

29109/09

FLS.



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

**CAMARA
SUPERIOR**

**PROCESSO Nº
DRT/7 - 579959/06**

**RECURSO
ESPECIAL**

RECORRENTE	BERTIN LTDA					
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO					
RELATOR(A)	EGLE PRANDINI MACIOTTA	AIIM	3058530-2	S. ORAL	SIM	
EMENTA						
ICMS Infrações relativas ao crédito do imposto						
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA			
Art. 59, § 2º, c.c.61 do RICMS/00			Art. 527, II, "j", do RICMS/00			

- Trata-se de recurso especial interposto pelo contribuinte, em face da decisão de fls., que manteve a exigência fiscal atinente a crédito indevido do imposto, correspondente à diferença entre o imposto destacado nos documentos fiscais relativos a entrada de mercadorias no estabelecimento em operações de transferências recebidas do estabelecimento filial localizado no Estado de Minas Gerais e o efetivamente cobrado do citado remetente pela unidade federada de origem (MG), por conta do benefício fiscal não autorizado pelo CONFAZ, portanto em desacordo com o artigo 155, §2º, inciso XII, alínea "g", da Constituição Federal, artigo 1º, parágrafo único, inciso IV, da Lei Complementar 24/75, artigo 36, § 3º da Lei Estadual 6.374/89 e artigo 1º da Resolução SF 52/93.
- Alega a ora recorrente, invocando os arestos de fls., divergência com o critério de julgamento adotado por este Tribunal em matéria similar.
- Em preliminar, entende que a decisão de primeira instância e o acórdão recorrido deixaram de apreciar importantes razões de defesa, configurando cerceamento de defesa e negativa de prestação jurisdicional. Não concorda, também, com o posicionamento adotado no julgado recorrido de ser aplicável, em relação à decadência, o prazo previsto no artigo 173, I, do CTN ao invés do artigo 150, § 4º do mesmo diploma.
- No mérito, argumenta que o r. julgado recorrido merece ser reformado em face das seguintes questões ventiladas no recurso ordinário: a) falta de prova de ter o estabelecimento remetente das mercadorias aproveitado o benefício fiscal; b) não existe declaração de inconstitucionalidade e esta deve ser obtida por ato do governo paulista, não competindo ao contribuinte contestar legislação de outro Estado; c) o órgão de julgamento não possui competência para declarar inconstitucionalidade de legislação de outro Estado; d) não poderia suportar os efeitos da exigibilidade do imposto aproveitado; e) necessidade de intimação prévia para o

FOLHAS 11



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT/7 - 579959/06

RECURSO
ESPECIAL

estorno do crédito;f) tem direito de aproveitar o imposto cobrado na operação anterior, em respeito ao princípio da não cumulatividade .

5. Outros pontos defendidos pela recorrente dizem respeito a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da obrigação tributaria e ao seu direito de aproveitar do ICMS destacado nas notas fiscais, não acatados no julgado recorrido.

6 Sustentou, outrossim, que a acusação é precária pelas seguintes razões: a) não foi apurada a cobrança do ICMS pelo Estado de Minas Gerais, tampouco ter o remetente optado pelo crédito presumido; b) não foi apurado o valor efetivamente não cobrado; c) não houve apuração da glosa do crédito nos pedidos de crédito acumulado .

7. Segundo a d. Representação Fiscal as alegações de cerceamento de defesa, decadência e precariedade da acusação não merecem acolhida. No mérito, opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

8. É o breve relatório.

9. Tendo o contribuinte protestado pela sustentação oral de suas razões, aguardo o seu pronunciamento, para, após, proferir meu voto.

Plenário Antonio Pinto da Silva , em 01/04/2009


EGLE PRANDINI MACIOTTA
RELATORA



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT/7 - 579959/06

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	BERTIN LTDA				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO				
RELATOR(A)	EGLE PRANDINI MACIOTTA	AIIM	3058530-2	S. ORAL	SIM
EMENTA					

ICMS

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.

Preliminar de cerceamento de defesa afastada. É pacífico o entendimento de que o órgão julgador não se posta subjugado da parte, submisso a seus caprichos ou obrigado a responder a todas as questões postas no processo ou no recurso quando a decisão esteja instruída com argumentos e fundamentos suficientes para o desate da causa e para firmar, à luz do Direito, o entendimento prevalecente.

Não conheço da alegação de precariedade da acusação. O Processo DRT/1-20749/91 trazido como paradigma tratou de situação fática diversa - multa em operação acobertada por documento inábil. Demais disso, não se pode falar em critério de julgamento quando as decisões contrastadas se ativeram a provas concretas existentes nos respectivos processos.

Não conheço do recurso no que se refere à preliminar de decadência. Tal argumento expendido no recurso que ora se examina não foi enfrentado pela decisão recorrida por ausência de prequestionamento. Não houve debate e decisão prévios sobre a alegada ocorrência de decadência. Demais disso, no caso, a Fazenda do Estado estava liberada para constituir o crédito tributário em setembro de 2006, relativamente ao ICMS apropriado após outubro de 2001.

Mérito - Recurso conhecido e desprovido 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, ex vi 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.

CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO	CAPITULAÇÃO DA MULTA
-------------------------	----------------------



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT/7 - 579959/06

RECURSO
ESPECIAL

Art. 59, § 2º, c.c.61 do RICMS/00	Art. 527, II, "j", do RICMS/00
-----------------------------------	--------------------------------

- No dia e hora aprezados, o patrono da recorrente compareceu à sessão designada e produziu a sustentação oral pela qual protestara.
- Reportando-me ao relatório de fls. e às demais peças do processo

VOTO

- Não acolho as alegações declinadas no recurso.
- As críticas dirigidas à decisão de primeiro grau e ao acórdão recorrido são improcedentes, visto que a recorrente pode defender-se adequadamente tanto em primeira quanto em segunda instância.
- Não se vislumbra as omissões apontadas. Pacífico na jurisprudência que o Juiz não está obrigado a responder a todos os argumentos invocados pelas partes, quando já encontrado motivo suficiente que dê supedâneo ao resultado encontrado.
- Por pertinente, convém tomar por empréstimo decisão tomada pelo STJ quando deixou assentado, *in verbis*:

“ Esta Egrégia Corte não responde a questionário e não é obrigada a examinar todas as normas legais citadas e todos os argumentos utilizados pela partes, e sim somente aqueles que julgar pertinentes para lastrear sua decisão” (STJ-1ª T – Embs.Decl.-Rel. Min.Garcia Vieira – j.15/02/93- RSTJ 47/596).
- É aliás pacífico o entendimento de que o órgão julgador não se posta subjugado da parte, submisso a seus caprichos ou obrigado a responder a todas as questões postas no processo ou no recurso quando a decisão esteja instruída com argumentos e fundamentos suficientes para o desate da causa e para firmar, à luz do Direito, o entendimento prevalecente.
- Ainda, dentro do tema, o critério é o de exigir uma fundamentação suficiente mas não absolutamente exaustiva, pois muitas vezes há argumentos impertinentes e até indignos de maior consideração.
- NÃO CONHEÇO, outrossim, da alegação de precariedade da acusação. O Processo DRT/1- 20749/91 trazido como paradigma tratou de situação fática diversa - multa em operação acobertada por documento inábil. Demais disso, não se pode falar em critério de julgamento quando as decisões contrastadas se ativeram a provas concretas existentes nos respectivos processos.



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT/7 - 579959/06

RECURSO
ESPECIAL

10. NÃO CONHEÇO do recurso no que se refere à preliminar de decadência. Tal argumento expendido no recurso que ora se examina não foi enfrentado pela decisão recorrida por ausência de prequestionamento. Não houve debate e decisão prévios sobre a alegada ocorrência de decadência. Demais disso, no caso, a Fazenda do Estado estava liberada para constituir o crédito tributário em setembro de 2006 relativamente ao ICMS apropriado após outubro de 2001.

11. Quanto à questão de fundo, presente a divergência de critério de julgamento, CONHEÇO do recurso.

12. O reclamo recursal, todavia, 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 incluem, por óbvio, a outorga de créditos presumidos, categoria esta na qual se encaixa o artigo 75, V, do Decreto 38.104/96, do Estado de Minas Gerais.

13. 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.

14. 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. Às 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.

15. Havendo dispositivo expresso, art. 8º, I, da Lei Complementar 24/75 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.

16. Deixa-se, assim, de acolher a alegação de ilegitimidade passiva. A acusação feita pelo fisco contra a recorrente está assentada em documentos e provas que não deixam dúvidas quanto à ocorrência do ilícito, o lançamento de créditos fiscais à revelia da legislação.



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT/7 - 579959/06

RECURSO
ESPECIAL

17. 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).

18. Quanto à tese da recorrente 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.

19. Por todo o exposto , afasto as preliminares relativas a cerceamento de defesa e decadência e não conheço do recurso na parte em que se alega precariedade de acusação . Quanto ao mérito, o recurso é conhecido e desprovido .

Plenário Antonio Pinto da Silva, em 01/09/2009


EGLE PRANDINI MACIOTTA
Relatora



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO N.º
DRT-7-579959/2006

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

RECORRENTE	BERTIN LTDA		
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO		
RELATOR (A)	EGLÉ PRANDINI MACIOTTA	AIIM	3.058.530-2
VOTO VISTA: VANESSA PEREIRA RODRIGUES DOMENE			
EMENTA			
<p>ICMS. CRÉDITO INDEVIDO DE IMPOSTO NÃO COBRADO EM OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS DE ESTABELECIMENTO SITUADO EM MINAS GERAIS, DECORRENTE DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO FISCAL NÃO AUTORIZADO PELO CONFAZ.</p> <p>RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.</p>			

VOTO VISTA

Pedi vista dos autos porque uma das questões objeto do Recurso Especial interposto pela empresa atuada diz respeito à possibilidade de afastamento das infrações imputadas à empresa (concernentes ao creditamento indevido do imposto) em razão da existência, quando da lavratura do auto de infração, de saldo credor de ICMS.

Pedi vista dos autos para que melhor pudesse analisar as questões ora suscitadas, quais sejam, o creditamento indevido de ICMS baseado em documentos fiscais emitidos por estabelecimentos da mesma titularidade (transferência) localizados no Minas Gerais (beneficiário de incentivo fiscal sem prévia autorização do CONFAZ), e ainda, da existência de saldo credor. Passo ao julgamento.

Inicialmente, com relação à existência de saldo credor, ressalvado meu posicionamento pessoal acerca da matéria, acato o posicionamento já definido por esta Câmara Superior, no sentido de negar provimento às alegações do Recorrente.

No mais, quanto ao mérito propriamente dito, 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 Minas Gerais) revistam-se de possível ilegalidade e inconstitucionalidade, entendo que não cabe ao Estado "prejudicado" a glosa



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO N.º
DRT-7-579959/2006

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

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 a 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 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.



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO N.º
DRT-7-579959/2006

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

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:

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;

...”



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO N.º
DRT-7-579959/2006

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

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.

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:



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO N.º
DRT-7-579959/2006

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

(...)

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.

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.



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

CAMARA
 SUPERIOR

PROCESSO N.º
 DRT-7-579959/2006

RECURSO
 RECURSO ESPECIAL

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:

“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).

(...)



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO N.º
DRT-7-579959/2006

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

§ 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 Allim 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 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.



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO N.º
DRT-7-579959/2006

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

Face ao exposto, sou pelo integral 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

3

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 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 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 receptor 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.

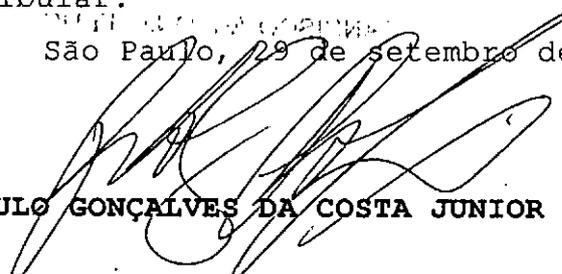
No entanto, e ainda com a devida vênua, a recorrida deseja creditar-se de algo que não pagou, isto é, quer creditar-se no valor destacado na nota, não sendo este o valor efetivamente pago a título de ICMS na origem.

(...)

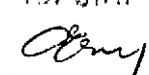
O princípio da não-cumulatividade permite o crédito apenas do que efetivamente recolhido na operação anterior e até mesmo o Supremo Tribunal Federal já consagrou a impossibilidade do creditamento pretendido, como se vê no Agravo 143.910-6/SP."

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.

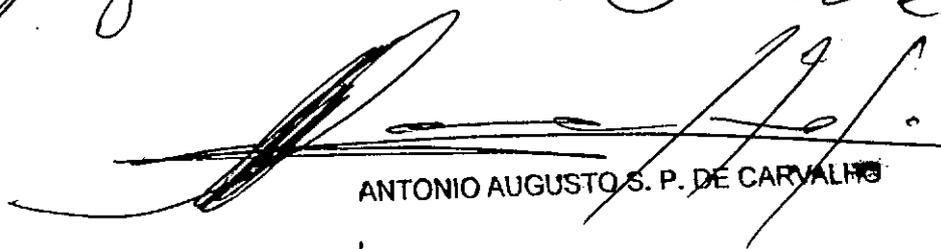
São Paulo, 29 de setembro de 2009


PAULO GONÇALVES DA COSTA JUNIOR

Leitura meu voto de fls.

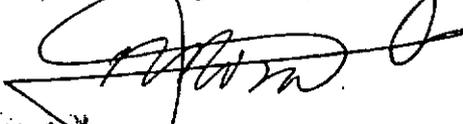

EGLE PRANDINI MACIOTTA

*Endosso o voto proferido pela
S. Juíza Vanessa Damasceno*

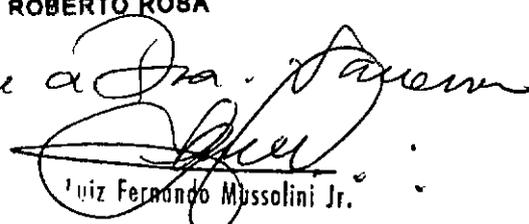

ANTONIO AUGUSTO S. P. DE CARVALHO


AUGUSTO TOSCANO

Com a Dra. Egle.


ROBERTO ROSA

Com a Dra. Damasceno


Luiz Fernando Mussolini Jr.

Com a Dra Egler, relatora
Gianpaolo Camilo Dringoli
Gianpaolo Camilo
Dringoli

Com a Dra. Egler
Francisco Antonio Feijó
FRANCISCO ANTONIO FEIJÓ

Vicente do Carmo Sapienza
VICENTE DO CARMO SAPIENZA

Com Dra. Egler
Fernando Moraes Sallaberry
Fernando Moraes Sallaberry

Com a Dra. Egler
Celso Barbosa Julian
CELSO BARBOSA JULIAN

João Carceles
JOÃO CARCELES

Com a Dra. Egler
Olga Maria de Castilho Arruda
Olga Maria de Castilho Arruda

Com a Dra. Egler
José Paulo Neves
JOSE PAULO NEVES
Presidente



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

Página: 10
Data: 30/09/2009
Hora: 16:32:12
DAP383R

Sessão: 29/09/2009

Processo: DRT-07-579959/2006 - AIIM 3058530-2
Protocolo GDOC: 76117-579959/2006

Câmara: Superior

Recorrente: Bertin Ltda - Ie: 419012300116
Recorrida: Fazenda Pública Do Estado
Relator: Egle Prandini Maciotta
Recurso: Especial
Advogados: Fernando Dantas Casillo Gonçalves

Ementa: ICMS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS, EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS, CUJO REMETENTE ESTÁ BENEFICIADO POR INCENTIVOS FISCAIS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELO ESTADO DE ORIGEM. CRÉDITO INDEVIDO 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. Preliminar de cerceamento de defesa afastada. É pacífico o entendimento de que o órgão julgador não se posta subjugado da parte, submisso a seus caprichos ou obrigado a responder a todas as questões postas no recurso quando a decisão esteja instruída com argumentos e fundamentos suficientes para o desate da causa e para firmar, à luz do Direito, o entendimento prevalece. Não conheço da alegação de precariedade da acusação. O processo DRT/1-20749/91 trazido como paradigma tratou de situação fática diversa - multa em operação acobertada por documento inábil. Demais disso, não se pode falar em critério de julgamento quando as decisões contrastadas se ativeram a provas concretas existentes nos respectivos processos. Não conheço do recurso a que se refere à preliminar de decadência. Tal argumento expendido no recurso que ora se examina não foi enfrentado pela decisão recorrida por ausência de prequestionamento. Não houve debate e decisão prévios sobre a alegada ocorrência de decadência. Demais disso, no caso, a Fazenda do Estado estava liberada para constituir o crédito tributário em setembro de 2006, relativamente ao ICMS apropriado após outubro de 2001. Mérito - Recurso conhecido e desprovido. 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, ex vi do disposto pelos artigos 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da Constituição Federal, 1º, 2º, § 2º, e 8º, inciso I, da LC nº 24/1975.

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO, E NESTA PARTE NEGADO PROVIMENTO. DECISÃO NÃO UNÂNIME.

Decisão: Negado provimento. Decisão não unânime

Publicado em: 03 OUT 2009