento definitivo destas Adins, constam as leis com plena aplicabilidade, em face a presunção de constitucionalidade que detém.

“...”

Note que a própria Constituição Federal aponta, em seu art. 102, I, “a”, que cabe ao STF a guarda da Carta Maior. Veja-se:

“Art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO N.º
DRT-16-705934/2007

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

I – processar e julgar originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

...

Cumpra mencionar, ainda, o usual argumento utilizado pelo Fisco no sentido de que o Estado não pode se limitar a propor as ações diretas de inconstitucionalidade a fim de contestar um benefício concedido sem a autorização do Confaz. Isso porque a análise das liminares nestas ações demanda tempo relativamente grande, insuficiente, desta forma, para evitar a concorrência desleal praticada pelo fornecedor situado no Estado autorizador do benefício fiscal unilateral.

Nestes termos, não pode o contribuinte arcar com o ônus da falta de celeridade processual. Se o Estado de São Paulo tem críticas quanto ao sistema jurisdicional brasileiro, que use de sua força política e de seus representantes perante o Congresso Nacional para modificar a atual situação. O que torna de difícil a compreensão, contudo, é desvirtuar tal frustração ao contribuinte, que nada pode fazer além de obedecer aos ditames legais.

Ora, vale lembrar o conceito de tributo trazido pelo Código Tributário Nacional, o qual diz, em seu art. 3º, que *"Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada"*.

Pois bem. Uma vez que tributo é toda prestação compulsória, tem-se que não é necessário conter o elemento da vontade na relação jurídica estabelecida. O contribuinte tem de pagar, independente de sua aprovação sobre o tributo.

Infere-se, neste ponto, que o contribuinte é a parte vulnerável da relação jurídica tributária. Como poderia, prevendo uma possível declaração de inconstitucionalidade posterior, deixar de recolher o ICMS conforme a legislação em vigor do Estado ao qual se deve o tributo?

Definitivamente, a meu ver, não cabe a referida competência ao contribuinte. Este apenas deve seguir, com estrita rigorosidade, as normas do nosso ordenamento jurídico.

Desta forma, tenho para mim que tal argumento não se mostra suficiente ao claro menosprezo do texto constitucional e das normas e princípios, explícitos e implícitos atualmente vigentes no país. Como sabido, a guerra fiscal deve ser extirpada por meio de uma reforma constitucional, e não de comunicados ou portarias.



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

CAMARA SUPERIOR

PROCESSO N.º DRT-16-705934/2007

RECURSO RECURSO ESPECIAL

Além disso. Vejamos o que diz o art. 155, §2º, "g", da Constituição da República:

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

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

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

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 24/75 disciplinou a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos ou revogados:

"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."

Assim, havendo concessão de benefício que venha a contrariar a Lei Complementar nº 24/75, será nulo o ato e ineficaz o crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria, sem prejuízo do direito do Estado exigir o imposto não pago ou devolvido:

"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;

II - a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente." – Destacamos.



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO N.º
DRT-16-705934/2007

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

O cotejo das normas acima colacionadas permite concluir que a norma de benefício fiscal não observa o art. 155, §2º, "g", da CF, quando contraria a Lei Complementar nº 24/75. Porém, permanece no sistema até que seja julgada ilegal ou inconstitucional.

Esta interpretação é reforçada pelo art. 8º, da Lei Complementar nº 24/75; que, em síntese, diz que a inobservância da Lei Complementar na elaboração da legislação ou ato de benefício fiscal, importa na sua ineficácia.

E nos dizeres do jurista Roque Antonio Carrazza: "*Eficácia jurídica, de seu turno, é o processo mediante o qual, ocorrendo o fato descrito no antecedente da norma jurídica, desencadeiam-se os efeitos prescritos em seu conseqüente*". (Curso de Direito Constitucional Tributário, Ed. Malheiros, 13ª edição, pag. 96)

Nesse passo, para que haja eficácia jurídica necessário se faz que o fato descrito hipoteticamente no antecedente da norma, seja realizado no mundo fenomênico, desencadeando a incidência da norma sobre ele, que agora passará a produzir efeitos jurídicos.

Dessa forma, se para o art. 8º a pena para a violação da Lei Complementar nº 24/75 é a ineficácia da lei ou do ato, e se a eficácia é fruto da incidência da norma, que, neste caso, é a geração de crédito fiscal (inciso I, do art. 8º) ou a dispensa de pagamento de imposto (inciso II, da Lei Complementar), concluímos que o art. 8º, II, da Lei Complementar nº 24/75, resguarda a validade no sistema jurídico da disposição legal que concede benefício fiscal, até que sobre ela incida decisão acerca da sua ilegalidade ou inconstitucionalidade pelo agente competente.

Isto porque, norma inválida ou nula, não incide e, por isso, não provoca efeitos ou eficácia jurídica tampouco produz efeitos.

No presente caso, não há como negar que a norma de benefício fiscal ingressou no mundo jurídico e produziu efeitos. A norma de benefício fiscal é válida no sistema jurídico, até que seja julgada ilegal ou inconstitucional, por quem detém poder detenha competência jurídica para esse ato.

Não há que se ignorar que o RICMS estabelece que ao agente fiscal a competência para lavrar AIIM quando a norma instituidora do benefício fiscal desrespeitar ao art. 155, §2º, XII, "g", da Carta Maior e, em última análise, a Lei Complementar nº 24/75. Veja-se o parágrafo 2º do artigo 59 do RICMS:



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO N.º
DRT-16-705934/2007

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

“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.”

Entretanto, referido dispositivo não pode ser analisado individualmente, sem agregar com as demais normas que regem o nosso ordenamento jurídico. Não basta a mera indicação de que não há convênio na operação, mas sim que referida norma tenha sido objeto de discussão judicial e declarado inconstitucional ou ilegal.

Portanto, o exercício da competência pelo agente fiscal para lavrar o ato administrativo de lançamento, cuja natureza vinculada, é condicionada ao julgamento de inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma que instituiu o benefício.

Logo, o artigo 59, §2º, do RICMS não deve ser interpretado isoladamente, chegando-se a conclusão que o agente fiscal é competente para lavrar o AIIM somente após a declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade da norma instituidora de benefício fiscal, por afronta ao art. 155, §2º, XII, “g”, da CF ou por desrespeito à Lei Complementar nº 24/75.

Aceitar que o Estado de São Paulo através de mero ato normativo atribua ao agente fiscal a competência para declarar a ilegalidade de norma ou ato de outro Estado-membro, que concedeu benefício fiscal é consentir que o Estado de São Paulo é “superior” aos demais Estados-membros do país.

Assim, em respeito ao princípio da federação, disposto no artigo 1º da Constituição Federal, não se pode admitir que o agente fiscal possa declarar nula norma do outro Estado-membro. Além disso, a Constituição outorgou competência privativa apenas ao Poder Judiciário para anular norma ou ato



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

CAMARA
 SUPERIOR

PROCESSO N.º
 DRT-16-705934/2007

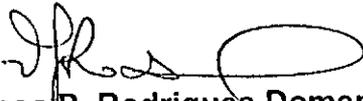
RECURSO
 RECURSO ESPECIAL

administrativo emanado por outro Estado-membro, nos termos do art. 5º, XXXV, da CF. Por outro lado, o Poder Executivo somente poderá atribuir competência aos seus agentes para anular ou revogar as suas próprias normas.

E não há nos autos qualquer notícia de que à época do lançamento havia decisão judicial anulando a norma instituidora do benefício fiscal ora discutido.

Face ao exposto, sou pelo provimento do RECURSO ESPECIAL, sob o fundamento de que, da mesma forma que não cabe a instituição de benefícios fiscais unilaterais por parte dos Estados, não cabe ao Estado "prejudicado" extirpar do ordenamento jurídico, unilateralmente, norma presumivelmente legal, válida e eficaz. Caso assim não seja o posicionamento dos meus nobres pares, dou parcialmente provimento ao recurso para que seja reduzido o crédito tributário formalizado, pois este deve traduzir, a favor do Estado de São Paulo, apenas a diferença apurada nas operações, e não a integralidade dos créditos renunciados pelos Estados que concederam o benefício.

Plenário, 29 de setembro de 2009.


 Vanessa P. Rodrigues Domene
 Juíza com vista

Pedi para consignar voto de preferência no caso para (a) endossar os argumentos favoráveis à impugnação do crédito de ICMS empreendido pela fiscalização paulista, adstringindo-o ao montante efetivamente cobrado pelo Estado de origem, desconsiderado o benefício fiscal ali concedido e, principalmente, para (b) encetar recapitulação da jurisprudência de interesse, a qual se orienta claramente a favor da pretensão fiscal.

A lembrança do julgamento proferido pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.312-3/MS em nada auxilia, a meu ver, a pretensão do autuado. Com efeito, nesse precedente analisava-se arroubo do Governador do Mato Grosso, que se arvorou a estabelecer indistintamente que se consideraria não cobrado o ICMS sempre que mercadorias fossem adquiridas dos Estados do Espírito Santo, Goiás, Pernambuco e Distrito Federal, mas, ainda assim, seu decreto autorizava crédito linear correspondente a 7% do valor da aquisição, por ser esta a alíquota praticada nas operações originadas de Estados do Sul e do Sudeste. Destaco, a propósito, as passagens do voto do relator EROS GRAU que sintetizam a matéria então posta em julgamento:

"(...) 4. O Estado do Mato Grosso, como se lê no texto normativo guerreado, considera como não tendo sido cobrado o ICMS sempre que uma mercadoria for adquirida nos Estados do Espírito Santo, de Goiás, de Pernambuco e no Distrito Federal; daí, para minimizar os prejuízos sofridos pelos contribuintes, o decreto autoriza o crédito de 7% do valor da operação.

(...)

6. Diz o Governador do Mato Grosso em suas informações:

'Se a compra de um produto da região Sul e Sudeste, maiores produtoras do país, dão um crédito de ICMS de 7%, nada mais justo e coerente que o Estado de Mato Grosso, inibindo a guerra fiscal praticada por seu vizinho, considere apenas essa alíquota como crédito do contribuinte mato-grossense.'

7. O Estado do Mato Grosso, como se vê, pretende fixar a alíquota do ICMS, em relação aos produtos adquiridos nos Estados do Espírito Santo, de Goiás, de Pernambuco e do Distrito Federal, no mesmo patamar da fixada no que tange aos produtos oriundos das regiões Sul e Sudeste. Isso, no entanto, compete ao Senado Federal (artigo 155, par. 2º, inciso IV, da Constituição do Brasil)."

Como se vê, cuidava-se de coibir a tentativa de um Governador que pretendeu fixar a alíquota aplicável nas operações interestaduais, hipótese que nada tem a ver com o Auto de Infração aqui discutido.

Na espécie, o Estado de São Paulo limitou o crédito ao valor efetivamente cobrado na operação pelo Estado de origem, conduta que o Supremo Tribunal Federal reputou válida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 109.486-9/210-SP, relator o Ministro ILMAR GALVÃO, "verbis":

"Incensurável o raciocínio desenvolvido. Com efeito, a glosa efetuado pelo Estado de destino da mercadoria não afrontou o princípio da não-cumulatividade que, diferentemente do entendido pela recorrente, visa tão somente a assegurar a compensação, em cada operação relativa à circulação de mercadoria, do montante do tributo que foi exigido nas operações anteriores, seja pelo próprio Estado, seja por outro, de molde a permitir que o imposto incidente sobre a mercadoria, ao final do ciclo produção-distribuição-consumo, não ultrapasse, em sua soma, percentual superior ao correspondente à alíquota mínima prevista em lei relativamente ao custo final do bem tributado.

Assim, no presente caso, sabendo-se que o imposto destacado na nota fiscal da matéria não chegou a ser recolhido, porque convertido em incentivo fiscal do mesmo valor, é fora de dúvida que a circunstância de o respectivo crédito não haver sido admitido no Estado de destino não pode afetar a equação final, custo do produto/imposto total recolhido, que o princípio da não-cumulatividade objetiva preservar. (g.n.)

Perfeito. Cuidou a Suprema Corte, como visto, de assegurar a eficácia do princípio não-cumulativo, reconhecendo claramente a impossibilidade de aproveitamento de créditos de ICMS não correspondentes a valores efetivamente cobrados na operação anterior.

Tal entendimento esse que foi reafirmado em julgamento unânime proferido no AgRg no Recurso Extraordinário nº 423.658-3/MG, relator o Ministro Carlos Velloso (DJU 16/12/2005), cuja ementa é por si só elucidativa:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. NÃO-CUMULATIVIDADE. ART. 155, PAR. 2º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

I. O Acórdão recorrido que se ajusta à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que tendo sido convertido em incentivo o tributo que deveria ser recolhido pelo vendedor de matéria-prima, a inadmissão do crédito, no estado de destino, não afronta o princípio da não-cumulatividade do ICMS. RE 109.486/SP, relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 24.4.92.

II - Agravo não provido." (g.n.)

É esta, creio, a melhor orientação a adotar no caso ora posto em julgamento.

De fato, não bastasse ser esta a melhor exegese do princípio constitucional, deve-se sublinhar que a lei complementar expressamente refere, em seu artigo 8º, I, que, presente o benefício irregularmente concedido, opera-se "a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento

recebedor da mercadoria", norma precipuamente aplicável ao caso, a evidenciar o acerto do trabalho fiscal ao proceder à glosa dos créditos.

Note-se que a nulidade e ineficácia decorrem da lei, a evidenciar que os atos administrativos que a reconhecem têm natureza e efeitos meramente declaratórios.

A mera indicação de determinado valor em nota fiscal não corresponde, por óbvio, ao montante cobrado, expressão que significa o valor que efetivamente será, ou deveria ser, pago na operação anterior, sem que exista razão plausível para que este Estado suporte "créditos" que sabidamente não correspondem a "débitos" gerados na operação anterior, considerado o benefício fiscal lá concedido, aliás ilegal e inconstitucionalmente.

Negar ao Estado de São Paulo o direito de adstringir o crédito ao valor efetivamente cobrado implicaria não apenas afrontar o princípio da não-cumulatividade, mas também violar o próprio princípio federativo, ao recusar que este Estado possa disciplinar o ICMS no âmbito de seu território.

Ainda e mais, seria impor ao Estado de São Paulo, além do prejuízo ínsito à atração de capitais, investimentos e empresas para o Estado de origem, em consequência da renúncia fiscal praticada por aquele Estado, outro prejuízo adicional, qual seja, suportar creditamentos, dedutíveis do ICMS devido a São Paulo, que não correspondem a valores efetivamente cobrados e pagos na operação precedente.

Nessa linha de raciocínio, não me parece, com a devida vênua, que a autuação extrapole da competência deste Estado da Federação.

Não se trata, aqui, de controle da constitucionalidade de atos normativos de outros Estados da Federação. Cuida-se, ao revés, de analisar se é ou não devido crédito de ICMS aproveitado por contribuinte estabelecido neste Estado de São Paulo e, para isso, a Administração paulista e só ela é competente, pois cabe-lhe apurar a legitimidade dos créditos contábeis do tributo, tanto quanto é competente este Tribunal de Impostos e Taxas para o julgamento sobre a legitimidade do lançamento fiscal decorrente dessa atividade.

Em verdade, e sempre com a devida vênia, é a pretensão do contribuinte que desconsidera e nega vigência ao artigo 8º, inciso I, da Lei Complementar 24/75, claro ao proclamar a "a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria".

A ineficácia opera "de pleno jure" por força do comando da lei complementar, independentemente de ato constitutivo, daí porque o lançamento, como o AIIM exordial, lavrado para a impugnação dos créditos espúrios assume natureza e efeitos meramente declaratórios da invalidade de crédito que sempre foi ontologicamente ineficaz.

Também o Tribunal de Justiça de São Paulo já teve oportunidade de considerar válida a pretensão fiscal, como emerge do acórdão referente à Apelação Cível n. 601.931.5/9-00, Relator o Desembargador BORELL THOMAZ, cuja ementa dispõe:

"ICMS - Pretendida existência de relação jurídica que autorize o creditamento do diferencial de alíquota interestadual, destacado na nota, ainda que a empresa remetente seja titular de regimes

especiais' - Benefícios financeiros não previstos em convênio - Ausência de ofensa aos princípios da não-cumulatividade - Inexistência de violação às normas constitucionais - Recurso voluntário e reexame necessário providos."

Colhe-se do voto condutor ensinamentos úteis a iluminar o julgamento:

"Respeitado o entendimento a quo, e como decidido alhures, em verdade a apelante recebe mercadorias de suas filiais em Goiás e no Distrito Federal, sendo que ambos são incentivos financeiros aos estabelecimentos lá sediados, de modo que o valor do ICMS destacado na nota fiscal não corresponde ao tributo efetivamente pago ao Estado de origem.

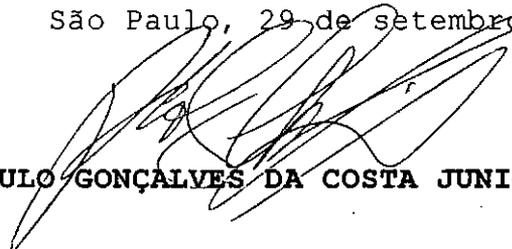
No entanto, e ainda com a devida vênia, a recorrida deseja creditar-se de algo que não pagou, isto é, quer creditar-se no valor destacado na nota, não sendo este o valor efetivamente pago a título de ICMS na origem.

(...)

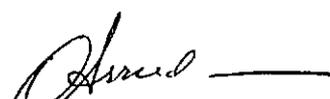
O princípio da não-cumulatividade permite o crédito apenas do que efetivamente recolhido na operação anterior e até mesmo o Supremo Tribunal Federal já consagrou a impossibilidade do creditamento pretendido, como se vê no Agravo 143.910-6/SP."

Diante do exposto, firme no entendimento de que a glosa do crédito é plenamente jurídica e, mais, que a autuação, a par de respaldada na Constituição e na Lei Complementar, encontra amparo também na jurisprudência da Corte Constitucional, voto no sentido de preservar incólume o lançamento vestibular.

São Paulo, 29 de setembro de 2009


PAULO GONÇALVES DA COSTA JUNIOR

Confirmo meu voto

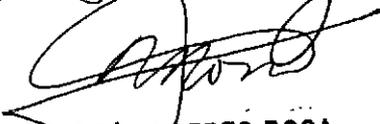

Olga Maria de Castilho Arruda

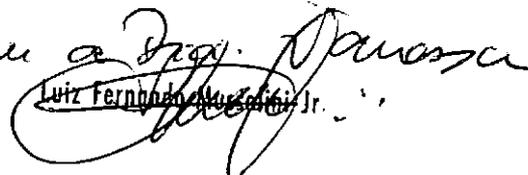
Endosso o voto proferido
pela Sr. Juíza Verônica
Domene.


ANTONIO AUGUSTO S. P. DE CARVALHO



AUGUSTO TOSCANO

Com a Sr. Olga

JOSÉ ROBERTO ROSA

Com a Sr. Patrícia

Luiz Fernando Murzolini Jr.

Com a Dra Olga, relator

Gianpaulo Camilo Dringoli

Gianpaulo Camilo
Dringoli

Com a Dra. Olga

FRANCISCO ANTONIO FEIJÓ

Com a Dra. Olga

BOLE PRANDINI MACIOTTA

Com a Dra. Olga

VICENTE DO CARMO SAPIENZA

Com Dra. Olga

Fernando Moraes Saliaberry

Fernando Moraes Saliaberry

Com a Dra. Olga

Celso Barbosa Julian

CELSO BARBOSA JULIAN

João Circeles

JOÃO CIRCELES

Com a Dra. Olga

JOSÉ PAULO NEVES
Presidente



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

Página: 16
Data: 30/09/2009
Hora: 16:32:12
DAP383R

Sessão: 29/09/2009

Processo: DRT-16-705934/2007 - AIIM 3076981-4
Protocolo GDOC: 1000685-705934/2007

Câmara: Superior

Recorrente: B.A.P. Automotiva Ltda - Ie: 456001594119

Recorrida: Fazenda Pública Do Estado

Relator: Olga Maria Castilho Arruda

Recurso: Especial

Advogados: Luis Roberto Vasconcellos De Moraes

Luiz Roberto Munhoz

Marcelo Vida Da Silva

Ementa: ICMS. CRÉDITO INDEVIDO POR ENTRADA DE MERCADORIA RECEBIDA EM TRANSFERÊNCIA, COM BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO PELO ESTADO DE ORIGEM, NÃO AUTORIZADO POR CONVÊNIO.

Correta a glosa levada a efeito pelo estado bandeirante, com fundamento no artigo 155, parágrafo 2º, I da Constituição Federal; art. 8º, I da Lei Complementar 24/75 e artigo 36, parágrafo 1, da Lei 6.374/89. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO CONHECIDO. NEGADO PROVIMENTO. DECISÃO NÃO UNÂNIME

Decisão: Negado provimento. Decisão não unânime

Publicado em:

03 OUT 2009