



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

Decisões da TERCEIRA Câmara Efetiva

Publicado em:

Sessão de 11/01/2007

Saída em:

22 FEV 2007

DRT-05 - 545416/2005 - (--) - Pellegrino Distribuidora De Autopeças Lt .

Relator: Antonia Emilia Pires Sacarrao - Recurso Ordinário. Negado provimento.

Decisão unânime.

TIT-NC em: **22 FEV 2007**

FLS.



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

CAMARA
 3ª efetiva

PROCESSO Nº
 DRT-5-545416-2005

RECURSO
 ORDINÁRIO

RECORRENTE	PELEGRINO DISTRIBUIDORA DE AUTOPEÇAS					
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL					
RELATOR(A)	ANTONIA EMÍLIA PIRES	AIIM	3040478-2	S. ORAL	NÃO	
	SACARRÃO					
EMENTA						
CRÉDITO INDEVIDO NA APROPRIAÇÃO DA PARCELA DE 2% DESTACADA EM DOCUMENTO FISCAL, MAS NÃO COBRADA NO ESTADO DE ORIGEM, EM OFENSA AO § 2º DO ARTIGO 59 DO RICMS/00 QUE NÃO CONSIDERA COBRADO O MONTANTE DO IMPOSTO QUE CORRESPONDER A QUALQUER VANTAGEM ECÔNOMICA 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, REPRODUZINDO O § 3º DO ARTIGO 36 DA LEI 6374/89. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO.						
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA			

RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso Ordinário, às fls. 440/442, da decisão de fls., que manteve a acusação relativa à apropriação de crédito fiscal apropriado com a escrituração de Nota Fiscal de transferência interestadual de mercadoria, vinda de filial do Estado de Goiás, com imposto destacado pela alíquota de 12% dos quais 2% não foram cobrados anteriormente no Estado de origem, que concedeu ao estabelecimento remetente crédito outorgado de 2% sobre o valor das operações de saída de autopeças, benefício esse concedido sem a necessária autorização do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, em ofensa ao comando inserto no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea "g" da Constituição Federal.

2. A defesa e o recurso ordinário não se ocupam em negar os fatos tidos por contrários à lei, mas justificam a apropriação do crédito dizendo que os benefícios fiscais concedidos serão usufruídos pelos contribuintes; que o Comunicado CAT-36 não é meio idôneo para neutralizar a denominada guerra fiscal; que cabe ao Supremo Tribunal a solução do conflito e não às Unidades Federadas que delas são parte. Transcreve pronunciamento do Ministro Sepúlveda Pertence, como relator da ADIN 2377, de Minas Gerais, *verbis*:

"O caso mostra que, na "guerra fiscal" em que se empenham os governos estaduais, ninguém parece poder "jogar a primeira pedra". Ou, cuidando-se de guerra, que todos se pretendem no direito de jogá-la...

Ao contrário do que há dias – 11.02.01 – proclamava orgulhosamente o tradicional matutino que lhe porta o nome, nem o Estado de São Paulo se abstém por completo de entrar na peleja e – embora a título de retaliação a



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

CAMARA
3ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-545416-2005

RECURSO
ORDINÁRIO

dois outros Estados – favorece suas empresas com inequívoca isenção do ICMS e prejuízo não apenas dos dois rebeldes, mas de todas as demais unidades da federação concorrentes nos setores acobertados pela benesse unilateral.

Na “guerra fiscal”, portanto, a solitária força de paz aquartela-se neste salão: é o supremo Tribunal, que tem feito recolher-se ao bom comportamento constitucional todos os beligerantes, que, um dia, denunciam, mas, no outro, são denunciados.”

3. Aponta, ainda a recorrente, benefícios concedidos pelo Estado de São Paulo, como nas saídas de farinha de trigo e derivados. Reitera a improcedência do AIIM, porque imposto cobrado e imposto pago deve ser interpretado como imposto incidente, onde o direito ao crédito está autorizado pela incidência na operação anterior. Transcreve e contextualiza decisão do Conselho do Estado do Paraná, argumentando que o artigo 8º da Lei Complementar 24/73 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.
4. A manifestação da douta Representação Fiscal está às fls.446/455, onde propugna pelo não provimento do Recurso Ordinário.
5. É o relatório, DECIDO.
6. A acusação que pesa contra a atuada refere-se a Crédito indevido de ICMS, no período de Dezembro/2002 a Junho/2004, correspondente à **diferença entre o imposto destacado em notas fiscais de transferência de mercadorias remetidas de sua filial com sede no Estado de Goiás e o efetivamente cobrado do citado remetente**. O crédito é indevido **porque decorreu de incentivo fiscal concedido pelo Estado de Goiás, sem aprovação do CONFAZ**, portanto, em desacordo com o artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea "g", da Constituição Federal e artigo 1º, Parágrafo Único, inciso IV e § 2º da Lei Complementar 24/75, conforme se comprova pelo "Termo de Acordo de Regime Especial número **062/2000-GSF**".
7. Conforme relato no AIIM exordial, a filial da recorrente é estabelecida no **Estado de Goiás** e usufrui de **benefício fiscal** a ela concedida através do **TARE – Termo de Acordo de Regime Especial número 062/2000-GSF** (fls. 13 a 14), pelo qual o Governo do Estado de Goiás lhe autoriza um **crédito fiscal equivalente a 2%** (dois por cento) do valor da operação, na remessa de autopeça destinada à comercialização, industrialização e produção para outro Estado, com observância dos termos do TARE e da legislação aplicável, conforme descrito na cláusula **segunda, item II**, do citado Acordo (**Fls. 13**):

"Cláusula Segunda - fica a acordante autorizada:

II – a apropriar crédito outorgado do ICMS na importância correspondente à aplicação do percentual de 2% (dois por cento) sobre o valor da operação de



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

CAMARA
3ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-545416-2005

RECURSO
ORDINÁRIO

saída interestadual de autopeça destinada à comercialização, industrialização e produção.

8. Este TARE implica em uma redução na alíquota incidente nas saídas de autpeças da filial, estabelecida em Goiás, para outra unidade da federação, no equivalente de 2%, e não foi aprovado pelo CONFAZ. Assim, a recorrente creditou-se do valor do ICMS destacado nas Notas Fiscais de Transferências de mercadorias da filial (12%), mas a operação teve uma carga tributária na origem de apenas 10% (dez por cento).

9. O imposto exigido no AIIM correspondente à diferença entre o imposto destacado em notas fiscais de transferência de mercadorias remetidas pela filial com sede no Estado de Goiás (12%) e o efetivamente pago (10%).

10. O fisco elaborou a **Relação de notas fiscais** de transferências de mercadorias recebidas do estabelecimento de Goiás (Fls. 06 a 10), o **Resumo Mensal** das transferências (Fls. 11), o **Demonstrativo** para determinação do momento de ocorrência de saldo devedor e cobrança do ICMS creditado indevidamente (Fls. 12), e juntou aos autos cópias do **Termo de Acordo de Regime Especial TARE – 062/2000-GSF** (fls. 13 a 14), além de cópias das Notas Fiscais de Transferência (Fls. 15 a 250), das Guias de Apuração do ICMS (Fls. 361 a 419) e dos **Livros Registro de Entradas** onde os créditos foram escriturados (Fls. 251 a 360).

11. Em síntese, verifica-se que o contribuinte reitera, em sua peça recursal, a mesma linha de argumentação já exposta em sua Defesa Administrativa, no sentido de que "o Comunicado CAT-36 não é meio idôneo para neutralizar a denominada guerra fiscal, pois transfere para o contribuinte uma refrega que não é dele e que por isso não pode ser atingido." O contribuinte alega ainda que "o auto de infração não se sustenta somente porque foi levado por razões políticas, mas é também improcedente à luz do nosso ordenamento jurídico."

12. As provas dos autos não deixam margens a questionamentos acerca da ocorrência do ilícito. Os livros Registro de Entradas juntados às folhas 251 a 360 comprovam a apropriação dos créditos demonstrados às folhas 06 a 11. A recorrente, em momento algum, impugnou a acusação, ao contrário, **admitiu a apropriação do crédito relativo ao imposto destacado em nota fiscal interestadual, de 12%, referente a transferências de mercadorias recebidas da filial, em Goiás.**

13. A vedação ao crédito está nos expressos termos do artigo 56 do RICMS/91 (artigo 36 da Lei Estadual nº 6.374/89, *verbis*:

"Art. 56 - 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".



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

CAMARA
3ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-545416-2005

RECURSO
ORDINÁRIO

§ 1º - Para efeito deste artigo, considera-se:

2 - imposto anteriormente cobrado, a importância calculada nos termos do item precedente e destacada em documento fiscal hábil;

"§ 2º - Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de qualquer subsídio, redução da base de cálculo, crédito presumido ou outro incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea "g", da Constituição Federal (Lei 6.374/89, art. 36 § 3º, na redação da Lei 9.359/96). (Redação dada pelo inciso I do art. 2º do Decreto 41.252, de 30-10-96 DOE 31-10-96; efeitos a partir de 19-06-96)"(g.n.)

14. A regra do § 2º transcrito não autoriza validar crédito fiscal decorrente de operação interestadual lastreada num incentivo fiscal que propicia ao remetente o abatimento parcial do imposto devido na operação, em afronta ao preceito estabelecido no artigo 155, § 2º, XII, "g" da Constituição Federal.

15. O Regime Especial obtido pelo contribuinte filial junto ao Governo de Goiás que autoriza crédito fiscal outorgado equivalente a 2% (dois por cento) sobre o valor das transferências de mercadorias para estabelecimentos da mesma empresa situados em outra unidade da Federação, não pode produzir efeitos no Estado de São Paulo, na ausência de convênio firmado entre os Estados remetente e destinatário.

16. O TARE (Termo de Acordo de Regime Especial) número 062/2000-GSF (fls. 13 a 14) tem validade unicamente para o Estado de Goiás, não tendo alcance extraterritorial.

17. A parcela de 2% impugnada no presente feito não corresponde a imposto anteriormente cobrado no Estado de São Paulo ou em outro Estado da Federação, pelo que não é admissível permitir que o imposto devido ao Estado de São Paulo seja compensado por esse crédito em desacordo com o comando inserto no inciso II do 2º do artigo 155 da Constituição Federal.

18. A glosa do crédito do ICMS destacado nas notas fiscais, nas operações interestaduais, correspondente a imposto não pago em outros Estados - porque dispensado pela concessão de benefício em desacordo com a Lei Complementar 24/75 - já foi objeto de decisões deste Tribunal de Impostos e Taxas, favoráveis à Fazenda Estadual, cujos correspondentes processos listamos, a título de exemplo:

Processo nº	Câmara	Sessão
DRT 06 327056/2003	4ª Efetiva	30/03/2006

FLS.



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

CAMARA
3ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-545416-2005

RECURSO
ORDINÁRIO

DRT 08 87633/2005	1ª Efetiva	09/03/2006
DRTC-II 347389/2005	4ª Efetiva	17/11/2005
DRT 06 388314/2003	6ª Efetiva	20/09/2005
DRT 06 637706/2002	3ª Temporária	09/09/2005
DRT 06 511579/2004	8ª Efetiva	12/07/2005
DRT 06 637768/2002	1ª Temporária	30/06/2004

19. Oportuna, também, a transcrição de trechos de votos, sobre s questão:

19.1 do processo DRT 6 nº 637768/02:

O caso dos autos, esclareça-se, trata de remessa de mercadorias de estabelecimento da autuada situado em Goiás para estabelecimento também da autuada, localizado em São Paulo; ou seja, trata-se de hipótese em que a mesma pessoa jurídica realiza remessa de mercadorias entre estabelecimentos.

A autuada vem aos autos, no entanto, como se mal conhecesse aquele que remeteu as mercadorias ao seu estabelecimento de São Paulo; como se houvesse lançado os 12% de imposto destacado na nota fiscal a título de crédito sem saber que o valor respectivo não fora de fato cobrado por Goiás; como se esse imposto não-cobrado constituísse-lhe custo, de forma que a glosa dos créditos levada a efeito pelo Estado de São Paulo implicaria afronta ao princípio da não cumulatividade. (...)

Ora, a autuada assinou acordo com o Estado de Goiás em que se estipulou a concessão de crédito presumido concomitantemente à incidência do imposto na saída das mercadorias de seu estabelecimento, de forma que o imposto cobrado por Goiás foi, substancialmente, inferior ao imposto destacado na nota fiscal.

A autuada sabia perfeitamente (ou deveria sabê-lo) que o crédito presumido que lhe era concedido por meio de acordo de regime especial era inconstitucional.

As mercadorias foram encaminhadas do estabelecimento da autuada em Goiás para estabelecimento em São Paulo que também era seu, o que torna indiscutível o fato de que o imposto não-cobrado em Goiás não lhe constituiu custo.

Vê-se, assim, que a celebração do acordo em debate, entre a autuada e o Estado de Goiás, pretendeu verdadeiro abuso de direito: pela via da concessão de crédito presumido, cobrava-se da autuada imposto em valores inferiores àqueles destacados na nota fiscal; em função do destaque, a autuada pensava creditar-se em São Paulo do total do imposto destacado, embora não tivesse sido cobrada do valor integral do Estado de Goiás; a autuada pretendia, com efeito, o crédito de valores que não lhe haviam sido custo; São Paulo perderia ICMS, na medida em que seria obrigado a reconhecer o crédito em questão, e o Estado de Goiás, evidentemente, fomentaria a instalação de empresas farmacêuticas em seu território.



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

CAMARA
3ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-545416-2005

RECURSO
ORDINÁRIO

No caso dos autos, com efeito, atendendo-se à equidade, aos preceitos da Constituição Federal e à boa-fé, que não admite a alegação da própria torpeza como argumento de defesa, não haveria como se admitir o crédito fiscal do valor correspondente à parte do imposto não cobrada por Goiás, mas destacada pela atuada (estabelecimento de Goiás) na nota fiscal de remessa.

19.2 do processo DRT/06 388.314/03:

"Esta é uma atuação típica dentro da guerra fiscal travada entre diversos Estados, sem a concordância do CONFAZ. Como bem decidiu a E. 1 C. Temporária no Proc. DRT-06-637.768/02, "vê-se assim que a celebração do acordo em debate, entre a atuada e o Estado de Goiás, pretendeu verdadeiro abuso de direito; pela via de concessão de crédito presumido, cobrava-se da atuada imposto em valores inferiores àqueles destacados na nota fiscal; em função do destaque, a atuada pensava creditar-se em São Paulo do total do imposto destacado, embora não tivesse sido cobrada do valor integral do Estado de Goiás; a atuada pretendia, com efeito, o crédito de valores que não lhe haviam sido custo; São Paulo perderia ICMS na medida em que seria obrigado a reconhecer o crédito em questão e o Estado de Goiás, evidentemente fomentaria a instalação de empresa ... em seu território. Concorro integralmente com o entendimento acima e o adoto, no caso destes autos." (g.n)

20. A orientação do Supremo Tribunal Federal, por igual, não reconhece a legitimidade do crédito com a origem que aqui se verifica, como segue:

ADI 2157 - Por aparente ofensa ao art. 155, § 2º, XII, g, da CF - que exige, em se tratando de ICMS, a celebração de convênio entre os Estados para a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais - o Tribunal deferiu pedido de liminar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Estado de São Paulo para suspender, até decisão final, a eficácia de dispositivos da Lei 7.508/99, do Estado da Bahia, que, ao instituir o Programa Estadual de Desenvolvimento da Mineração, da Metalurgia e da transformação do Cobre-PROCOBRE, autoriza a concessão de benefícios fiscais, e, em consequência, de dispositivos do DL 7.699/99, também do Estado da Bahia, que regulamentam o referido Programa. Precedentes citados: ADInMC 1.179-SP (DJU de 12.4.96) e ADInMC 1.247-PA (DJU de 8.9.95). ADInMC 2.157-BA, rel. Moreira Alves, 28.6.2000. (ADI-2157)

ADI 2352 - ICMS - CONCESSÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIOS FISCAIS - DECRETO ESTADUAL Nº153-R/2000-ES - "GUERRA FISCAL" - REPRESSÃO PELO STF - AUTONOMIA DO ESTADO - INOPONIBILIDADE - SUSPENSÃO DOS EFEITOS. "ICMS: concessão unilateral de benefícios fiscais (incluída a outorga de crédito presumido) por Estado federado: 'guerra fiscal' repelida pelo STF: liminar deferida.

1. A orientação do Tribunal é particularmente severa na repressão à guerra fiscal entre as Unidades Federadas, mediante a prodigalização de isenções e benefícios fiscais atinentes ao ICMS, com afronta da norma constitucional do art. 155, parág. 2º, II, 'g' - que submete sua concessão à decisão consensual dos Estados, na forma de lei complementar (ADIn 84-MG, 15.2.96, Galvão, DJ 19.4.96; ADInMC 128-AL, 23.11.89, Pertence, RTJ 145/707; ADInMC 902 3.3.94, Marco Aurélio, RTJ 151/444; ADInMC 1.296-PI, 14.6.95, Celso; ADInMC 1.247-PA, 17.8.95, Celso, RTJ 168/754; ADInMC 1.179-RJ, 29.2.96, Marco Aurélio, RTJ 164/881; ADIn 2.021-SP, 25.8.99, Corrêa; ADIn 1.587, 19.10.00, Gallotti, Informativo 207, DJ 15.8.97; ADInMC 1.999, 30.6.99, Gallotti, DJ 31.3.00).



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

CAMARA
3ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-545416-2005

RECURSO
ORDINÁRIO

2. As normas constitucionais, que impõem disciplina nacional ao ICMS, são preceitos contra os quais não se pode opor a autonomia do Estado, na medida em que são explícitas limitações dela.

3. A invocada existência constitucional de convênio interestadual (CF, art. 155, 2º, II, 'g') alcança a concessão por lei estadual de crédito presumido de ICMS, como afirmado pelo Tribunal.

4. Concorrência do periculum in mora, para a suspensão do ato normativo estadual que - posto inspirada na razoável preocupação de regir contra o Convênio ICMS 58/99, que privilegia a importação de equipamentos de pesquisa e lavra de petróleo e gás natural contra os produtos nacionais similares - acaba por agravar os prejuízos igualmente acarretados à economia e às finanças dos demais Estados-membros que sediam empresas do ramo." (Ac un do STF-Pleno - ADIn 2.352-7-ES - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - j 19.12.00 - Reqte.: Governador do Estado de Minas Gerais; Reqdo.: Governador do Estado do Espírito Santo - DJU-e 1 09.03.01, p 102 - ementa oficial). (grifos nossos)

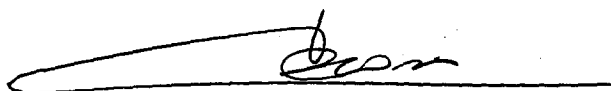
ADI 2439

Por ofensa ao art. 155, § 2º, XII, g, da CF - que exige, em se tratando de ICMS, a celebração de convênio entre os Estados para a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais -, o Tribunal julgou procedente ação direta ajuizada pelo Governador do Estado de São Paulo para declarar a inconstitucionalidade da Lei 1.798/97, do Estado do Mato Grosso do Sul (na redação dada pelas Leis estaduais 2.047/99 e 2.182/2000), que instituía o Programa Ações para o Desenvolvimento de Mato Grosso do Sul - PROAÇÃO, conferindo benefícios e incentivos fiscais relativos ao ICMS, e do art. 8º do Decreto 9.115/98, também do Estado do Mato Grosso do Sul, que, regulamentando o referido Programa, instituía benefício alternativo aos genericamente fixados pela Lei estadual impugnada. ADI 2.439-MS, rel. Min. Ilmar Galvão, 13.11.2002. (ADI-2439)


36. Isso posto, conheço do recurso ordinário e lhe nego provimento.

SALA DAS SESSÕES (3ª Câmara), em 11 de janeiro de 2007.



ANTONIA EMILIA PIRES SACARRÃO
RELATOR



AUGUSTO MASCARELLI


ANDRÉ FELIX ROTA DE OLIVEIRA


FÁBIO HENRIQUE BORDINI CRUZ


TIAGO DE PAULA ARAUJO



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
CAT - TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

Página: 1
Data 12/01/2007
Hora 12:56:26
DAP383R

Sessão: 11/01/2007

Processo: DRT-05-545416/2005 - AIIM 3040478-2

TERCEIRA Câmara Efetiva

Recorrente: PELLEGRINO DISTRIBUIDORA DE AUTOPEÇAS LT

Recorrida: A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO

Relator: Antonia Emilia Pires Sacarrao

Tipo de Recurso: Recurso Ordinário

Advogado: Dr(a). Oswaldo Passarelli

Negado provimento. Decisão unânime

Publicado em: **22 FEV 2007**