



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA 29 2ª T. V. A.	PROCESSO NÚMERO DRT-9 - 942531/2006	RECURSO RECURSO ORDINÁRIO
--------------------------	--	------------------------------

RECORRENTE	NESTLÉ BRASIL LTDA				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO				
RELATOR	FERNANDO DE SOUZA CARVALHO	AIIM	3.065.430	S. ORAL	NÃO
EMENTA					
<p>ICMS. MÉRITO CRÉDITO DO ICMS INDEVIDO EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS (TRANSFERÊNCIAS) DAS FILIAIS DO ESTADO DE GOIÁS, DAS CIDADES DE GOIÂNIA, JATAÍ E RIALMA. BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO UNILATERALMENTE. AUSÊNCIA DA DELIBERAÇÃO DO CONFAZ. CONHEÇO DO RECURSO E NEGO PROVIMENTO.</p>					
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA		
ARTIGO 59, PARÁGRAFO 2º, E ARTIGO 61 DO RICMS (APROVADO PELO DECRETO 45.490/2000)			ARTIGO 527, INCISO II, ALÍNEA "J" DO RICMS (APROVADO PELO DECRETO 45.590/2000)		

RELATÓRIO

1 - Trata-se de **Recurso Ordinário** (documentos de folhas 895 a 917) interposto tempestivamente em face de decisão de 1ª instância administrativa que julgou **procedente o AIIM exordial**, mantendo o débito fiscal ali destacado.

1.1 - Do Auto de Infração e Imposição de Multa - Relato (documentos de folhas 01 a 852)

1.1.1 - INFRAÇÕES RELATIVAS AO CRÉDITO DO IMPOSTO

1.1.1.1 - Lavrado em 27/DEZ/2006 o AIIM número 3.065.430-0 referente ao crédito indevido correspondente ao total da diferença entre o imposto destacado nos documentos fiscais, emitidos pelas filiais do Estado de Goiás, das cidades de Goiânia, Jataí e Rialma, de entrada de mercadoria no estabelecimento e o efetivamente pago ao Estado de origem - Goiás, nas operações nos meses de JAN/2002 a DEZ/2002.



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

CÂMARA
<i>2ª Câmara</i>

PROCESSO NÚMERO
DRT-9 - 942531/2006

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

1.2 - Da Defesa apresentada pela autuada NESTLÉ BRASIL LTDA (documentos de folhas 855 a 878)

A recorrente ingressou em 26/JAN/2007, dentro do prazo regulamentar, com Defesa assinada por procurador legalmente habilitado, em síntese arguiu que:

1.2.1 - "...o Fisco Paulista entende que a Impugnante ao receber mercadorias, cuja tributação é beneficiada em Goiás, não pode creditar-se do imposto que não foi pago àquele Estado..." (documento de folha 856).

1.2.2 - "...tem o Fisco Paulista competência para exigir valor decorrente de crédito outorgado conferido e tomado no Estado de Goiás..." (documento de folha 856).

1.2.3 - "...as mercadorias remetidas à Impugnante foram devidamente tributadas pelo ICMS à alíquota de 12%, conforme atestam as notas fiscais juntadas pelo Fisco ao Auto, e o crédito do Imposto também o foi aproveitado pela Impugnante..." (documentos de folhas 856 e 857).

1.2.4 - "...o estabelecimento da Impugnante, portanto, recebeu mercadorias cuja tributação é de 12%, como estabelecido por resolução do Senado Federal, nas operações interestaduais - remessa de Goiás para São Paulo, e creditou-se do valor do Imposto destacado na Nota Fiscal..." (documento de folha 857).

1.2.5 - "...o que se verifica é que foram beneficiadas pelo crédito outorgado as empresas que venderam seus produtos à Impugnante, e o referido benefício foi apurado e tomado junto ao Estado de Goiás, não produzindo qualquer consequência ou relevância para o Fisco Paulista..." (documento de folha 857)

1.2.6 - "...o legislador constitucional ao dispor acerca do ICMS determinou que esse imposto é de competência Estadual, diante do que, cada Estado cuidará de dispor e legislar acerca do referido imposto..." (documento de folha 858).

1.3 - Do julgamento de 1ª Instância da DTJ-3-Bauru (documentos de folhas 882 a 888)

A competente DTJ-3-UJ-Bauru julgou em 27/MAR/2007 e manifestou-se: "...PROCEDENTE o auto de Infração nº 3.065.430-0, de 27/12/2006..." (documento de



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

CÂMARA
<i>2ª Turma</i>

PROCESSO NÚMERO
DRT-9 - 942531/2006

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

folha 888).

**1.4 - Do Recurso Ordinário apresentado pela autuada NESTLÉ BRASIL LTDA -
Tribunal de Impostos e Taxas (documentos de folhas 895 a 917)**

A recorrente ingressou em 25/ABR/2007, dentro do prazo regulamentar, com Recurso Ordinário, assinado por procurador legalmente habilitado, em síntese arguiu que:

1.4.1 - "...as mercadorias remetidas à Recorrente foram devidamente tributadas pelo ICMS à alíquota de 12%, conforme atestam as notas fiscais juntadas pelo Fisco a ao Auto de Infração, dessa forma, o crédito do Imposto foi aproveitado pela Recorrente, tal qual lhe faculta a legislação constitucional, e bem assim, a legislação paulista..." (documento de folha 897).

1.4.2 - "...não há na legislação paulista qualquer vedação a esse crédito..." (documento de folha 897).

1.4.3 - "...o que pretende o Fisco Paulista é exigir da Recorrente imposto que, se fosse devido, seria ao Estado de Goiás, pela empresa fornecedora da Recorrente, eis que foi aquele Estado que concedeu o benefício de crédito outorgado àquelas empresas..." (documento de folha 898).

1.4.4 - "...que se fosse realmente admitida a hipótese de anulação do benefício de crédito outorgado concedido pelo Estado de Goiás às empresas remetentes, somente aquele Estado é que seria credor das referidas Unidades, não havendo que se falar na existência de qualquer crédito por parte do Fisco Paulista perante a Recorrente..." (documento de folha 898).

1.4.5 - "...o crédito outorgado in casu não tem qualquer efeito para o estabelecimento receptor da mercadoria, eis que aquele crédito é apurado e aproveitado exclusivamente no Estado de Goiás, pelo estabelecimento remetente localizado naquele Estado..." (documento de folha 899).

1.4.6 - "...resta evidente que não compete ao Fisco Paulista exigir da Recorrente crédito do qual o Estado de São Paulo sequer é titular..." (documento de folha 900).



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

CAMARA <i>[assinatura]</i>

PROCESSO NÚMERO DRT-9 - 942531/2006

RECURSO RECURSO ORDINÁRIO

1.5 - Da manifestação da Representação Fiscal Regional-1-São Paulo

(documentos de folhas 920 a 937)

A competente RFR-1-São Paulo em 10/AGO/2007 manifestou-se: "...pelo NÃO PROVIMENTO do presente recurso, devendo ser mantida a decisão recorrida, por suas próprias e fundamentadas razões..." (documento de folha 937).

VOTO

1.6 - Versa o presente AIIM sobre matéria de conhecimento amplo dos pares, a conceituada guerra fiscal tramada entre os Estados da Federação, sem no entanto, contar com a anuência do CONFAZ.

1.7 - Os contribuintes remetentes, filiais estabelecidas no Estado de Goiás, nas cidades de Goiânia, Jataí e Rialma, gozam do benefício fiscal que autoriza ao remetente crédito equivalente à aplicação de 2% sobre o valor da operação correspondente nas saídas interestaduais promovidas por contribuinte industrial, conforme o disposto no inciso III, do artigo 11 do Anexo IX do RICMS de Goiás (Aprovado pelo Decreto número 4852/1997).

1.8 - Referido benefício fiscal concedido nos termos da legislação do Estado de Goiás não foi autorizado por convênio CONFAZ, em desacordo com a alínea "g" do inciso XII do parágrafo 2º do artigo 155 da Constituição Federal e correspondente Lei Complementar número 024 de 07/JAN/1975, que disciplina a matéria.

1.9 - O contribuinte recorrente efetuou crédito destacado no documento fiscal correspondente à aplicação da alíquota de 12% sobre a base de cálculo, porém, a operação teve em verdade a aplicação da alíquota de 10%, vez que o contribuinte remetente do Estado de Goiás efetuou um crédito outorgado de 2%.

1.10 - Ressalto o que sentenciar o artigo 59 do RICMS (Aprovado pelo Decreto número 45.490/2000):



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

CAMARA

PROCESSO NÚMERO

RECURSO

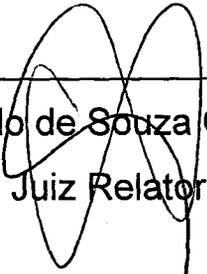
DRT-9 - 942531/2006

RECURSO ORDINÁRIO

1.11 - Assim, a não-cumulatividade do imposto se dá pela compensação do imposto anteriormente cobrado, não por sua alíquota anteriormente aplicada nem mesmo pelo imposto anteriormente destacado em documento fiscal.

1.12 - **CONHEÇO DO RECURSO ORDINÁRIO e NEGÓ PROVIMENTO**, devendo ser prestigiada a decisão de 1ª instância que concluiu pela exigência do débito fiscal.

São Paulo, 29 de MAIO de 2008



Fernando de Souza Carvalho
Juiz Relator

A pedido do ~~ou~~ vista do processo ao SR.

ROBERTO MATEUS ORDINI

pele prazo de 30 dias (art. 100, do R.I.)

ficando adiado o julgamento.

SALA DAS SESSÕES em, 29/05/08



Presidente

SÉRGIO APPROBATO MACHADO



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

FLS.

CÂMARA
2ª EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT 09 942531/06

RECURSO
Ordinário

RECORRENTE	NESTLE BRASIL LTDA				
RECORRIDO	FAZENDA PUBLICA ESTADUAL				
RELATOR	FERNANDO DE SOUZA CARVALHO	AIIM			
EMENTA					
CREDITO INDEVIDO DE ICMS – GUERRA FISCAL					
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA		

VOTO VISTA DO JUIZ ROBERTO MATEUS ORDINE

Solicitei vistas dos presentes autos, após o voto proferido pelo I. Juiz Relator, Dr. Fernando de Souza Carvalho, a quem rendo minhas homenagens por seu acurado espírito jurídico, por se tratar de matéria ligada a guerra fiscal, onde “vênia concessa” tenho entendimento diverso do douto Relator.

Na verdade, a matéria sob exame vai além da simples glosa de crédito, com base no disposto no art. 36, § 3º da Lei 6.374/89 e o Comunicado CAT 36/2004.

É preciso saber se as restrições normativas locais podem sobrepor-se ao princípio da não cumulatividade esculpido no art. 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal de 1988.

Com o devido respeito aos que entendem de forma diferente, entendo que o disposto em nossa Carta Magna deve prevalecer sobre as normas locais, consoante já se manifestou a nossa Suprema Corte em várias oportunidades, como se pode verificar no trecho do voto contido na Ementa do STF, RE 161.031, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio Mello (DJ 06.06.97)

“...Conflita com o princípio da não cumulatividade norma vedadora da compensação do valor recolhido na operação anterior...”



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

CÂMARA
 2ª EFETIVA

PROCESSO Nº
 DRT 09 942531/06

RECURSO
 Ordinário

Diante do acima exposto e pelo quanto mais dos autos consta, conheço do Recurso Ordinário, votando pelo seu **PROVIMENTO**, adotando como fundamento, o princípio de que as normas locais não podem prevalecer sobre o comando constitucional, contido no § 2º, inciso I do art. 155 da CF/88.

É como voto.

TIT, Sala de Sessões, 17 de junho de 2008

Roberto Mateus Ordine
 Juiz com vista.

A pedido dou vista do processo ao SR.

Antonio Augusto Silva Pereira de Carvalho

pelo prazo de _____ dias (art. 100, do R.T.)
 ficando adiado o julgamento.

SALA DAS SESSÕES em, 17 JUN 2008

~~Antonio Augusto Silva Pereira de Carvalho~~

Presidente



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

CÂMARA
2ª EFETIVA

PROCESSO
DRT-9-942531/2006

RECURSO
ORDINÁRIO

RECORRENTE	NESTLÉ BRASIL LTDA		
RECORRIDA	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO		
RELATOR	FERNANDO DE SOUZA CARVALHO	AIIM: 3.065.430-0	S. ORAL: NÃO

EMENTA

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

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

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

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

IV - Negar ao estabelecimento paulista o aproveitamento de crédito de ICMS no equivalente ao imposto destacado nas notas fiscais que acobertaram as operações interestaduais teria como efeito deveras singular o enriquecimento, em decorrência do incentivo fiscal irregularmente concedido pelo Estado de Goiás, do próprio Estado de São Paulo. Sabendo-se que o ordenamento jurídico brasileiro é informado pelo princípio da vedação do enriquecimento sem causa, não é de ser prestigiado a autuação. Precedentes do STF.

V - Recurso provido.

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

VOTO – VISTA

ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO

1) O relatório elaborado pelo ilustre Juiz Fernando de Souza Carvalho não merece reparo, motivo pelo qual, evitando repetições desnecessárias e ociosas, a ele me reporto. Ouso propor para o caso, no entanto, solução diversa daquela preconizada por Sua Excelência.



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

CÂMARA
2ª EFETIVA

PROCESSO
DRT-9-942531/2006

RECURSO
ORDINÁRIO

2) O estabelecimento autuado, localizado no território paulista, recebeu mercadoria de estabelecimento goiano da mesma pessoa jurídica, isto no período compreendido de janeiro a dezembro de 2002, e lançou como crédito do ICMS o montante do imposto destacado nas respectivas notas fiscais. Segundo o ilustre Autor do feito, contudo, o Estado de Goiás concedera à empresa um "crédito outorgado" que, no fim das contas, importava fosse o valor do imposto destacado nas ditas notas fiscais maior do que o "efetivamente pago" em favor dos cofres públicos goianos, benefício fiscal este que viera a lume sem que examinado e chancelado pelo CONFAZ.

Considerando que (i) o benefício fiscal fora concedido de modo irregular, "em desacordo com o artigo 155, § 2º, inc. XII, 'g' da CF/88, artigo 1º, parágrafo único, inciso IV da Lei Complementar 24/75 e artigo 1º da Resolução SF/SP nº 52 de 19/11/93" e que (ii) fora lançado, a título de crédito do ICMS, valor maior do que o correto, tratou a Fiscalização de irrogar ao estabelecimento autuado a prática de infração relativa ao crédito do imposto e de exigir o pagamento do equivalente à diferença existente entre o tributo destacado nas notas fiscais e o "efetivamente pago" ao Estado de Goiás, ao demais de aplicar a multa prevista no artigo 527, II, "j" do RICMS/2000.

Prestigiado o trabalho fiscal pelo d. Órgão Julgador de primeira instância, há diversos fundamentos em decorrência dos quais é de ser reformada a r. decisão *a quo*.

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

Os benefícios fiscais concedidos pelo Estado de Goiás tiveram suporte no art. 1º, § 4º, II, da Lei 12.462/94, no art. 2º, II, "h" da Lei 13194/97 e no art. 11, III, do Anexo IX do Decreto 4852/97, diploma este que regulamenta a Lei 11.651/91 (Código Tributário do Estado de Goiás), por meio da qual instituído no território goiano, dentre outros tributos, o ICMS.

Pois bem. O administrado, seja paulista, seja goiano, seja lá de qualquer uma das Unidades da Federação, não tem sobre os seus ombros a tarefa de diagnosticar, no seio de normas integrantes do ordenamento jurídico, possíveis ofensas a determinada lei complementar, nem à Constituição Federal, nem, muito menos, é titular da prerrogativa de lhes negar cumprimento. Por conseguinte, não cabia à empresa titular dos estabelecimentos que, no caso concreto, funcionaram como remetente e destinatário nas operações de transferência de mercadoria, acoirar de ilegal, ou de inconstitucional, a legislação goiana concernente a benefício fiscal do qual poderia tirar partido. Aliás, seria de todo inesperado que não tirasse proveito de um benefício fiscal previsto em lei, para tanto argumentando que se cuidava de lei ilegal, ou inconstitucional.

Ainda que soubesse que o benefício fiscal implicaria lesão aos cofres públicos paulistas – o que não passa de mera cogitação, valendo sublinhar que nega peremptoriamente tenha ocorrido tal lesão –,



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

CÂMARA
2ª EFETIVA

PROCESSO
DRT-9-942531/2006

RECURSO
ORDINÁRIO

ainda assim não era seu dever impugnar a legislação goiana, para tanto afirmando que o Estado de São Paulo, caso ela mesma não o defendesse, viria a suportar prejuízo.

Diagnosticado, pelo Estado de São Paulo, que a legislação do Estado de Goiás desrespeitava diretamente a Lei Complementar 24/75 e indiretamente a Constituição Federal, isto com reflexos patrimoniais desfavoráveis no âmbito do Erário paulista, era do poder-dever do Executivo paulista envidar esforços para que o Estado de Goiás revogasse as normas tidas como ilegais, ou inconstitucionais, ou bater às portas do Poder Judiciário e requerer o que entendesse de direito.

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

A Lei 10.941/01 não conferiu, aos Órgãos Julgadores que integram a Coordenadoria da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda de São Paulo, a competência de que se trata. Nenhum outro diploma integrante do ordenamento jurídico brasileiro cuidou de fazê-lo. Seria de causar espanto caso se desse o contrário: é que estaria iniludivelmente afetada a relação de equilíbrio entre o Estado de São Paulo e a Unidade-Irmã, reduzindo-se a última a subordinada do primeiro.

Demais disso, pudesse este Tribunal declarar inconstitucional a legislação de outras Unidades da Federação por meio da qual concedidos benefícios fiscais que, em tese, se enquadram na “competição tributária” – ou “guerra fiscal”, como queiram – que sacode a Federação, não teria o Executivo paulista o trabalho de aforar mais nenhuma ação direta de inconstitucionalidade para defender o Erário bandeirante. Justamente por saber que nenhum dos Poderes do Estado de São Paulo poderia fazê-lo, muito menos os Órgãos Julgadores administrativos, é que aforou muitas delas. A título de exemplo: ADIn 2561-9, ADIn 2155-9, ADIn 2166-4, ADIn 2548-1, ADIn 1179-1, ADIn 2441-8, ADIn 2157-5, ADIn 2156-7, ADIn 2440-0, ADIn 2543-0, ADIn 2439-6.

Por derradeiro, não se deslembre: enquanto não julgada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal determinada ADIn, não pode o Estado de São Paulo, tão-só por entender que as normas impugnadas são inconstitucionais, exigir que os administrados se escusem de respeitá-las.

Em tempo: não desconheço que já se debateu nesta Casa, ainda que não profundamente, a tese segundo a qual é desnecessário declarar a ilegalidade e a inconstitucionalidade de normas que, dadas a lume por outros Estados da Federação, concederam incentivo fiscais à margem de aprovação do CONFAZ, bastando que a Administração bandeirante maneje o quanto disposto no artigo 36, § 3º, da Lei Estadual 6.374/89 para impedir que o contribuinte paulista tire proveito de créditos de ICMS quando destinatário de mercadoria remetida por quem agraciado com o incentivo fiscal irregular. A tese não me convence: basta ler o que está escrito no mencionado dispositivo para se concluir que não é possível glosar o crédito sem que se cogite de declarar inconstitucional,



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

CÂMARA
2ª EFETIVA

PROCESSO
DRT-9-942531/2006

RECURSO
ORDINÁRIO

ainda que de forma oblíqua, a norma por intermédio da qual o Estado tal ou qual concedeu o incentivo. Alguém talvez afirme que meu entendimento tem como reflexo negar vigência ao quanto previsto no artigo 36, § 3º, da Lei Estadual 6.374/89, ao que respondo: não. Explico: sabendo-se que legislação dada à luz pelo Estado-Membro tal ou qual tem presunção de legitimidade, somente quando declarada ilegal, ou inconstitucional, por quem tenha competência para tanto, o Poder Judiciário, é que outro Estado-Membro poderá deixar de respeitá-la. Via de consequência, tornando ao caso destes autos: quando declarada pelo Poder Judiciário a ilegalidade, ou inconstitucionalidade, do incentivo fiscal concedido pelo Estado de Goiás, decerto que o Estado de São Paulo poderá argüir em seu favor o que vai no artigo 36, § 3º, da Lei Estadual 6.374/89. Antes disso, não. Bem sei que meu entendimento não é esposado por todos os integrantes desta Casa, mas não me furto de apresentá-lo.

5) TERCEIRO FUNDAMENTO: lesão patrimonial experimentada pelo Erário paulista em decorrência de benefício fiscal indevidamente concedido deve ser reparada por quem o concedeu, não pelo favorecido, nem pelo estabelecimento que do último recebeu mercadoria.

É certo que o benefício fiscal de que se trata veio a lume sem que obedecidas as normas constantes da Lei Complementar 24/75. Ocorre que tal diploma não diz respeito, diretamente, aos contribuintes do ICMS e às suas atividades. A Lei Complementar 24/75 é endereçada ao legislador ordinário e aos Entes Tributantes que se ocupam do ICMS, quais sejam os Estados e o Distrito Federal. Via de consequência, as sanções previstas no seu artigo 8º não podem recair sobre os ombros dos contribuintes do ICMS.

5.a) Dispõe a Lei 6.374/89, no seu artigo 112:

Sempre que outro Estado ou o Distrito Federal conceder benefícios fiscais ou financeiros, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus tributário, com inobservância de disposições da legislação federal que regula a celebração de acordos exigidos para tal fim e sem que haja aplicação das sanções nela prevista, o Poder Executivo poderá adotar as medidas necessárias à proteção da economia do Estado.

Demais disso, dispõe, no seu artigo 36, § 3º:

Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de qualquer subsídio, redução da base de cálculo, crédito presumido ou outro incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea "g", da Constituição Federal. (Redação dada pelo inciso I do art. 2º da Lei nº 9.359, de 18-06-96 - DOE 19-06-96)



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

CÂMARA
2ª EFETIVA

PROCESSO
DRT-9-942531/2006

RECURSO
ORDINÁRIO

Pois bem. Do exame desses dispositivos, concluem alguns que o Poder Executivo paulista poderia adotar, dentre "as medidas necessárias à proteção da economia do Estado", a prática de autuar estabelecimentos paulistas que se tenham aproveitado de créditos do ICMS contaminados, de uma forma ou de outra, por benefício fiscal irregularmente concedido por outra Unidade da Federação. O entendimento não pode ser prestigiado. Há vários motivos para tanto, dentre os quais os que se passa a expor.

Primeiro: no artigo 112 da Lei 6.374/89 já está identificado o sujeito ativo da infração, qual seja "outro Estado ou o Distrito Federal". Visto que a punição não pode atingir ninguém mais do que o próprio infrator, princípio observado em todos os países cultos e consagrado, em outros termos, no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, conclui-se que o contribuinte não pode ser apenado, de nenhum modo, por ato cujo autor é "outro Estado ou o Distrito Federal".

Segundo: as "medidas necessárias à proteção da economia do Estado", sobre não estarem discriminadas, não poderiam incluir a prerrogativa de declarar nulo, ou de anular, ou de tornar sem efeito, ato jurídico dado à luz por "outro Estado ou o Distrito Federal". Tal prerrogativa, acaso existisse, levaria ao contra-senso de tornar "outro Estado ou o Distrito Federal" subordinado do Executivo paulista.

Terceiro: sabendo-se que todo e qualquer benefício fiscal só pode ser concedido pelo próprio Ente Tributante, não se pode imputar nenhuma conduta reprovável ao contribuinte, ou ao estabelecimento que dele tirem proveito, o mesmo valendo para o contribuinte, ou estabelecimento que tenha recebido mercadoria, ou tomado serviço de comunicação, ou de transporte intermunicipal ou interestadual do favorecido pelo benefício fiscal. O montante que, nos termos do artigo 36, § 3º da Lei 6.374/89, "não se considera cobrado", deixa de ser "cobrado" porque assim permitido pelo Ente Tributante que concedeu o benefício fiscal. Diagnosticado reflexo patrimonial desfavorável nos cofres públicos paulistas, é poder-dever do Estado de São Paulo envidar esforços para obter reparação, não de nenhum administrado, mas do Ente Tributante que indevidamente concedeu o benefício fiscal.

5.b) Em conclusão: as exigências formuladas no AIIIM traduzem medida de natureza retaliatória cuja força se abate sobre o administrado, não sobre o Ente Tributante que concedeu indevidamente o benefício fiscal, a quem caberia sofrer as conseqüências do ato.

6) QUARTO FUNDAMENTO: negar ao estabelecimento paulista o aproveitamento de crédito de ICMS no equivalente ao imposto destacado nas notas fiscais que acobertaram as operações interestaduais teria como efeito deveras singular o enriquecimento, em decorrência do incentivo fiscal irregularmente concedido pelo Estado de Goiás, do próprio Estado de São Paulo. Em outras palavras: a glosa dos créditos de ICMS, isto porque originados da legislação goiana dada como ilegal e inconstitucional pelo Estado de São Paulo, findaria por trazer proveito ao Erário paulista.



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

CÂMARA
2ª EFETIVA

PROCESSO
DRT-9-942531/2006

RECURSO
ORDINÁRIO

Ainda em outras palavras: o benefício fiscal irregularmente concedido pelo Estado de Goiás acabaria por enriquecer o Estado de São Paulo. O motivo: o equivalente ao montante do qual o Estado de Goiás "abriu mão", ou, ao menos, o equivalente a parte deste montante, seria carregado aos cofres públicos paulistas quando o estabelecimento autuado desse saída à mercadoria que recebeu do estabelecimento goiano. À mingua de conhecimentos técnicos suficientes para elaborar equações elegantes e irreprocháveis, ilustro a afirmação com exemplos hipotéticos. Vejamos.

6.a) Hipótese I

O estabelecimento goiano "X" remete mercadoria para o estabelecimento paulista "Y". O valor da operação é de R\$ 100,00 (cem Reais). O ICMS destacado na respectiva nota fiscal é de R\$ 12,00 (doze Reais), visto que observada a "alíquota interestadual" de 12% (doze por cento). O estabelecimento "Y" dá entrada à mercadoria e lança, na conta corrente do imposto, crédito fiscal de R\$ 12,00 (doze Reais). Mais adiante, o estabelecimento "Y" revende a mercadoria por R\$ 200,00 (duzentos Reais) e se debita de imposto no montante de R\$ 36,00 (trinta e seis Reais), visto que observada a "alíquota interna" de 18% (dezoito por cento). Feita a compensação, o montante a pagar em favor do Erário paulista é de R\$ 24,00 (vinte e quatro Reais). Estes dados podem ser apresentados da seguinte forma:

Valor da operação Goiás → São Paulo	ICMS devido considerada a alíquota de 12%	Valor da operação São Paulo → São Paulo	ICMS devido, considerada a alíquota de 18%	ICMS a pagar a São Paulo
R\$ 100,00	R\$ 12,00	R\$ 200,00	R\$ 36,00	R\$ 24,00

Consideremos, agora, que o Estado de Goiás confere ao estabelecimento "X" um "crédito outorgado" de ICMS que, no final das contas, resulta na aplicação de uma alíquota de 10% (dez por cento), mas lhe garante a possibilidade de registrar, na pertinente nota fiscal, que o "valor do ICMS" equivale à aplicação da alíquota de 12% (doze por cento). O artifício faz com que, numa operação interestadual, (i) o imposto "efetivamente pago" aos cofres goianos seja de R\$ 10,00 (dez Reais), diminuída a arrecadação de R\$ 2,00 (dois Reais), (ii) o estabelecimento "X" obtenha uma desoneração de cunho tributário de R\$ 2,00 (dois Reais). Consideremos ainda que o Estado de São Paulo reprova o valor do imposto destacado na mesma nota fiscal a título de ICMS e não permite que o estabelecimento "Y" tire proveito, à guisa de crédito de ICMS, de outro valor que não seja aquele "efetivamente pago" ao Estado de Goiás pelo estabelecimento "X", qual seja R\$ 10,00 (dez Reais). Verificada a reprovação, o estabelecimento "Y" dá entrada à mercadoria e lança, na conta



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

CÂMARA
2ª EFETIVA

PROCESSO
DRT-9-942531/2006

RECURSO
ORDINÁRIO

corrente do imposto, crédito fiscal de R\$ 10,00 (doze Reais). Mais adiante, o estabelecimento "Y" revende a mercadoria por R\$ 200,00 (duzentos Reais) e se debita de imposto no montante de R\$ 36,00 (trinta e seis Reais), visto que observada a "alíquota interna" de 18% (dezoito por cento). Feita a compensação, o montante a pagar em favor do Erário paulista é de R\$ 26,00 (vinte e seis Reais). Estes dados podem ser apresentados da seguinte forma:

Valor da operação Goiás → São Paulo	ICMS "efetivamente pago" a Goiás	Valor da operação São Paulo → São Paulo	ICMS devido, considerada a alíquota de 18%	ICMS a pagar a São Paulo
R\$ 100,00	R\$ 10,00	R\$ 200,00	R\$ 36,00	R\$ 26,00

Cotejadas as duas tabelas, observa-se que o montante do qual o Estado de Goiás "abriu mão" foi carreado integralmente aos cofres públicos paulistas quando o estabelecimento "Y" deu saída à mercadoria que recebeu do estabelecimento goiano. Resultado: enriquecimento de São Paulo em decorrência de incentivo fiscal concedido irregularmente por Goiás. Não houvesse o incentivo fiscal goiano, o Estado de São Paulo seria aquinhoadado com R\$ 24,00 (vinte e quatro Reais); havendo, recebe R\$ 26,00 (vinte e seis Reais).

6.b) Hipótese II

Mantenhamos os elementos da primeira parte da hipótese anterior e alteremos a segunda parte do seguinte modo: verificando-se que os estabelecimentos "X" e "Y" são da titularidade de uma mesma pessoa jurídica, o estabelecimento "Y", quando da saída da mercadoria, decide por reduzir o preço de R\$ 200,00 (duzentos Reais) para R\$ 198,00 (cento e noventa e oito Reais), aproveitando-se do montante de R\$ 2,00 (dois Reais) que a pessoa jurídica deixara de desembolsar em consequência do incentivo fiscal conferido pelo Estado de Goiás. Os dados podem ser apresentados da seguinte forma:

Valor da operação Goiás → São Paulo	ICMS "efetivamente pago" a Goiás	Valor da operação São Paulo → São Paulo	ICMS devido, considerada a alíquota de 18%	ICMS a pagar a São Paulo
R\$ 100	R\$ 10	R\$ 198	R\$ 35,64	R\$ 25,64



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

CÂMARA
2ª EFETIVA

PROCESSO
DRT-9-942531/2006

RECURSO
ORDINÁRIO

O cotejo da "Tabela 1" à "Tabela 3" revela que, no caso da cogitada redução de preço, parte do montante do qual o Estado de Goiás "abriu mão" foi carreado aos cofres públicos paulistas quando o estabelecimento "Y" deu saída à mercadoria que recebeu do estabelecimento goiano. Resultado: enriquecimento de São Paulo em decorrência de incentivo fiscal concedido irregularmente por Goiás. Não houvesse o incentivo fiscal goiano, o Estado de São Paulo seria aquinhoadado com R\$ 24,00 (vinte e quatro Reais); havendo, recebe R\$ 25,64 (vinte e cinco Reais e sessenta e quatro centavos).

6.c) Hipótese III

Aqui, o estabelecimento "Y" decide por dar saída à mercadoria pelo mesmo preço praticado na operação anterior, qual seja R\$ 100,00 (cem reais).

Caso não houvesse o incentivo fiscal goiano, teríamos o seguinte:

Tabela 4				
Valor da operação Goiás → São Paulo	ICMS devido, considerada a alíquota de 12%	Valor da operação São Paulo → São Paulo	ICMS devido, considerada a alíquota de 18%	ICMS a pagar a São Paulo
R\$ 100,00	R\$ 12,00	R\$ 100,00	R\$ 18,00	R\$ 6,00

Caso houvesse o incentivo fiscal goiano e fosse permitida pelo Estado de São Paulo a apropriação de crédito do ICMS tão-só no equivalente ao montante "efetivamente pago" na operação interestadual, teríamos o seguinte:

Tabela 5				
Valor da operação Goiás → São Paulo	ICMS "efetivamente pago" a Goiás	Valor da operação São Paulo → São Paulo	ICMS devido, considerada a alíquota de 18%	ICMS a pagar a São Paulo
R\$ 100,00	R\$ 10,00	R\$ 100,00	R\$ 18,00	R\$ 8,00

O cotejo da "Tabela 4" à "Tabela 5" revela que o montante do qual o Estado de Goiás "abriu mão" foi carreado integralmente aos cofres públicos paulistas quando o estabelecimento "Y" deu saída à



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

CÂMARA
2ª EFETIVA

PROCESSO
DRT-9-942531/2006

RECURSO
ORDINÁRIO

mercadoria que recebeu do estabelecimento goiano. Resultado: enriquecimento de São Paulo em decorrência de incentivo fiscal concedido irregularmente por Goiás. Não houvesse o incentivo fiscal goiano, os cofres paulistas seriam aquinhoados com R\$ 6,00 (seis Reais); havendo, fariam jus a R\$ 8,00 (oito Reais).

6.d) Os exemplos que venho de dar são aptos para demonstrar que a glosa dos créditos de ICMS originados de incentivo fiscal conferido por outra Unidade da Federação deságua no enriquecimento sem causa daquela que os glosa. Sabendo-se que o ordenamento jurídico brasileiro é informado pelo princípio da vedação do enriquecimento sem causa, não é de ser prestigiado o AIIIM que inaugura estes autos.

Vale registrar que o tema não é novo. Se não, leiamos:

- (i) " ... em casos semelhantes, entendeu o Pretório Excelso que o quantum de isenção ou restituição do I. C. M., concedida pelo Estado de origem do produto, a título de incentivo, não pode locupletar o Estado de destino, mercê de denegação do crédito fiscal por parte deste (RE 76.945-SP, rel. Min. OSVALDO TRIGUEIRO, em 29.03.74; RE 77.093-RS, relator Min. ALIOMAR BALEEIRO, 1ª T., em 04.06.74; RE 86.217-CE, rel. Min. CUNHA PEIXOTO, 1ª T., em 08.03.77). "

(STF; RE 88956; Segunda Turma; Rel.: Min. Djaci Falcão; j. 02/03/1979; DJ 30/03/1979, p.2412, Ement. vol. 1126-02, p. 622)

- (ii) " Como indústria estabelecida no Rio Grande do Sul, a recorrida está sujeita à legislação tributária deste Estado. A isenção, de que inicialmente se beneficiava, foi substituída por um sistema de incentivos, que não exime o contribuinte ao recolhimento do tributo, embora este lhe seja posteriormente devolvido, para ser utilizado em novos investimentos.

Assim, se se considera que o contribuinte paga o tributo questionado ao Estado do Rio Grande do Sul, é óbvio que não deve pagá-lo, pela segunda vez, ao Estado de São Paulo. Se se entende, diversamente, que o contribuinte se exime do tributo, em virtude da restituição, não se compreende que esse incentivo, custeado pelo erário do Rio Grande do Sul, redunde em proveito para o Estado importador. "

(STF; RE 76945; Primeira Turma; Rel.: Min. Oswaldo Trigueiro; j. 29/03/1974; DJ 26/04/1974, p.2680, Ement. Vol. 944-02, p504, RTJ vol.70-03, p.523)



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

CÂMARA
2ª EFETIVA

PROCESSO
DRT-9-942531/2006

RECURSO
ORDINÁRIO

(iii) Ementa: I.C.M. - INCENTIVOS. O QUANTUM DA ISENÇÃO, OU RESTITUIÇÃO DO ICM, CONCEDIDA PELO ESTADO DE ORIGEM DO PRODUTO NÃO PODE LOCUPLETAR O ESTADO DE DESTINO, MERCE DE DENEGAÇÃO DO CRÉDITO FISCAL POR PARTE DESTA.

(STF; RE 77093; Primeira Turma; Rel.: MIn. Aliomar Baleeiro; j. 04/06/74; DJ 04/11/74)

7) Meu entendimento a respeito da matéria destes autos tem boa companhia. Se não, vejamos o que registrou a Colenda Oitava Câmara de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação Cível com Revisão nº 529.218-5/0-00 (Rel.: Des. Paulo Dimas Mascaretti, negaram provimento, v. u., j. 10/10/2007):

" ... busca-se, na presente demanda, o reconhecimento do direito ao aproveitamento e utilização integral dos créditos de ICMS oriundos de operações interestaduais de compra e venda de gado bovino em pé e de carne bovina junto a contribuintes de outras unidades da federação, sem as restrições impostas pela ré, constantes do Comunicado CAT nº 36/2004 e do artigo 36, § 3º, da Lei Estadual nº 6.374/89, invocando, no particular, a inconstitucionalidade dessas disposições legais por violarem o princípio da não-cumulatividade insculpido no artigo 155, § 2º, inciso I, da Carta Magna.

Nesse contexto, como as restrições ora impugnadas têm por objetivo vedar os lançamentos dos créditos porque se entende que estão em desacordo com a legislação tributária e decorrem concretamente de cada operação realizada com o que já foi recolhido nos Estados de origem da mercadoria adquirida, forçoso reconhecer que inexistem aí situações meramente abstratas e sem previsão no ordenamento jurídico, razão pela qual é legítima a pretensão deduzida na petição inicial de modo a por fim à dúvida existente diante da resistência manifestada pelo Fisco Estadual.

No que toca ao mérito, o reclamo recursal igualmente não merece acolhida.

Impende considerar, aqui, que a autora faz mesmo jus ao aproveitamento pleno de seus créditos de ICMS, relativos às operações interestaduais supra aludidas com o que foi efetivamente exigido e pago.

No caso vertente, não colhe a alegação de impossibilidade de aproveitamento desses créditos, ao argumento de que essas operações estão amparadas por benefícios fiscais concedidos sem a celebração de convênio aprovado pelo CONFAZ.

Ora, ao contribuinte que, fundado em documentos formalmente em ordem adquire mercadorias ou toma serviços em outros Estados, não pode ter negado o direito ao crédito de ICMS pela pessoa política



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

CÂMARA
2ª EFETIVA

PROCESSO
DRT-9-942531/2006

RECURSO
ORDINÁRIO

que se julgue prejudicada, sob pena de violação ao princípio da não cumulatividade insculpido no art. 155, § 2º, I, da CF.

Como bem realça o douto magistrado a quo,

"se existem atos contra os quais outras unidades da federação praticam e a demandada entende que são prejudiciais à sua receita, pode e deve dirimi-los pelas vias legais cabíveis, não sendo certo transferir o ônus aos contribuintes.

É princípio geral de direito a boa-fé que se deve presumir, não se podendo daí extrair ilação tal qual sustentou a ré.

Vale dizer, se o fisco entende que a glosa de créditos de ICMS assegurada no comunicado impugnado pela parte contrária só ocorre quando decorrente de imposto não recolhido, total ou parcialmente nas operações interestaduais, a ele cabe especificamente em cada caso demonstrar tal ocorrência e aí sim opor-se à compensação, mas não fazê-lo de forma prévia e indistinta, recusando-se a reconhecer sem qualquer motivação o direito de as empresas adquirentes radicadas neste Estado de aproveitarem-se dos créditos, sob o pretexto de que não autorizados por convênio, ou abrigo de atos normativos de benefícios fiscais que não observaram a legislação de regência do ICMS" (v fls. 148/149)

Roque Antônio Carrazza, ao abordar a questão, aponta justamente a inconstitucionalidade do artigo 36, § 3º, da Lei Estadual nº 6.374/89, quando estabelece que *"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 art. 155, § 2º, inciso XII, alínea 'g' da Constituição Federal"*

Referido autor dá conta, ainda, que

"na medida em que ocorreu um episódio suscetível de ser tributado por meio de ICMS, é inafastável direito ao crédito, na operação ou prestação subsequente. Ademais, não raro, a efetiva cobrança do tributo escapa ao conhecimento do adquirente da mercadoria ou do tomador do serviço. Assim, até para que não se instale a insegurança jurídica, basta que tenha havido uma anterior operação ou prestação para que o princípio da não cumulatividade no ICMS prevaleça

E certo que benefícios fiscais (isenções, remissões, anistias, reduções de base de cálculo ou de alíquotas, concessão de créditos presumidos, concessão de parcelamentos etc.) e financeiros (subvenções,



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

CÂMARA
2ª EFETIVA

PROCESSO
DRT-9-942531/2006

RECURSO
ORDINÁRIO

financiamentos para aquisição de bens a serem incorporados ao ativo permanente, empréstimos para o recolhimento do próprio tributo etc) só podem advir de convênios, celebrados e ratificados por todos os Estados-membros e pelo Distrito Federal, como, de resto, determina o art. 155, §2º, XII, 'g', da CF. Todavia, é igualmente certo que, tendo amparo em documentos formalmente em ordem, quem adquire mercadorias ou toma serviços em outras unidades federadas não pode ter negado o direito ao crédito de ICMS, pela pessoa política que se julgue prejudicada. Esta, ao invés de transformar o contribuinte em controlador da regularidade do crédito do ICMS relativo a qualquer entrada de mercadoria ou recebimento de serviço com origem em outra unidade federada, deve recorrer, nos termos do art. 102, I, 'f', da Lei Maior, ao STF para anular tais benefícios, que estimulam a indesejável 'guerra fiscal'.

O abatimento, pois, é, sem dúvida, categoria jurídica de hierarquia constitucional. Melhor dizendo, é direito constitucional reservado ao contribuinte do ICMS, que nenhuma lei, decreto, portaria, interpretação etc podem amesquinhar.

Sendo assim, o art. 155, § 2º, I, da CF confere ao contribuinte do ICMS o direito público subjetivo, oponível ao Estado ou ao Distrito Federal, de fazer o abatimento (quando presentes os requisitos constitucionais)" (v "ICMS", 11ª edição, Malheiros, 2006, p 306/307).

A propósito, precedente desta Corte já decidiu que a inexistência de acordo entre as unidades da federação não obsta o reconhecimento do direito ao creditamento oriundo de operações interestaduais com gado bovino, pois restrições normativas locais não podem sobrepor-se ao princípio constitucional da não cumulatividade do tributo (v Apelação Cível nº 017.385-5/3).

Logo, a solução encontrada em primeiro grau merece subsistir.

Posto isto, nega-se provimento ao reexame necessário e ao apelo da Fazenda Estadual. "

Merece reprodução, também, o seguinte ensinamento do ilustre Professor Paulo de Barros Carvalho ("Guerra Fiscal" e o Princípio da Não-Cumulatividade no ICMS, Revista de Direito Tributário vol. 95, pp. 7-22):

" ... o constituinte disciplinou a competência legislativa tributária, fazendo-o de forma rígida e pormenorizada. Desenhou os exatos limites do campo tributável atribuído a cada pessoa jurídica de direito público interno, determinando os fatos que estão autorizados a tributar, bem como os princípios norteadores da imposição tributária. Tudo isso, para erigir um sistema



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

CÂMARA
2ª EFETIVA

PROCESSO
DRT-9-942531/2006

RECURSO
ORDINÁRIO

harmônico, compatível com uma República Federativa como a nossa, que prestigia a tripartição dos poderes e assegura direitos fundamentais a todos os indivíduos.

Inadmissível, por conseguinte, que os Estados-membros e o Distrito Federal pretendam, eles próprios, examinar a constitucionalidade das legislações dos demais entes tributantes, proibindo o creditamento e exigindo o imposto que considerem indevidamente dispensado. Observadas as regras constitucionais, cumpriria a essas pessoas políticas, sentindo-se desfavorecidas por qualquer medida legislativa ou administrativa de outra entidade tributante do ICMS, bater às portas do Poder Judiciário, invocando a prestação jurisdicional para ver satisfeitos os direitos porventura violados.

As unidades federadas devem exercitar sua autonomia dentro dos parâmetros fixados pela Lei Maior. Exatamente porque a inconstitucionalidade não se pressupõe, cabe sempre ao Poder Judiciário, por manifestação de sua mais elevada Corte de Justiça, o Supremo Tribunal Federal, declarar a inconstitucionalidade. Por isso, é inconcebível dispositivo legal ou infralegal que determine a glosa de créditos. Ao agir desse modo, o Estado ou Distrito Federal estará invocando a si mesmo uma função que a Constituição determinou fosse desempenhada especificamente pelo Poder Judiciário, arranhando, grosseiramente, o princípio da separação dos poderes.

Em tal hipótese, havendo preceito que determine a desconsideração de créditos de ICMS, também estará configurada violação a diversos outros preceitos do Texto Maior: (i) afronta o princípio federativo, tendo em vista que a pessoa política destinatária das mercadorias ou serviços, ao exigir o ICMS que seria devido pelo Estado de origem caso o benefício fiscal fosse julgado indevido, invade competência tributária alheia; (ii) ao proibir o aproveitamento de créditos decorrentes de operações que não caracterizam casos de isenção ou não-incidência, aniquila o princípio da não-cumulatividade; (iii) são atingidos os princípios da isonomia e da proibição de discriminação de bens e serviços em razão de sua procedência ou destino.

8) Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso, isto para declarar cancelado o AIIM.

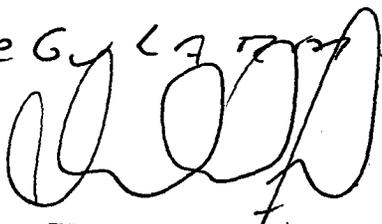
Sala das Sessões, 26 de agosto de 2008.

ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO

EMBORA O BREVEMENTE VOTO DO JUIZ DR ANTONIO
AUGUSTO, MANTENDO O MEU ENTENDIMENTO E VOTO.

Fernando de Souza Carvalho

Com a devida vênia do Sr. Juiz com
vistas, ACOMPANHO O VOTO DO
DR. FERNANDO, POR ENTENDER
QUE O BENEFÍCIO FISCAL FOI
CONCEDIDO IRREGULARMENTE.


EDSON TAKASHI KONDO

Acompanho o Pedido



ADALBERTO BORGES DE FREITAS

Assin. de Sr. Antonio Augusto


ROBERTO MATEUS ORDINE

Com o DR. Antonio Augusto



SÉRGIO AUGUSTO MACHADO

Verificado o comparecimento, o voto
de qualidade é pelo provi-
mento do recurso, nos ter-
mos do voto que preferi na
sessão.


Antonio Augusto



Sessão: 26/08/2008

Processo: DRT-09-942531/2006 - AIIM 3065430-0

SEGUNDA Câmara Efetiva

Recorrente: NESTLÉ BRASIL LTDA.

Recorrida: A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO

Relator: Fernando De Souza Carvalho

Tipo de Recurso: Recurso Ordinário

Advogado: Dr(a). Marcos Figueiredo Vasconcellos

Provido. Decisão não unânime

Publicado em: 18 OUT 2008