



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARAS
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-II- 502546/06

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	POLENGHI INDUSTRIAS ALIMENTICIAS LTDA.					
RECORRIDO	FAZENDA PUBLICA					
RELATOR	Francisco A. Feijó	AIIM	3056734	S. ORAL	SIM	X
EMENTA						
HÁ PROTESTO POR SUSTENTAÇÃO						
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA			
Art. 59, parágrafo segundo, c/c/ art. 61, parágrafo primeiro, RICMS/00			Art. 527, inc. II, alin. " j ", c/c/ par. 1 e 10 do RICMS/00			

Inconformada com a decisão da 1ª. C. Temporária (fls. 351/ 385), que não a unanimidade negou provimento ao seu Recurso Ordinário, dela recorre a contribuinte com este ESPECIAL(fls. 388/422), protestando por sustentação oral (fls. 422).

Levanta preliminar de decadência do período de julho e parte de agosto/01, por entender aplicável ao caso a regra do artigo 150 do CTN e não do artigo 173, inciso I, como constou da decisão recorrida, transcrevendo em suporte de sua afirmação, decisão lançada no Processo DRT- 14- 161338/00, insistindo em que para tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como é o caso do ICMS, o prazo decadencial está previsto no artigo 150, parágrafo 4 do CTN e não no artigo 173, I, do mesmo diploma, como lançado no acórdão recorrido.

No Mérito, entende que nos casos em que as unidades federadas, eventualmente concedam algum benefício fiscal e conseqüentemente deixam de exercer sua competência tributária para tanto, não cabe ao Estado de São Paulo, exigir para si, o que o outro deixou de tributar.

Com esse procedimento, no entender da recorrente, o Estado de São Paulo, estaria infringindo o artigo oitavo do CTN, pois os créditos glosados pelo fisco paulista, são oriundos de um benefício fiscal concedido à recorrente pelo Estado de Goiás, por meio de lei e para que seja valida essa glosa, é necessária a manifestação do STF, acerca de sua inconstitucionalidade.

Transcreve trecho de acórdão lançado no julgamento do Processo DRT-6-339052/04, destacando tópico final da mesma " as exigências formuladas no AIIM



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

CÂMARAS
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-II- 502546/06

RECURSO
ESPECIAL

traduzem medida de natureza retaliatória cuja força se abate sobre o administrado não sobre o ente tributante que concedeu indevidamente o benefício fiscal, a quem caberia sofrer as conseqüências do ato”.

Transcreve a decisão recorrida e tópico final que destaca “ ... impedir a glosa do crédito constitui uma arbitrariedade somente comparada à própria concessão do benefício. É compactuar com a malfadada guerra fiscal que se instalou no país. Convalidar o procedimento adotado pelo contribuinte é negar vigência ar normas positivadas.....”.

Afirma que fica provada a divergência em critérios de julgamento do fato guerra fiscal, pelo que deveria ser reformada a decisão lançada nestes autos, que trata também de remessa de mercadorias do Estado de Goiás para São Paulo.

Discute a violação do principio da não cumulatividade, por entender que exigir o estorno dos créditos, implica em retirar-lhe o direito constitucional ao creditamento do imposto pago quando da entrada das mercadorias em seu estabelecimento.

E acrescenta, se o Estado de Goiás cobra 12% de imposto nas saídas interestaduais, se admitiu um benefício de 3%, tributando em 9% essas saídas, abriu mão de um direito que era seu, outro Estado não pode exigir para si, essa diferença.

Transcreve parte do voto no processo DRT- 1- 31748/74, que trata de destaque de imposto na nota fiscal e em seguida transcreve tópico do acórdão recorrido onde se lê “ todavia não há que se falar que toda e qualquer aquisição gera o direito adquirido de se creditar. A própria CF indica os casos nos quais o direito subjetivo do crédito não goza de proteção constitucional, ora excluindo-os ou colocando-os sob reserva legal.....”.

Entende que a D. Câmara prolatora, equivocou-se em sua decisão, sendo inequívoco portanto, a regularidade do crédito,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,, em reverencia ao principio da não cumulatividade.

Entende que a decisão não apreciou a questão da multa que foi levantada no ordinário, seja em sua relevação ou redução, o que entende criou um cerceamento de defesa, devendo ser decretada a nulidade do mesmo.



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

ANA MARIA LEITE
 Auxiliar de Informática
 RG: 11.032.805

CÂMARAS
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-II- 502546/06

RECURSO
ESPECIAL

Transcreve a decisão de primeira instância mantida no ordinário, ao referir “..não se vislumbra e nem se comprova nos autos, qualquer anormalidade que possa impor a sua anulação ou redução.....”

Pugna finalmente pelo provimento e acolhimento da preliminar de decadência cancelando-se o AIIM no que concerne ao período declarado de julho e parte de agosto/01; ou que seja dado provimento também para cancelamento integral do AIIM por não ter havido creditamento indevido e no caso anterior, não sendo acolhido, que seja, ao menos reduzida a pena aplicada para R\$ 84,38 em atendimento ao disposto no artigo 527-A do RICMS/00.

Em contra razões a D. R. Fiscal manifesta-se pelo não conhecimento da decadência, pois o aresto indicado ao confronto, não se presta, por tratar de situação diferente da discutida nos autos- guerra fiscal.

No caso do paradigma, se discute a emissão de notas fiscais a título de transferência de produção de estabelecimento sem que tivesse ocorrido a efetiva circulação das mercadorias.

E mais, a decisão recorrida apreciou a questão posta, demonstrando a pertinência da aplicação da norma do inciso I do artigo 173 do CTN., com a contagem do prazo a partir do primeiro dia do exercício seguinte, afastando com isso a pretensão da recorrente.

Quanto a alegação de que deixou a decisão de apreciar fatos relevantes a R. Fiscal transcreve voto lançado no processo DRT- 6- 3107/98 que trata do assunto em profundidade.

Quanto a multa, o aresto trazido a colação, não se presta, no entender da D. R. Fiscal ao caso, e esse assunto está resolvido pela Sumula 8 deste E. Tribunal..

No Mérito, a D. R. Fiscal conhece do apelo, mas entende deva ser o mesmo desprovido. As razões da recorrente de que a guerra fiscal deva ser decidida pelo STF, e que o benefício concedido pelo Estrado de Goiás, não causou prejuízo ao Estado de São Paulo, ou que teria direito aos créditos pelo principio da não



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

CÂMARAS
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-II- 502546/06

RECURSO
ESPECIAL

cumulatividade, entende a D. R. Fiscal que deva ser mantida a decisão recorrida, que transcreve.

Havendo Protesto por Sustentação oral devolvo ao NAC para designação de data.

São Paulo,

Francisco Antonio Feijó
Relator

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
CÂMARA SUPERIOR
REPRESENTAÇÃO ORAL

CERTIFICO que o interessado compareceu à
Sessão de hoje desta Câmara e procedeu à
Sustentação oral requerida.

SALA DAS SESSÕES, em 04/10/11

NOME: José Eduardo S. Toledo

DOC. IDENTIFICAÇÃO: AB 01942374


SECRETÁRIO

Olga Maria de Castilho Arruda



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARAS	PROCESSO Nº	RECURSO
CAMARA SUPERIOR	DRTC-II- 502546/06	ESPECIAL

RECORRENTE	POLENGHI INDUSTRIAS ALIMENTICIAS LTDA.					
RECORRIDO	FAZENDA PUBLICA					
RELATOR	Francisco A. Feijó	AIIM	3056734	S. ORAL	SIM	X
EMENTA						
<p>ICMS- Crédito indevido de imposto. Guerra Fiscal. O valor do imposto destacado nos documentos fiscais em operações interestaduais de transferência de mercadorias, não corresponde ao efetivamente cobrado na unidade federada de origem (Estado de Goiás), em razão de concessão de benefício fiscal, sem aprovação do CONFAZ. Discussão sobre decadência conhecida. Esta Câmara Superior, vem pacificando entendimento de que se aplica ao caso o artigo 150, parágrafo 4, e não o disposto no artigo 173, do CTN. Discussão sobre multa, afastada. O recurso especial, não é o meio próprio para sua discussão, conforme já definido na Súmula 06 deste E. Tribunal. Quanto ao mérito, dou provimento parcial ao recurso, para afastar do auto de infração, as transferências ocorridas além dos cinco anos contados nos termos do estabelecido no artigo 150, parágrafo 4 do CTN, mantendo no mais a decisão recorrida que negou provimento ao recurso da contribuinte.</p>						
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA			
Art. 59, parágrafo segundo, c/c/ art. 61, parágrafo primeiro, RICMS/00			Art. 527, inc. II, alin. " j ", c/c/ par. 1 e 10 do RICMS/00			

Entendo que a questão colocada encontra-se em condições de ser julgada e por esta razão, passo ao voto.

DECISÃO

A recorrente entende que no tocante ao período anterior a 18.08.2001, teria decaído o direito da Fazenda Pública em constituir o crédito tributário, pela aplicação do disposto no artigo 150 do CTN, ao contrário do que foi decidido nestes autos pela 1ª. C. Temporária, que não reconheceu a DECADENCIA, por entender aplicável ao caso o artigo 173. Em suporte de seu apelo, traz como paradigma, para confronto, a decisão lançada no Processo DRT-14-161.338/2.000, julgado pela 8ª. C. Efetiva e publicado no DOE de 25.09.2004, em que foi adotado pelo digno relator, a regra do artigo 150 do CTN..



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARAS
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-II- 502546/06

RECURSO
ESPECIAL

O reconhecimento da decadência vem sendo muito discutido nesta Câmara Superior e se firmando o entendimento de que deve prevalecer a regra do artigo 150, parágrafo 4 do CTN, ou seja, se não houver outro prazo fixado em lei, será ele de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, portanto, conheço do recurso, quanto a decadência..

A recorrente alega ainda que não obstante tenha enfrentado a questão da impossibilidade da cobrança da multa nas condições contidas no auto de infração, a D. Câmara Relatora do voto recorrido, não tratou desse assunto, o que enseja em seu entender, nulidade da decisão, pelo cerceamento de defesa causado.

Cita a decisão lançada no Processo DRT- 6- 4565/87 em que foi relevada a penalidade aplicada.

A discussão não merece conhecimento, seja pela impropriedade do paradigma trazido e a questão fática ali discutida, seja pela edição da Sumula 06, que definiu que a discussão não caracterizando hipótese de dissídio de interpretação da legislação, não viabiliza a interposição de recurso especial.

No Mérito, a discussão central envolve a guerra fiscal, e a não homologação pelo CONFAZ dos incentivos concedidos por outras unidades da Federação, e este recurso deve ser conhecido, pois o entendimento dado na decisão recorrida pela 1ª. C. Temporária, diverge do que foi dado no Processo DRT- 6- 339052/04, pela 7ª. C. Efetiva, de interesse da Distribuidora Farmacêutica Panarello Ltda.

No caso destes autos as notas fiscais que levaram, a autuação, foram emitidas pelo estabelecimento filial da mesma empresa, localizado no Estado de Goiás.

Por todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso da contribuinte, tão somente para afastar do auto de infração, as notas fiscais emitidas além dos cinco anos contados nos termos do estabelecido no artigo 150, parágrafo 4 do CTN, mantendo no mais a decisão que negou provimento ao recurso ordinário da contribuinte..

São Paulo,

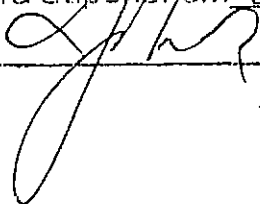
Francisco Antonio Feijó

A pedido, dou vista do processo ao Sr.

Luiz Fernando Mussolini Jr.

pelo prazo de 15 dias, (artigo 52, do R.J.)
ficando adiado o julgamento.

Câmara Superior em 01 / 09 / 2009



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS DE SÃO PAULO
CÂMARA SUPERIOR

PROCESSO N° DRTC-II-0502546/2006

RECORRENTE: POLENGHI INDÚSTRIAS ALIMENTÍCIAS LTDA

RECORRIDA: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATOR: JUIZ FRANCISCO ANTONIO FEIJÓ

VOTO EM SEPARADO DO
JUIZ LUIZ FERNANDO MUSSOLINI JÚNIOR

1 Pedi vista dos presentes autos para manifestar minha concordância quanto à decadência parcial admitida pelo D. Relator e, com a devida vênua, minha divergência no que concerne ao *meritum causae*.

2 Quanto ao fundo, a par de ter sido invocado o descumprimento das normas do artigo 155, § 2º, XII, "g", da Constituição Federal, do artigo 1º, parágrafo único, IV, da Lei Complementar n° 24/75 e mesmo da Resolução SF/SP n. 52/83, a realidade é que o fundamento da ação fiscal, no plano da legislação ordinária do Estado de São Paulo, está na suposta infringência ao artigo 59, § 2º, do RICMS/00, c/c o artigo 61 do mesmo diploma regulamentar, sendo que o primeiro dispositivo apontado tem lastro no artigo 36, § 3º, da Lei n° 6.374/89, na redação que lhe foi conferida pela Lei n° 9.359/96, in verbis:

"§ 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. (Redação dada pelo inciso I do artigo 2º da 9.359/96¹, de 18-06-1996; DOE 19-06-1996) "

4 O exame que faremos, na sustentação da discrepância, respeitará os termos do artigo 28 da Lei nº 13.457/2009.

5 Em primeiro passo, é de se fixar que inexiste na Lei Complementar nº 87/96 qualquer disposição que dê arrimo ao quanto posto na lei paulista.

6 Esse suporte é buscado na Lei Complementar nº 24/75. Com efeito - partindo-se dos pressupostos de que a) nos termos do artigo 1º e parágrafo único da LC nº 24/75, a concessão de quaisquer modalidades de incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS está condicionada à celebração e à ratificação dos convênios pelos Estados e pelo Distrito Federal, e de que b) por força do artigo 8º, I, do mesmo diploma complementar à Constituição Federal, a não observância dessa condição implicará a nulidade do ato normativo concessório e, ainda e concomitantemente, acarretará a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria ou serviço - é possível aí vislumbrar, da leitura rasa de tais enunciados, o alicerce sistêmico para que o legislador do Estado de São Paulo viesse, como de fato veio, caracterizar como "não cobrado" o ICMS destacado em documento fiscal emitido pelo contribuinte titular da renúncia tributária, guardando exata proporção com a vantagem econômica pela mesma representada, caminhando, dessa forma, para a positivação da regra da legislação complementar que estatui, como consequência de ser nula a concessão, a falta de eficácia dos créditos do imposto a serem exercidos pelos adquirentes das mercadorias e pelos tomadores de serviços em operações interestaduais.

7 Ocorre que a perseguição mais acurada da real significação do enunciado do artigo 8º, I, da LC nº 24/75, conduz à conclusão de que as normas a partir dele construídas não autorizam as unidades federadas a qualificar como "não cobrado" o ICMS inteiro, ou parcela desse imposto, que tenha sido corretamente calculada e debitada em documento fiscal emitido por contribuinte de outra unidade da Federação, não obstante este último ser titular de qualquer forma de benefício fiscal, total ou parcial, direto ou indireto.

8 Certamente por esse motivo é que a legislação ordinária paulista não continha (embora, em tese, pudesse conter), entre 1989 e 1996, um permissivo para essa tipificação, a de imposto "não cobrado", limitando-se a possibilitar às autoridades fazendárias a vedação do crédito do ICMS oriundos de operações/prestações praticadas por contribuintes detentores de incentivos/benefícios fiscais conferidos lateralmente às regras do artigo 8º e parágrafo único da LC nº 24/75.

Só com a Lei nº 9.359, de 18/06/96, é que foi inventada no ordenamento paulista a categoria de imposto "não cobrado", para as situações específicas de operações/prestações envolvendo empresas de outras unidades federadas.

9 Essa alteração, no nosso sentir, não tem espeque nas normas do artigo 8º, I, da LC nº 24/75.

Tais regras estão claramente dirigidas a) primariamente ao ESTADO-JUIZ, através do órgão próprio (o Supremo Tribunal Federal), a quem competirá, provocado por quem tiver legítimo interesse de agir, o reconhecimento de ser nulo o

ato concessório dos benefícios perpetrados por unidade federada com desprezo à forma prevista no caput do seu artigo 1º, e b) secundariamente ao ESTADO-ADMINISTRAÇÃO das unidades federadas onde estiverem localizados os contribuintes adquirentes de mercadorias e tomadores de serviços que, depois de decretada a nulidade por quem de direito, poderão, só aí, exigir o estorno integral ou proporcional dos créditos tomados, mediante a concretização dos respectivos lançamentos de ofício.

10 É mais do que plausível ter sido este o iter compulsório eleito pelo sistema jurídico posto para que as unidades federadas prejudicadas vejam resguardados seus lícitos interesses, dando-lhes concretude, positivando a ineficácia dos créditos do ICMS tomados pelos contribuintes a si jurisdicionados.

Lenta, árdua e pedregosa, esta estrada não pode, todavia, ser suavizada com a pretensão demais singela, simplória até, de considerar, unilateralmente, como "não cobrado" o imposto que foi debitado regularmente no instrumento fiscal próprio, a nota fiscal emitida pelo fornecedor/prestador de outro Estado ou do Distrito Federal, mesmo que este seja legatário de benefício fiscal conferido a *latere legis*.

11 É primário, quase intuitivo, que por "montante cobrado" nas operações anteriores por outra unidade federada, outra realidade fenomênica não se possa designar que não o só resultado da operação aritmética da multiplicação da alíquota pela base imponível, o qual expressará aquilo que o Professor Paulo de Barros Carvalho chama de

"compostura numérica do crédito tributário", valor esse que será destacado no documento fiscal apropriado e que representará o *quantum debeatur* da relação jurídica que vincula na origem os sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária, e, por igual, sem tirar nem por, o *quantum debeatur* da relação jurídica do direito ao crédito que será posta no sistema atrelando, no destino, o contribuinte e o Erário.¹² Se a Pessoa Política, através de qualquer dos mecanismos elencados nos itens II, III e IV do parágrafo único do artigo 1º da LC nº 24/75, resolve conferir "vantagem econômica" ao contribuinte estabelecido dentro do seu território, essa postura não implicará em modificar a dimensão jurídica e matemática do "montante cobrado" do ICMS sobre as operações/prestações que esses tiverem praticado.

Essa decisão consistirá, isso sim, em transferência de recursos estatais (quando houver devolução do imposto), em renúncia de receita (quando se admitirem créditos presumidos), ou em subsídio (para a hipótese de financiamento com taxas privilegiadas), mas nunca mutilará a expressão quantitativa da relação jurídica tributária do ICMS, que permanecerá inalterada depois de ingressar no sistema de direito positivo.

Tenho tanto e assumo ser manifesta a impossibilidade de que, em função de fenômenos alheios à relação obrigacional cuja prestação foi definida nos termos legais, se intente tipificar como imposto "não cobrado", na significação sistêmica, a parcela do tributo que terminou por não onerar, de alguma sorte, o seu contribuinte.

¹³ Diante de todo o exposto, avulta, no meu modo de ver, a não existência do pretendido arrimo no artigo 8º, I, da LC nº 24/75, para os preceitos do § 3º do artigo 36 da Lei nº 6.374/89, na redação dada pela Lei nº 9.359/96.

14 Com esses fundamentos - além de acatarmos a decadência parcial suscitada pela parte e decretada pelo Dr. Feijó - ficamos fortes em que não esbarramos na vedação do artigo 28 da Lei nº 13.457/2009, pois que restamos restritos ao argumento da falta de suporte da legislação ordinária paulista na legislação complementar e vemos improcedente a ação fazendária, conferindo provimento ao REsp do contribuinte, *data venia* do I. Juiz Relator.

LUIZ FERNANDO MUSSOLINI JÚNIOR
Juiz 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 insito 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 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 vênias, 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

EM TEMPO: Considerando que no caso se discute também eventual decadência, complemento meu voto para consignar que, nos termos da orientação fixada pelo STJ, em hipóteses relativas ao aproveitamento indevido de créditos de ICMS aplica-se a regra do artigo 173, I, do CTN, a saber, "in casu", eventual caducidade. Assim, pelo meu voto nego provimento ao recurso do contribuinte.


PAULO GONÇALVES DA COSTA JUNIOR

Mantendo meu voto e no tocante a certidão de quitação decadauíl, entendo que deve ser feita a partir da data de rateio fiscal e não do fechamento

De más correspondiente - no caso
cita 1.1. ~~requisito~~ a parte do texto
I. 2

FRANCISCO ANTONIO FELJO

Acusando o d. Relator quanto à
questão de fundo, porém devendo quanto à ~~questão~~
~~de~~ contagem do prazo decadencial pela regra do
artigo 150, § 4º do CTN.

No caso de apropriação de créditos
incluídos intendo que, adotando a legislação
paralela o sistema de apuração mensal de recolh-
mentos de impostos, o prazo de caducidade não
pode ser considerado como intransmissível se dia a
dia, devendo, isto sim, ser contado mês a mês.

Desde da emissão do lançamento por
homologação a antecipação do pagamento de impostos
sem prejuízo escasse da autoridade administrativa,
faz-se a concluir que o contribuinte termina a
atividade que lhe toca no âmbito a antecipação
de pagamentos previstas no CTN, nos prazos estabele-
cidos na legislação. Enquanto não esgotado esse
prazo a Fazenda do Estado não fecha pela-
mas o recolhimento, conseqüentemente não
poderá, também, fluir o prazo decadencial,
isto posto, sobre a origem
fiscal tão somente o parágrafo 1º de ante-
de impayés.

Prandini
EGLE PRANDINI MACIOTTA



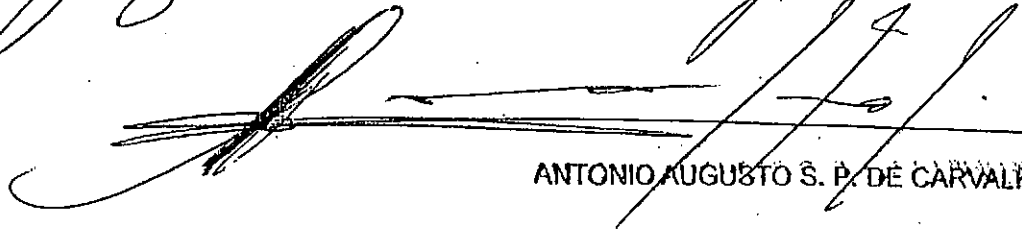
SECRETARIA DA FAZENDA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

FOLHA Nº

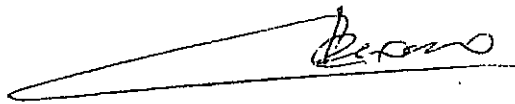
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº

*Endosso e voto proferido pelo
s. juiz Mussolini*



ANTONIO AUGUSTO S. P. DE CARVALHO



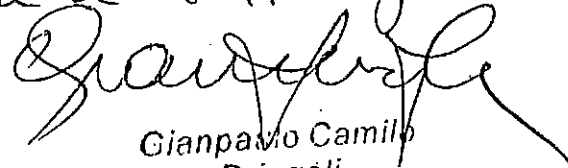
AUGUSTO TOSCANO

Como Dr. Paulo Gonçalves



JOSÉ ROBERTO ROSA

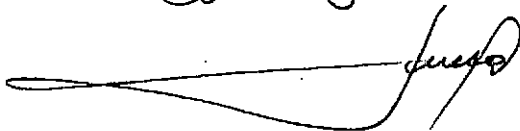
Como Sr. Egle



Gianpiero Camillo
Dringoli

Vicente do Carmo Sapienza
VICENTE DO CARMO SAPIENZA

Como Sr. Fernando



Fernando Moraes Sallaberry

Com o Sr. Mussolini

Vanessa P. Rodrigues Domene

Com o Dr. Feijó

CELSO BARBOSA JULIAN

JOÃO CARRELES

Com o Sr. Feijó

Olga Maria de Castilho Arruda

Com o Sr. Feijó

JOSÉ PAULO NEVES
Presidente



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

Página: 2
Data: 30/09/2009
Hora: 16:32:12
DAP383R

Sessão: 29/09/2009

Processo: DRTC-II-502546/2006 - AIIM 3056734-8

Protocolo GDOC: 1000247-502546/2006

Câmara: Superior

Recorrente: Polenghi Industrias Alimenticias Ltda. - Ie: 114837520114

Recorrida: Fazenda Pública Do Estado

Relator: Francisco Antonio Feijó

Recurso: Especial

Advogados: Sandra Mara Lopomo

Ementa: ICMS. CRÉDITO INDEVIDO DE IMPOSTO. GUERRA FISCAL. O VALOR DO IMPOSTO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS NÃO CORRESPONDE AO EFETIVAMENTE COBRADO NA UNIDADE FEDERADA DE ORIGEM (ESTADO DE GOIÁS), EM RAZÃO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO FISCAL SEM APROVAÇÃO DO CONFAZ.

Discussão sobre decadência conhecida. Esta Câmara Superior vem pacificando entendimento de que se aplica ao caso o artigo 150, parágrafo 4º, e não o disposto no artigo 173, do CTN. Discussão sobre multa, afastada. O recurso especial, não é o meio próprio para sua discussão conforme já definido na Súmula 06 deste E. Tribunal.

Quanto ao mérito, dou provimento parcial ao recurso, para afastar do auto de infração as transferências ocorridas além dos cinco anos contados a partir da data da Nota Fiscal, nos termos do estabelecido no artigo 150, § 4º do CTN, afasto, no caso, o item 1.1 integral e parte do item 1.2, mantendo no mais a decisão recorrida que negou provimento ao recurso do contribuinte.

RECURSO CONHECIDO. PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO NÃO UNÂNIME

Decisão: Provido parcialmente. Decisão não unânime

Publicado em:

03 OUT 2009