

29/09/09

FLS.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARAS
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT- 7- 516722/06

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	BERTIN LTDA..					
RECORRIDO	FAZENDA PUBLICA					
RELATOR	Francisco A. Feijó	AIIM	3058047	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 8ª. C. Temporária, que negou provimento ao seu Recurso Ordinário (fls. 1754/1790), dela recorre a contribuinte com este ESPECIAL(fls. 1796/1822), protestando por sustentação oral(fls. 1822) e juntando paradigmas(fls. 1836/2234)..

Alega a recorrente que ocorreu nulidade na decisão recorrida e na de primeira instância, pois não se manifestaram sobre todos os argumentos apresentados.

As decisões não estariam fundamentadas, e não teriam apreciado importantes razões de defesa.

Indicou como paradigmas os Processos DRT- 7- 517079/06, DRT- 14- 869762/06, DRT- 7- 228584/05 e DRT- 1- 2224/93.

Alega ainda, a precariedade da acusação, destacando que o AIIM deveria ter sido anulado, pois estaria baseado em levantamento fiscal que teria omitido fatos, como a não apuração das glosas de créditos nos pedidos de crédito acumulado, a opção pelo lucro presumido, a não consideração do crédito renunciado no estado de origem, ao considerar ilegal e inconstitucional o incentivo concedido, indicando como paradigma, o processo DRT- 1- 20749/91.

Alegou decadência do direito da Fazenda Publica em constituir o crédito, pois entende aplicável a regra do artigo 150, parágrafo 4, do CTN e não a do artigo 173, inciso I, indicando como aresto o Proc. DRTC III- 282778/03.

No Mérito entende a recorrente que teria direito aos créditos em razão do principio



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARAS
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT- 7- 516722/06

RECURSO
ESPECIAL

da não cumulatividade e que não haveria provas de que o estabelecimento remetente das mercadorias teria se aproveitado do benefício fiscal e acrescenta que a discussão sobre a guerra fiscal, deveria ser decidida pelo STF, não possuindo o órgão administrativo competência para tal e deveria a contribuinte ser intimada previamente para eventual estorno dos créditos, indicou paradigmas os Processos DRT- 06- 339052/04, DRT- 9- 119719/07 e DRT- 10- 251401/05.

A D. R. Fiscal em contra razões, afasta a argüição de nulidade das decisões de primeira instância e do ordinário, por não terem, no entender da recorrente apreciado todos os fatos relevantes apresentados, afirmando que não é obrigado o juiz a se pronunciar sobre todos os fatos alegados, quando já estiver convencido de sua decisão.

Cita que o voto de primeira instância esgotou o tema em 12 laudas e o voto ordinário, em 32 laudas, tendo se manifestado fundamentadamente sobre tudo que de importante foi alegado pela recorrente.

Cita ementas de decisões a respeito do assunto.

Quanto a alegada precariedade da acusação e o cancelamento do AIIM, o paradigma indicado, no entender da D. R. Fiscal não se presta ao caso, pois trata de situação diferente da discutida nestes autos e fundamentou-se nas provas contidas naqueles autos.

Quanto a decadência, entende que a recorrente não demonstrou de forma clara quais seriam as divergências específicas que existiriam entre a decisão recorrida e os supostos paradigmas e além disso, acrescenta a D. R., Fiscal, esse aresto não se presta pois a situação dos autos é diversa, nele não se discute guerra fiscal.

Quanto ao mérito, conhece do recurso, entretanto, é pelo não provimento do mesmo, com base no voto condutor do ordinário, que transcreve, referindo-se ao Comunicado CAT 36/04, e acrescenta que os benefícios fiscais concedidos pelo Estado do Mato Grosso do Sul, são irregulares e não podem ser reconhecidos, não havendo que se falar em inconstitucionalidade ou ilegalidade do Comunicado CAT 36/04.



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

CÂMARAS
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT-7-516722/06

RECURSO
ESPECIAL

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

São Paulo,

Francisco Antonio Feijó
Relator

01/09/05
[Assinatura]

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
CÂMARA SUPERIOR
SUSTENTAÇÃO ORAL

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

SALA DAS SÊSSÕES, em 01/09/2008

NOME: Severino Dantas Gonçalves

DOC. IDENTIFICAÇÃO: 003 147935


SECRETÁRIO
Olga Maria de Castilho Arruda

Olga Maria de Castilho Arruda



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARAS
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT- 7- 516722/06

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	BERTIN LTDA..					
RECORRIDO	FAZENDA PUBLICA					
RELATOR	Francisco A. Feijó	AIIM	3058047	S. ORAL	SIM	X

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 Mato Grosso do Sul), 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 nulidade da decisão, por não apreciação de todos os fatos apontados, afastada, entendimento pacificado de que estando o juiz em condições de julgar, não existe necessidade de abordar todos os temas apresentados. Preliminar de precariedade da acusação, afastada, as provas estão nos autos e permitiram a recorrente formular sua defesa, apresentar sua defesa. 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.

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, por essa razão passo ao voto.

DECISÃO

A recorrente levanta preliminar de nulidade da decisão recorrida e da que foi lançada pelo Julgador Singular, pois em seu entender, não teriam apreciado todos os argumentos expostos, o que teria ocasionado o cerceamento de sua defesa.

Alega que essas decisões, não estariam fundamentadas suficientemente para afastar a validade de importantes razões de defesa e, em suporte de seu inconformismo, cita decisões lançadas nos Processos DRT- 7- 517079/06, DRT- 14- 869762/06 DRT-7- 228584/06 e DRT-1- 2224/93.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARAS
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT- 7- 516722/06

RECURSO
ESPECIAL

A respeito está pacificado neste E. TIT e no judiciário, o entendimento de que estando o julgador suficientemente convencido dos fatos e em condições de julgar, não tem necessidade de apreciar tudo aquilo que for colocado pelas partes. Inclusive este é o entendimento lançado no processo DRT- 6- 3107/98 e recentemente nos Processos DRT- 05-12745/93 e DRTC-1- 170143/03, por tudo isto, afasto essa preliminar..

Aprecio a segunda preliminar de precariedade da acusação.

A recorrente alega que o auto de infração deveria ser cancelado porque foi feito com base em um levantamento fiscal o que diverge do que foi entendido no Processo DRT- 1- 20749/91.

Ocorre que cada caso é um caso, e a questão fática discutida no processo citado como paradigma, não guarda nenhuma relação com o discutido nestes autos como se lê da transcrição feita pela D. R. Fiscal (fls. 2238), afasto em consequência esta preliminar.

A recorrente discute a questão da decadência, entendendo aplicável ao caso a contagem de prazo pelo artigo 150 e não pelo 173 do CTN, indicando como paradigma o aresto no Processo DRTC-III- 282778/03.

Idêntico entendimento vem sendo pacificado nesta Câmara Superior, por essa razão, conheço , do recurso quanto a decadência..

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
Relator

01/09/09

A pedido, dou vista do processo ao Sr.

Vanessa Pereira Rodrigues

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

ficando adiado o pagamento.

Câmara Superior em 04/09/2009

[Assinatura]



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO N.º
DRTC-7-516722/2006

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

RECORRENTE	BERTIN LTDA		
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO		
RELATOR (A)	FRANCISCO ANTONIO FEIJÓ	AIIM	3.058.047-0
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 MATO GROSSO DO SUL, DECORRENTE DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO FISCAL NÃO AUTORIZADO PELO CONFAZ.</p> <p>- RECURSO PROVIDO EM RAZÃO DA EXTINÇÃO DE PARTE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PELA DECADÊNCIA E NO MAIS, PELA LEGITIMIDADE DO CRÉDITO TRANSFERIDO.</p>			

VOTO VISTA

Pedi vista dos autos para que melhor pudesse analisar as questões ora suscitadas. Passo a julgamento.

Acompanho o voto do i. juiz relator para não acatar as preliminares suscitadas pelo Recorrente.

Com relação à decadência, este E. Tribunal já decidiu, em diversas outras oportunidades, pela aplicação do art. 150, § 4º, do CTN para a contagem do prazo decadencial, afastando, assim, a aplicação do art. 173, I, do mesmo diploma legal.

Isso porque, o ICMS é tributo lançado por homologação, onde o prazo da decadência inicia-se a partir da ocorrência do fato gerador e termina quando da ciência do contribuinte do lançamento para a constituição do crédito tributário, conforme 150, § 4º. do Código Tributário Nacional.

Por sua vez, a constituição do crédito tributário ocorre somente com a formalização do lançamento tributário (AIIM) e só produzirá efeitos a partir da efetiva ciência ao contribuinte da obrigação tributária, em consonância com o artigo 142 do CTN.

Logo, parte do presente auto de infração encontra-se decaído.

No mais, quanto ao mérito, 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.



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

CAMARA
 SUPERIOR

PROCESSO N.º
 DRTC-7-516722/2006

RECURSO
 RECURSO ESPECIAL

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

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

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

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

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

Ora, se o contribuinte efetuou o destaque nos documentos fiscais, o crédito de origem mostra-se completamente ilegal 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



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

CÂMARA
 SUPERIOR

PROCESSO N.º
 DRTC-7-516722/2006

RECURSO
 RECURSO ESPECIAL

adequada solução para a contenda.

Abaixo, a ementa da decisão:

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

A seguir, alguns trechos do acórdão:

“...

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

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

...”

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

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

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;

...”

Cumpre mencionar, ainda, o usual argumento utilizado pelo Fisco no sentido de



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO N.º
DRTC-7-516722/2006

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

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.

Inferre-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
 DRTC-7-516722/2006

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 recebedor 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 recebedor 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
 DRTC-7-516722/2006

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 AlIM 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).

(...)

§ 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



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO N.º
DRTC-7-516722/2006

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

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 AIIIM 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.

Face ao exposto, sou pelo integral provimento do RECURSO ESPECIAL para:

- (i) Reconhecer a decadência referente aos períodos objeto das transferências ocorridas além do prazo dos cinco anos, contados nos termos do estabelecido no artigo 150, parágrafo 4º do CTN, *mas especificamente dos NF ul acimados às Jcs. 32, datados de 29/08/2002, com numeração até 18.694.*
- (ii) No mérito, sob o fundamento de que, da mesma forma que não cabe a instituição de benefícios fiscais unilaterais por parte dos Estados, não



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

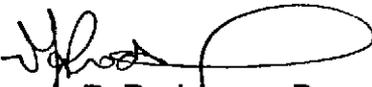
CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO N.º
DRTC-7-516722/2006

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

cabe ao Estado "prejudicado" extirpar do ordenamento jurídico, unilateralmente, norma presumivelmente legal, válida e eficaz. Caso assim não seja o posicionamento dos meus nobres pares, dou parcialmente provimento ao recurso para que seja reduzido o crédito tributário formalizado, pois este deve traduzir, a favor do Estado de São Paulo, apenas a diferença apurada nas operações, e não a integralidade dos créditos renunciados pelos Estados que concederam o benefício.

Plenário, 29 de setembro de 2009.


Vanessa P. Rodrigues Domene
Juíza com vista

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II - Agravo não provido." (g.n.)

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

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

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

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

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

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

Ainda e mais, seria impor ao Estado de São Paulo, além do prejuízo 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 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 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."

Com a dívida vinda dos que pensam
de forma diversa, mas há falha em
decaência, portanto a data a
se considerar para a apropriação
do crédito indevido é o último dia do
período de apuração. Assim nos termos
do decurso do prazo de cinco anos de
que trata o § 4º do artigo 150 do CTN.
Portanto, acompanho o voto do Sr. Fajó, excet-
no que se refere a decaência que nos
se configurou. *Giampaolo Camilo Dringol*

Endosso o voto proferido
pela Sr. Juíza Vanessa Demucel.

[Signature]
ANTONIO AUGUSTO S. P. DE CARVALHO

[Signature]
AUGUSTO TOSCANO

Como Sr. Paulo Gonçalves
[Signature]
JOSÉ ROBERTO ROSA

Como Sr. Sauer
[Signature]
Luiz Fernando Mussolini Jr.



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

FOLHA Nº

CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº

Com o dr. Stingoli

Egle Prandini Maciotta
EGLE PRANDINI MACIOTTA

Vicente do Carmo Sapienza
VICENTE DO CARMO SAPIENZA

Com Dr. Paulo, disp, com Dr. Feijó

Fernando Moraes Sallaberger
Fernando Moraes Sallaberger

Com o Dr. Feijó.

Celso Barbosa Julian
CELSO BARBOSA JULIAN

João Arcelus
JOÃO ARCELES

Com o Dr. Feijó

Olga Maria de Castilho Arruda
Olga Maria de Castilho Arruda

Com o Dr. Feijó.

José Paulo Neves
JOSÉ PAULO NEVES
Presidente



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

Página: 9
Data: 30/09/2009
Hora: 16:32:12
DAP383R

Sessão: 29/09/2009

Processo: DRT-07-516722/2006 - AIIM 3058047-0
Protocolo GDOC: 76117-516722/2006

Câmara: Superior

Recorrente: Bertin Ltda - Ie: 419012300116
Recorrida: Fazenda Pública Do Estado
Relator: Francisco Antonio Feijó
Recurso: Especial
Advogados: Fernando Dantas Casillo Gonçalves

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 MATO GROSSO DO SUL), 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 nulidade da decisão, por não apreciação de todos os fatos apontados, afastada, entendimento pacificado de que estando o juiz em condições de julgar, não existe necessidade de abordar todos os temas apresentados. Preliminar de precariedade da acusação, afastada, as provas estão nos autos e permitiram a recorrente formular sua defesa, apresentar sua defesa.

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, ou seja, notas numeradas até número 18.694, datadas de 29/08/2001, mantendo no mais a decisão recorrida que negou provimento ao recurso da contribuinte.

RECURSO CONHECIDO. PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO NÃO UNÂNIME

Decisão: Provido parcialmente. Decisão não unânime

Publicado em:

03 OUT 2009