



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

<b>CÂMARAS</b>	<b>PROCESSO</b>	<b>RECURSO</b>
<del>ESPECIAL</del>	<b>DRT-5 377353/2005</b>	<b>ESPECIAL</b>

**SUPERIOR**

RECORRENTE	AUTO GERAL LEMENSE LTDA.		
RECORRIDA	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO		
RELATOR	ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO	AIIM 3035683-0	SUSTENTAÇÃO ORAL: SIM
EMENTA			
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO		CAPITULAÇÃO DA MULTA	
Item 1: RICMS/00, art. 59, § 2º, art. 61		Item 1: RICMS/00, art. 527, II, "j" c/c §§ 1º e 10º	
Item 2: RICMS/00, art. 59, § 2º, art. 61		Item 2: RICMS/00, art. 527, II, "j" c/c §§ 1º e 10º	

1) É Recurso Especial. Objetivo da Contribuinte: desconstituir a decisão que, proferida em julgamento de recurso ordinário, resultou na manutenção das exigências formuladas pela Fiscalização. Consta do AIIM que o Estabelecimento-Autuado, localizado no território paulista, recebeu mercadoria de um segundo estabelecimento integrante da mesma pessoa jurídica, localizado este no Distrito Federal, e lançou como crédito do ICMS o montante do imposto destacado nas respectivas notas fiscais. Segundo os ilustres Agentes Fiscais, contudo, o estabelecimento remetente gozava de um "crédito outorgado" que, no fim das contas, importava fosse o valor do imposto destacado nas ditas notas fiscais maior do que o "efetivamente pago" em favor dos cofres públicos, benefício fiscal este que viera a lume sem que examinado e chancelado pelo CONFAZ. Considerando que (i) o benefício fiscal fora concedido de modo irregular, "em desacordo ... com o artigo 155, parág. 2º, inciso XII, alínea 'g' da Constituição Federal e com o artigo 1º da Lei Complementar nº 24/75, e, ainda, configurando a hipótese plasmada nos incisos I e II do artigo 8º da Lei Complementar Federal nº 24, de 7 de janeiro de 1975" (sic, no AIIM), e que (ii) fora lançado, a título de crédito do ICMS, valor maior do que o correto, tratou a Fiscalização de irrogar ao Estabelecimento-Autuado a prática de infração relativa ao crédito do imposto e de exigir o pagamento do equivalente à diferença existente entre o tributo destacado nas notas fiscais e o efetivamente pago ao Distrito Federal, ao demais de aplicar a multa prevista no artigo 85, II, "j" da Lei 6.374/89.

2) No seu recurso especial, a Contribuinte impugna a aplicação da Taxa SELIC a créditos tributários e defende circunstanciadamente a tese de que legítimo o aproveitamento dos créditos de ICMS na forma que empregou. Merecem destaque, da peça, os seguintes argumentos:

- a) A aplicação de multa de 100% do valor do crédito indevidamente escriturado, sem prejuízo de recolhimento da devida importância, com fulcro no art. 527, II, "j", do RICMS, é nula, pois não há definição expressa da conduta, o que afrontaria o princípio da tipicidade cerrada.
- b) O creditamento realizado está em consonância com o Regulamento do ICMS, o que afastaria a caracterização de crédito indevido. Os valores creditados foram destacados a título de ICMS nas notas fiscais emitidas para fins de remessa das mercadorias do Distrito Federal para São Paulo. Assim, houve o crédito de valores de ICMS que incidiram sobre a operação anterior, qual seja a aquisição, o que atende ao princípio da não-cumulatividade.
- c) O artigo 155, II, § 2º, "a" e "b" da CF, bem como arts. 19 e 20, § 1º e § 3º da Lei Complementar 87/96, dispõem que somente nos casos de isenção ou não-incidência o crédito não poderá ser



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

**CÂMARAS  
REUNIDAS**

**PROCESSO  
DRT-5 377353/2005**

**RECURSO  
ESPECIAL**

aproveitado, o que não reflete a hipótese do presente caso; portanto, não poderia haver restrição ao crédito de ICMS em situações diversas contempladas no texto constitucional.

d) O benefício fiscal concedido pelo Distrito Federal está previsto em Lei; tratando-se de diploma normativo que goza de presunção de constitucionalidade, apenas o Supremo Tribunal Federal poderia retirar-lhe esta condição; cita julgados neste sentido.

e) O entendimento do Fisco de São Paulo implicaria tratamento tributário diferenciado em relação aos créditos de ICMS dos produtos oriundos do Distrito Federal, o que importa desrespeito ao art. 152 da CF.

Ao final da peça, a Contribuinte requereu:

f) "sejam anuladas as r. decisões anteriores, modificando-se a decisão atacada e anulando-se o auto de infração impugnado pelo fragante erro de fato contido no lançamento e pela ilegalidade da utilização da Taxa SELIC, em razão de tratar-se de juros remuneratórios e ofender o princípio da legalidade";

g) no mérito, "seja cancelado o auto de infração, eis que os créditos utilizados ... são totalmente devidos .... Ademais, ... não se cuida de operações atingidas por incentivo fiscal e sim de benefício financeiro, o que evidencia uma relação jurídica regida pelo direito privado."

3) A d. Representação Fiscal manifestou-se às fls. 1124-1127: assegura que não foram atendidos os requisitos de admissibilidade do recurso especial.

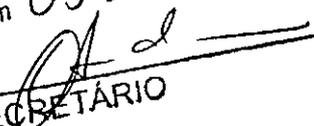
4) Era o que havia para relatar até o momento. Tendo em vista que a Contribuinte pleiteou lhe fosse dada a oportunidade de exercer o seu direito de sustentar de forma oral as razões do Recurso, aguardo a produção do ato.

Plenário, *3* de *Setembro* de 2009.

ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS  
CÂMARA SUPERIOR

EXCUSAÇÃO ORAL  
CERTIFICO que, apesar de regularmente  
notificado, o interessado NÃO compareceu  
para proceder à sustentação oral requerida.  
SALA DAS SESSÕES, em 03 de 09 de 59

  
SECRETÁRIO



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

<b>CÂMARAS</b>	<b>PROCESSO</b>	<b>RECURSO</b>
<b>REUNIDAS</b>	<b>DRT-5 377353/2005</b>	<b>ESPECIAL</b>

RECORRENTE	AUTO GERAL LEMENSE LTDA.		
RECORRIDA	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO		
RELATOR	ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO	AIIM 3035683-0	S. O.: desistiu.

## EMENTA

ICMS. APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS NO EQUIVALENTE AO DESTACADO EM NOTAS FISCAIS TIRADAS POR REMETENTE DE MERCADORIA QUE, ESTABELECIDO NO DISTRITO FEDERAL, DESFRUTA DE INCENTIVO FISCAL CONCEDIDO À MARGEM DE APROVAÇÃO DO CONFAZ. IRROGADA AO ESTABELECIMENTO PAULISTA A PRÁTICA DE INFRAÇÃO RELATIVA AO CRÉDITO DO IMPOSTO. IMPROCEDÊNCIA.

I - A lei não atribui ao administrado nem o dever, nem o ônus de impugnar legislação por meio da qual lhe é concedido benefício fiscal, a pretexto de que se cuida de legislação desfavorável aos cofres públicos, daí que não se pode exigir que um estabelecimento paulista deixe de se aproveitar de créditos fiscais tão-só porque a empresa dele titular tirou proveito de benefício fiscal indevidamente concedido por outro Estado, ou pelo Distrito Federal.

II - Os Órgãos Julgadores que se ocupam do processo administrativo tributário paulista não têm competência para declarar ilegal, ou inconstitucional – nem direta, nem indiretamente –, seja ato administrativo expedido por outra Unidade da Federação, seja legislação concebida pelos Poderes de outra Unidade da Federação.

III - Lesão patrimonial experimentada pelo Erário paulista em decorrência de benefício fiscal indevidamente concedido deve ser reparada por quem o concedeu, não pelo favorecido, nem pelo estabelecimento que do último recebeu mercadoria.

IV - Recurso provido.

CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO	CAPITULAÇÃO DA MULTA
Item 1: RICMS/00, art. 59, § 2º, art. 61	Item 1: RICMS/00, art. 527, II, "j" c/c §§ 1º e 10º
Item 2: RICMS/00, art. 59, § 2º, art. 61	Item 2: RICMS/00, art. 527, II, "j" c/c §§ 1º e 10º

5) Meu entendimento a respeito da matéria de fundo examinada nestes autos consta de uma das decisões indicadas como paradigmas pela Recorrente (cópia às fls. 1033-1053), conduzida por voto de minha lavra. A divergência jurisprudencial exsurge às claras.

Não reproduzirei, neste passo, o quanto escrevi anteriormente acerca do assunto, por desnecessário e ocioso, assinalando, para que não falte nenhuma clareza, que mantenho o entendimento expressado no voto ao qual me referi logo acima. Via de consequência, DOU PROVIMENTO ao recurso, isto para declarar canceladas as exigências formuladas no AIIM.

Plenário,

17 de Setembro

de 2009.

ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO



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

<b>CÂMARA</b>
<b>SUPERIOR</b>

<b>PROCESSO Nº</b>
<b>DRT/5- 377353/05</b>

<b>RECURSO</b>
<b>ESPECIAL</b>

<b>RECORRENTE</b>	<b>AUTO GERAL LEMENSE LTDA</b>					
<b>RECORRIDO</b>	<b>FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO</b>					
<b>RELATOR(A)</b>	<b>ANTONIO AUGUSTO SILVA</b>	<b>AIIM</b>	<b>3035683-0</b>	<b>S. ORAL</b>	<b>Não</b>	
	<b>PEREIRA DE CARVALHO</b>					
<b>VOTO VISTA - EGLE PRANDINI MACIOTTA</b>						
<b>EMENTA</b>						
<b>ICMS</b>						
<p><b>AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS, EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS, CUJO REMETENTE ESTÁ BENEFICIADO POR INCENTIVOS FISCAIS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELO ESTADO DE ORIGEM – CRÉDITO DO IMPOSTO PELO VALOR DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS QUE ACOBERTAM TAIS OPERAÇÕES – VALOR SUPERIOR AO CORRESPONDENTE À CARGA TRIBUTÁRIA EFETIVA PRATICADA NO ESTADO DE ORIGEM – CRÉDITO INDEVIDO.</b></p> <p><b>Recurso conhecido e desprovido</b> É considerado indevido o crédito fiscal apropriado em montante superior ao que efetivamente foi cobrado pelo Estado do remetente das mercadorias em função de concessão unilateral de incentivo fiscal, <i>ex vi</i> do disposto pelos artigos 155, § 2.º, inciso XII, alínea g, da Constituição Federal, 1.º, 2.º, § 2.º, e 8.º, inciso I, da Lei Complementar n.º 24/1975.</p>						
<b>CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO</b>			<b>CAPITULAÇÃO DA MULTA</b>			
Arts. 59, § 2º e 61 do RICMS/00			- Art. 527, II, "j" do RICMS/00			

*VOTO EM SEPARADO*

1. Pedi vista dos autos para manifestar meu entendimento a respeito da matéria em debate, envolvendo a chamada "guerra fiscal".
2. Primeiramente, CONHEÇO do apelo do contribuinte, pois patente a divergência no critério de julgar. No mérito, impetrando vênias ao nobre e culto Relator, a autuação fiscal procede.
3. Com efeito, a pretensão de aproveitamento integral dos créditos, não merece acolhida. Quaisquer tratamentos legais menos gravosos ou desonerativos da carga tributária só podem ser concedidos com a concordância de todos os entes federados, mediante convênios. No âmbito dos benefícios fiscais, se inclui, por óbvio, a outorga de créditos noticiados no auto de infração.



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

<b>CÂMARA</b>
<b>SUPERIOR</b>

<b>PROCESSO Nº</b>
<b>DRT/5- 377353/05</b>

<b>RECURSO</b>
<b>ESPECIAL</b>

4. A Administração, jungida que é ao princípio da legalidade, não poderia furtar-se de corrigir a ilegalidade praticada, de atuar diante da situação que se apresenta ilegal, ante o claro desprezo revelado pela situação fática à letra dos artigos 152 e 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal, à Lei Complementar 24/75, cujo artigo 1º arrola, com precisão, os casos em que é proibida a atuação unilateral da unidade federada.

5. A posição frente ao tema assumida pelo Estado de São Paulo não ofende o princípio da não cumulatividade, que tem por pressuposto a efetiva incidência do imposto na operação anterior. No regime constitucional aplicável ao ICMS, cabe à lei complementar disciplinar o regime de compensação, sendo-lhe lícito restringir o aproveitamento do crédito, sem que a conduta constitua ofensa ao princípio da não cumulatividade. As normas constitucionais que impõem a disciplina nacional do ICMS, por constituírem explícitas limitações da competência, não se pode opor, validamente, o princípio da autonomia dos Estados.

6. Tampouco o Estado se locupleta, pois o imposto é devido por inteiro. Não procede a alegação de assunção de prejuízo, pois em tese é este compensado pela aquisição do bem a menor preço - objetivo final da "guerra fiscal", porquanto expurgado do ICMS.

7.. Havendo dispositivo expresso, art. 8º, I, da Lei Complementar 24/75, que foi recepcionada pela Constituição atual, a teor do preceito contido no seu art.155, § 2º, XII, "g" c.c. o art. 34, §8º, do ADCT, restringindo o aproveitamento de crédito em relação a mercadorias beneficiadas por atos praticados à revelia do CONFAZ, inviável o creditamento relativo a parcela do ICMS não recolhida na origem. O crédito do imposto deve representar o exato valor do ICMS, referente ao negócio jurídico realizado pelo contribuinte.

8. Ainda que publicada a Lei Complementar nº. 87, de 13 de setembro de 1996, dispondo sobre o ICMS, esta não se ocupou da concessão e revogação de benefícios fiscais. De sorte que, continuam tais procedimentos sendo regidos pela remetida Leis Complementar nº. 24/75.

9. Destarte, a concessão de isenção do ICMS e demais benefícios fiscais está cometida ao Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, Colégio do qual participam todos os Estados e o Distrito Federal. Assim sendo, falta ao Estado da Bahia competência para, em ato isolado e de per si, conceder o benefício em foco.

10. Quanto à pretensão de afastar a aplicabilidade do Comunicado CAT-36/2004, que limitou-se a alertar os contribuintes do ICMS e os agentes fiscais para que a Fazenda do Estado não admitiria creditamento do imposto destacado sem efetiva cobrança na origem, qualquer ente federativo pode fazer o que quiser com suas receitas, desde que dentro da legalidade.



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

<b>CÂMARA</b>
<b>SUPERIOR</b>

<b>PROCESSO Nº</b>
<b>DRT/5- 377353/05</b>

<b>RECURSO</b>
<b>ESPECIAL</b>

11. Nesse sentido é a jurisprudência do STF:

*" A orientação do Tribunal é particularmente severa na repressão à guerra fiscal entre as unidades federadas, mediante a prodigalização de isenções e benefícios fiscais atinentes ao ICMS, com afronta da norma constitucional do art. 155, § 2º, g – que submete sua concessão à decisão consensual dos Estados, na forma de lei complementar ( ADIn 84-MG,152 96, Galvão, DJ Apelação Cível nº 518847.5/512.).*

12. No passado, a Suprema Corte validou a legitimidade da exigência do estorno, fazendo-o nos seguintes termos :

**EMENTA - TRIBUTÁRIO. DECISÃO DENEGATORIA DE PRETENDIDO CRÉDITO FISCAL, RELATIVO A ICM SOBRE MATÉRIA-PRIMA ADQUIRIDA NO ESTADO DO PARANA, QUE, CONQUANTO TENHA TIDO O SEU VALOR DESTACADO EM NOTA FISCAL, FOI OBJETO DE INCENTIVO CONCEDIDO AO VENDEDOR. ALEGADA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE DO TRIBUTO (ART. 23, II, DA CF/69).**

*Questão insuscetível de ser solucionada sob invocação do princípio em causa, que, diferentemente do que entende a Recorrente, visa tão-somente a assegurar a compensação, em cada operação relativa a 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 máxima prevista em lei, relativamente ao custo final do bem tributado. Havendo, no caso, sido convertido em incentivo o tributo que deveria ser recolhido pelo vendedor da matéria-prima, é fora de dúvida que a inadmissão do crédito, no Estado de destino, não afeta a equação acima evidenciada. Recurso não conhecido( RE 109.486-9-SP, DJU de 24/04/92, pág.5378).*

13. Quanto à tese de que o instrumento utilizado pelo Estado de São Paulo para questionar os benefícios fiscais concedidos pelos outros Estados é inadequado, pois deveria levar a questão diretamente ao Supremo Tribunal Federal, igualmente carece de coerência tal assertiva, posto que o Fisco paulista agiu respaldado pela Constituição Federal, Lei Complementar n.º 24/1975 e legislação tributária estadual.

14. O contribuinte autuado, portanto, não faz jus ao aproveitamento pleno de seus créditos relativos às operações interestaduais supra aludidas com o que foi efetivamente exigido e pago. Nesse passo, andou bem a fiscalização ao glosar a parte do crédito excedente.

15. Por isso que, com a devida vênia do i. Relator, nego provimento ao recurso.

16. Quanto à utilização da Taxa Selic não conheço do recurso em face do que se contém na Sumula 8 deste Tribunal. Também não conheço do recurso quanto à alegada ofensa ao artigo 152 da Constituição Federal por ausência de indicação de paradigma. A multa aplicada encontra-se em conformidade com a legislação vigente e guarda proporcionalidade com os danos causados ao Erário.

FLS.



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

CÂMARA  
SUPERIOR

PROCESSO Nº  
DRT/5- 377353/05

RECURSO  
ESPECIAL

Plenário Antonio Pinto da Silva, em 29/09/2009

EGLE PRANDINI MAQUOTTA  
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 á 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 vênia, que a atuação 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.

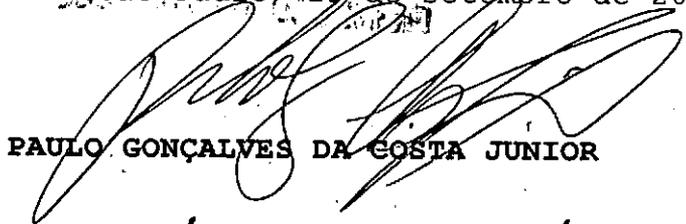
(...)

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."

olimo olusansi

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.

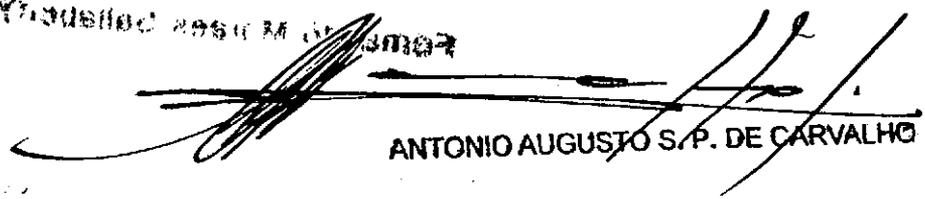
São Paulo, 29 de setembro de 2009



PAULO GONÇALVES DA COSTA JUNIOR

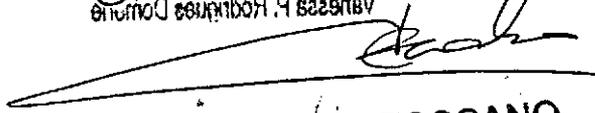
Ratifico o voto que proferi na sessão de 3 de setembro de 2009.

Trabalho de M. A. M. M. M.



ANTONIO AUGUSTO S.P. DE CARVALHO

Com a Dra. Egle



AUGUSTO TOSCANO

Com a Dra. Egle



IRINEU ROBERTO ROSA

Com o Dr. Antonio Augusto



Luiz Fernando Mussolini Jr.

Com a Dra. Egle  
*Gianpaulo Camilo Dringdi*  
Gianpaulo Camilo  
Dringdi

*Francisco Antonio Feijó*  
FRANCISCO ANTONIO FEIJÓ

com a Dra. Egle  
*Vicente do Carmo Sapienza*  
VICENTE DO CARMO SAPIENZA

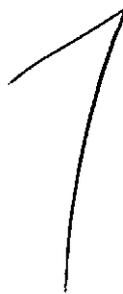
Com Dra. Egle  
*Fernando Moraes Sallaberger*  
Fernando Moraes Sallaberger

Com o Dr. Antonio Augusto  
*Vanessa P. Rodrigues Domene*  
Vanessa P. Rodrigues Domene

Com a Dra. Egle.

*Celso Barbosa Julian*  
CELSO BARBOSA JULIAN

Com a Dra. Egle  
*João Carceles*  
JOÃO CARCELES





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

FOLHA Nº

CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº  
DIT-05-377353/05

7  
E/ a Dra. Egle  
[Signature]  
Luiza Maria de Castilho Arruda

Com a Dra. Egle.

[Signature]  
JOSE PAULO NEVES  
Presidente



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

**Página: 4**  
**Data: 30/09/2009**  
**Hora: 16:32:12**  
**DAP383R**

**Sessão: 29/09/2009**

**Processo: DRT-05-377353/2005 - AIIM 3035683-0**  
**Protocolo GDOC: 12826-377353/2005**

**Câmara: Superior**

Recorrente: Auto Geral Lemense Ltda - Ie: 415004065114  
Recorrida: Fazenda Pública Do Estado  
Relator: Antonio Augusto Silva Pereira De Carvalhc  
Recurso: Especial  
Advogados: Marcelo Viana Salomão

**Ementa: ICMS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS, EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS, CUJO REMETENTE ESTÁ BENEFICIADO POR INCENTIVOS FISCAIS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELO ESTADO DE ORIGEM. CRÉDITO DO IMPOSTO PEO VALOR DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS QUE ACOBERTAM TAIS OPERAÇÕES. VALOR SUPERIOR AO CORRESPONDENTE À CAF TRIBUTÁRIA EFETIVA PRATICADA NO ESTADO DE ORIGEM. CRÉDITO INDEVIDO.**

Recurso conhecido e desprovido. É considerado indevido o crédito fiscal apropriado em montante superior ao que efetivamente foi cobrado pelo Estado do remetente das mercadoria: em função de concessão unilateral de incentivo fiscal, ex vi do disposto pelos artigos 155, parágrafo 2º, inciso XII, alínea g, da Constituição Federal, 1º, 2º, parágrafo 2º, e 8º, inciso I, da Lei Complementar nº 24/1975.

**RECURSO CONHECIDO. NEGADO PROVIMENTO. DECISÃO NÃO UNÂNIME.** Vencido o Voto do J Relator que conhecia do recurso e dava-lhe provimento.

Decisão: Negado provimento. Decisão não unânime

Publicado em: **03 OUT 2009**