



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT-3-829692/09

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	EMBAHIA IND. E COM. DE PLÁSTICOS LTDA.			
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA			
RELATOR	José Roberto Rosa	AIIM	S. ORAL	SIM
ICMS				
ASSUNTO – SUB-ASSUNTO – ICMS – Crédito indevido referente recebimento de transferência de mercadorias oriundas de estabelecimento do mesmo contribuinte situado em outra unidade da Federação, que recebeu vantagem econômica decorrente de benefício fiscal concedido sem autorização do Confaz e, portanto, sem respaldo nas regras Constitucionais.				
MÉRITO				
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO		CAPITULAÇÃO DA MULTA		

RELATÓRIO:

1 – Cuida-se de Recurso Especial interposto pelo contribuinte contra decisão exarada pela C. 10ª Câmara Julgadora (fls. 407 a 419-verso) que, em 30 de agosto de 2011, negou provimento ao recurso ordinário do contribuinte.

2 – O Auto de Infração foi lavrado em 3124271-6, acusando a empresa de: Crédito indevido referente recebimento de transferência de mercadorias oriundas de estabelecimento do mesmo contribuinte situado em outra unidade federativa, que recebeu vantagem econômica decorrente de benefício fiscal concedido sem autorização do Confaz e, portanto, sem respaldo nas regras Constitucionais;

3 – Em seu Recurso (fls.423 a 433), alega a R.:

- que o direito ao crédito decorre do princípio constitucional da não-cumulatividade;
- que ao Fisco paulista falece competência para impugnar a concessão de incentivos de outros Estados, devendo o Estado buscar o remédio competente, ou seja, a interposição de Adin junto ao Supremo Tribunal Federal;
- que o creditamento não nasce do pagamento anterior, mas sim da



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

**CAMARA
SUPERIOR**

**PROCESSO Nº
DRT-3-829692/09**

**RECURSO
ESPECIAL**

incidência jurídica do tributo;

- que eventuais questionamentos fiscais deveriam necessariamente ocorrer entre o Estado de origem e de destino;
- que decisões deste TIT corroboram a tese do contribuinte;

4 – A d. Representação Fiscal se manifesta, na pena da i. Dr^a. Cilene Mitsuko Nakatu Pereira (fls. 499 a 507) aduzindo que, quanto ao mérito do AIIIM, o pleito do contribuinte pode ser conhecido, mas que bem andou a decisão recorrida ao negar provimento ao recurso do contribuinte, conforme a manifestação da Representação Fiscal em sede de recurso ordinário que ratifica.

5 – Há protesto por sustentação oral, devendo ser tomadas as providências de praxe.

Sala das Sessões, 13 de março de 2012

JOSÉ ROBERTO ROSA – Juiz Relator

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
CÂMARA SUPERIOR
SUSTENTAÇÃO ORAL

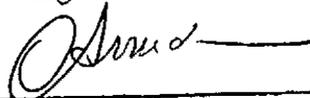
CERTIFICO que o interessado NÃO
compareceu à Sessão de hoje desta Câmara.

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

SALA DAS SESSÕES, em 29 10 31 2012

NOME: Isabel Garcia C. Fonseca

DOC. IDENTIFICAÇÃO: 043-SP 234288



SECRETÁRIO

C. CAMARIA DE CASTILHO ARRUDA



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

**CAMARA
 SUPERIOR**

**PROCESSO Nº
 DRT-3-829692/09**

**RECURSO
 ESPECIAL**

Nas data aprezada, foi aberta à autuada a possibilidade para a sustentação oral pleiteada.

Dou por encerrado o Relatório e passo ao **VOTO**:

EMENTA - ICMS – Crédito indevido referente recebimento em transferência de mercadorias oriundas de estabelecimento do mesmo contribuinte situado em outra unidade da Federação, que recebeu vantagem econômica decorrente de benefício fiscal concedido sem autorização do Confaz e, portanto, sem respaldo nas regras Constitucionais. Conheço e nego provimento – a glosa de crédito de parcela do imposto destacado em documento fiscal oriundo de outra unidade federativa, relativo a benefício fiscal concedido à revelia do Confaz tem respaldo na lei paulista e no artigo 8º da LC 24/75, combinado com o artigo 155, §2º, XII, “g” da Constituição Federal. Conheço e nego provimento.

1 – Trata-se de mais uma autuação referente à chamada “Guerra Fiscal” com a glosa de créditos pelo Fisco paulista concernente a benefícios concedidos por outras unidades federativas, sem respaldo em convênios do Confaz. Há paradigma apto ao conhecimento. **Conheço do apelo do contribuinte.**

2 – Analisemos o mérito da acusação - **Crédito indevido referente recebimento de transferência de mercadorias oriundas de estabelecimento do mesmo contribuinte situado em outra unidade federativa, que recebeu vantagem econômica decorrente de benefício fiscal concedido sem autorização do Confaz e, portanto, sem respaldo nas regras Constitucionais.**

3 – A situação se insere no contexto da chamada “guerra fiscal” entre as unidades federativas brasileiras que buscam implantar diversos sistemas diferenciados de tributação para atrair investimentos e fomentar a sua economia.



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

**CAMARA
SUPERIOR**

**PROCESSO Nº
DRT-3-829692/09**

**RECURSO
ESPECIAL**

4 – No caso dos autos, foi concedido o benefício fiscal em flagrante contrariedade ao ordenamento jurídico do ICMS, afrontando a Constituição e a Lei complementar 24/75.

5 – Relembremos as prescrições do ordenamento jurídico:

“Art. 155 - ...

§ 2º - o imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

...

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.” (Constituição Federal)

6 – Como sabemos, a Lei Complementar 24/75, cumprindo a ordem da Constituição definiu que a concessão de créditos presumidos e quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais concedidos com base do Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta do respectivo ônus, *“serão concedidos ou revogados nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei”* (art. 1º LC 24/75).

7 – É inegável que o crédito outorgado pela outra unidade federativa às operações de transferência de mercadorias para estabelecimentos da mesma empresa situadas no Estado de São Paulo configura um benefício fiscal concedido ao arrepio da previsão constitucional e da Lei Complementar 24/75.

8 – Nesse sentido, entra em cena a previsão da mesma Lei Complementar que diz:

“Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:

I – a nulidade do ato e 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 a remissão do débito



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

CAMARA
 SUPERIOR

PROCESSO Nº
 DRT-3-829692/09

RECURSO
 ESPECIAL

correspondente." (LC 24/75)

9- Com todo o respeito aos que pensam em contrário, não vejo que neste caso a LC 24/75 estaria se imiscuindo indevidamente em restrições ao princípio da não-cumulatividade. Ora, é determinação da Constituição Federal que cabe à lei complementar **"disciplinar o regime de compensação do imposto"** (art. 155, § 2º, XII, "c"). Ao mesmo tempo, também cabe à lei complementar, pelo mesmo texto, **"regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados"** (art. 155, § 2º, XII, "g"). Dessa forma, disciplinando o regime de compensação do ICMS, diz a lei complementar que nesse regime de compensação não será aceito valor referente a benefício fiscal que não seja concedido mediante deliberação dos Estados, na forma prescrita em lei complementar. Ou seja, não será aceito como crédito valor referente a benefício concedido em desacordo com a própria Constituição Federal. A Lei 24/75, como lei complementar que é, tinha todo o direito e respaldo Constitucional para dizer o que disse. Regulou a forma de concessão dos benefícios e apontou a consequência no regime de compensação para os benefícios espúrios.

10 - Diz a Lei paulista:

"Art. 36 - ...

...

§ 3º - Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente de 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" (Lei 6374/89).

11 - Tal dispositivo é reproduzido no artigo 56, § 2º do Regulamento do ICMS/91, devidamente indicado na autuação. Assim, a vedação está expressa na legislação paulista, coerente com a Lei complementar e a Constituição Federal. Porém, a R. entende que o Estado de São Paulo não pode desconsiderar a lei da outra unidade federativa que confere o



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

**CAMARA
 SUPERIOR**

**PROCESSO Nº
 DRT-3-829692/09**

**RECURSO
 ESPECIAL**

crédito, devendo, em vez de glosar o crédito do destinatário, por auto de infração, ingressar, antes, com ação de inconstitucionalidade no foro competente, ou seja o Supremo Tribunal Federal. No dizer dos que assim pensam, São Paulo glosando ao crédito está, unilateralmente, se arvorando o direito de declarar uma lei de outro Estado inconstitucional.

12 – Com todo respeito, penso completamente diferente. A glosa do crédito está prevista na lei paulista, em respeito à Lei complementar e ao texto constitucional. A excrescência jurídica da lei distrital, afrontando a Lei complementar e a Constituição, não pode prevalecer em detrimento da lei paulista que seguiu as leis superiores, enquanto a outra as contrariou. É o que se depreende, inclusive, do princípio da legislação concorrente inserto no artigo 24 da Constituição Federal: em caso de inexistência de lei federal sobre normais gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena para atender as suas peculiaridades (art. 24, § 3º). Mas, *“a superveniência de lei federal sobre normais gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”* (art. 24, § 4º CF). Ora, no caso dos benefícios concedidos por unidades federativas sem respaldo do Confaz, já existia norma geral inserta em lei complementar e no próprio texto constitucional impedindo sua existência. A lei paulista vedando o crédito estava respaldada em lei complementar.

13 – **Ora, dirão, mas São Paulo somente poderia vedar o crédito depois de conseguir a declaração do STF sobre a inconstitucionalidade da lei da outra unidade, pois trata-se do mesmo imposto e, se houve um benefício indevido e uma cobrança a menor, é o outro Estado e não São Paulo o sujeito ativo desse imposto. Digo eu: não há problema algum, pois se um dia for cobrado do estabelecimento da outra unidade federativa o complemento do imposto ora cobrado a menor pelo outro Estado, o estabelecimento irá emitir nota fiscal complementar indicando o valor do imposto que então estará declarando e pagando àquela unidade e, aí então, o estabelecimento paulista poderá fazer o crédito complementar.**

14 – Isso, quando o imposto for cobrado efetivamente. Por ora, respeitando a Constituição, o estabelecimento paulista somente poderá se creditar do imposto cobrado na operação anterior. Se um dia a diferença se tornar “imposto cobrado”, o ordenamento jurídico do ICMS prevê como



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

**CAMARA
SUPERIOR**

**PROCESSO Nº
DRT-3-829692/09**

**RECURSO
ESPECIAL**

se regulariza a situação: o estabelecimento fornecedor emite nota fiscal complementar referente ao valor do imposto e, mediante tal documento, o destinatário se credita da diferença.

15 – Quanto à alegação de que São Paulo estaria aplicando retroativamente o Comunicado CAT-36, que só surgiu em 2004, não acolho, pois não é comunicado que torna o crédito ilegítimo, mas seu vício de origem, sendo que a glosa tem respaldo no texto da lei paulista – art. 36, § 3º da Lei 6374/89, e não no Comunicado.

16 – Acho desnecessário discutir sobre se o destinatário tinha consciência de que o imposto não estava sendo cobrado na totalidade na origem, ainda mais que, no caso dos autos, trata-se de filiais da mesma empresa.

17 – Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso especial do contribuinte, mantendo a ação fiscal.

Plenário Antonio Pinto da Silva, 29 de março de

[Handwritten signature]
JOSÉ ROBERTO ROSA – Juiz Relator

Forte na r. decisão que, por cópia, está às fls. 442-494, dou provimento ao recurso, declarando cancelado o AITM.

[Handwritten signature]
Antonio Augusto S.P. de Carvalho

Cacilda Peixoto
Cacilda Peixoto

Vicente do Carmo Sapienza
VICENTE DO CARMO SAPIENZA

Com Dr. Rosa

Fernando Moraes Sallaberry
FERNANDO MORAES SALLABERRY

Com Dr. Antonio Augusto

Vanessa P. Rodrigues Domene
Vanessa P. Rodrigues Domene

Com o Dr. Rosa.

Eduardo Henriques
Eduardo Henriques

Com o Dr. Antonio Augusto

Eduardo Perez Salusse
EDUARDO PEREZ SALUSSE

Com o Dr. Rosa

Augusto Toscano

AUGUSTO TOSCANO

Com o Dr. Antonio Augusto

Luiz Fernando Mussolini Jr.
Luiz Fernando Mussolini Jr.

Gianpiero Camillo Dingoli
Gianpiero Camillo
Dingoli

Com o Dr. Jon Roberto Rosa

Sylvio Cesar Afonso
SYLVIO CÉSAR AFONSO



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

FOLHA Nº

CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DET-03-829692/09

FRANCISCO ANTONIO FELJÓ

EGLE GRANDINI MACIOTTA

Olga Maria de Castilho Arruda

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

JOSÉ PAULO NEVES
Presidente