



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
QUINTA EFETIVA	DRT-5-318424/05	ORDINÁRIO

RECORRENTE	COMERCIAL AUTOMOTIVA LTDA					
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA					
RELATOR(A)	LUIZ FERNANDO MUSSOLINI JÚNIOR	AIIM	3035706-8	S. ORAL	S/N	S
ASSUNTO						
CREDITAMENTO INDEVIDO DO ICMS REFERENTE À ENTRADAS DE MERCADORIAS RECEBIDAS DE CONTRIBUINTE DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO TITULARES DE BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS SEM A NECESSÁRIA AUTORIZAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA - CONFAZ, EM DESACORDO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 155, § 2º, XII, "g") E COM A LEI COMPLEMENTAR Nº 24/75 (ARTIGO 1º), CONFIGURANDO A HIPÓTESE DESENHADA NO ARTIGO 8º, I E II, DO MESMO DIPLOMA COMPLEMENTAR.						
QUESTÃO DECIDIDA - PROPOSTA DE EMENTA						

O contribuinte foi autuado por ter se apropriado dos créditos do ICMS debitado à razão de 12% (doze por cento) por seus estabelecimentos filiais de Goiás e do Distrito Federal, quando os mesmos são titulares de regimes especiais que implicam na concessão de créditos outorgados de 2% (dois por cento) e de 11% (onze por cento), respectivamente, tratamentos esses concedidos unilateralmente pelas Unidades Federadas, sem consideração das limitações postas nas disposições constitucionais e na legislação complementar, glosando-se os diferenciais de crédito (2% e 11%) e aplicando-se a sanção prevista nos dispositivos legais vigentes à época dos fatos geradores.

Em defesa inaugural, opôs preliminar arguindo a falta de certeza e liquidez do crédito tributário vertido no AIIM, isto no que concerne às operações realizadas junto ao seu estabelecimento filial do Distrito Federal (fls. 3040). Nesse passo, afirmou

"Como já esclarecido, se as transferências realizadas pelo estabelecimento distrital com destino à IMPUGNANTE fossem normalmente tributadas á alíquota de 12%, a ele poderia ser imputado um pagamento de imposto de 5%, em vista do crédito de 7% apropriado por ocasião da entrada das mercadorias adquiridas. Contudo, como o Distrito Federal lhe impõe o pagamento de 1% do valor correspondente às operações interestaduais realizadas - prática cuja efetividade não foi contestada pelas autoridades autuantes - por certo que somente se poderia entender como eventual "benefício" o montante correspondente a 4% do valor das operações realizadas por este estabelecimento.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
QUINTA EFETIVA	DRT-5-318424/05	ORDINÁRIO

Neste contexto, ao exigir o estorno do crédito apropriado pela IMPUGNANTE mediante a aplicação da alíquota de 11% sobre o valor das transferências recebidas de seu estabelecimento no Distrito Federal, o Estado de São Paulo, incorrendo em aparente inconstitucionalidade, acaba por se locupletar indevidamente. Acaso fosse possível vedar o crédito de ICMS aproveitado pela IMPUGNANTE, o que ora se admite apenas para fins de argumentação, esta vedação poderia se limitar apenas e tão somente a 4% do valor das operações realizadas pelo estabelecimento". (fls. 3043)

Caso superada a preliminar, postula a decretação da improcedência do AIIIM, pelas razões a seguir elencadas:

"... a restrição ao crédito apropriado pela IMPUGNANTE fere o princípio constitucional da não-cumulatividade, tendo em vista que o ICMS incidente sobre as operações de circulação de mercadorias implica necessariamente o direito integral de apropriação do valor destacado no documento fiscal devidamente escriturado –

a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 24/75, por limitar a autonomia política, financeira e administrativa dos Estados e do Distrito Federal, ampliando o conceito de benefícios condicionados à edição de Convênios, bem como por impor penalidades cuja aplicação cumulativa implica ofensa tanto o princípio da não-cumulatividade do ICMS quanto ao pacto federativo e o princípio da competência tributária exclusiva dos Estados e do Distrito Federal para criação e aumento deste imposto –

a eficácia dos atos normativos que conferem embasamento jurídico aos Termos de Acordo de Regime Especial conferidos aos estabelecimentos filiais da IMPUGNANTE, bem como a presunção de legitimidade e a imperatividade destes atos normativos persistem até manifestação em contrário do STF –

a ilegalidade e inconstitucionalidade do Comunicado CAT nº 36/04, que também fere o princípio da não-cumulatividade do ICMS e o princípio da tripartição dos poderes -

o fato de São Paulo se insurgir contra os contribuintes estabelecidos em seu território ao invés de atacar os Entes Federativos que incitam a "guerra fiscal" mediante a utilização dos meios jurídicos próprios, principalmente, a interposição de ADINs junto ao STF, e

o fato do próprio Estado de São Paulo também participar desta "guerra fiscal", na medida em que edita atos normativos concessivos de benefícios fiscais também maculados por inconstitucionalidade". (fls. 3075/6).

A decisão de 1º grau não confrontou propriamente a preliminar suscitada, embora tenha lançado, em sua fundamentação, que

"Observo perfeitamente que Sr. AFR atuante não glosou o crédito do imposto da diferença recolhida pelo remetente (crédito menos débito), como quer a



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
QUINTA EFETIVA	DRT-5-318424/05	ORDINÁRIO

autuada, uma vez que a regra do regime especial concedido pressupõe o estorno de valores creditados à época da entrada de mercadoria no estabelecimento do Distrito Federal para que seja creditado 11% do valor total da operação para o estabelecimento paulista, no que desoneraria em 4% do valor total das operações, sendo que apenas 1% das operações seria o valor recolhido de ICMS pelo Estado de origem, ou seja, ao invés de pagar 5% (12% menos 7%), pagou 1% (12% menos 1%).

Em que pese o critério financeiro demonstrado, com suas fórmulas matemáticas, o direito cria sua realidade e estabelece relações jurídicas, como no caso do ICMS a incidir sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (art. 155, II, da CF/88)" (fls. 3142).

Quanto à matéria de fundo da ação fiscal, ressalta, concludentemente, que

"O Distrito Federal e o Estado de Goiás agiram à margem da lei, o ICMS é um imposto ainda sob a égide da Lei Complementar 24/75, recepcionada pela Constituição Federal que buscou disciplinar conflitos de competência entre as unidades autônomas da Federação.

A própria Constituição Federal busca estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária- artigo 146. Benefícios fiscais concedidos de forma indiscriminada causam desequilíbrio econômico e social, intromete-se na autonomia financeira de outras unidades da Federação.

Relação jurídica tributária do imposto é o valor que o contribuinte de direito pagou pela operação de remessa de mercadoria para outro Estado da Federação, sendo que, o benefício fiscal concedido por essa unidades da federação buscou de forma indireta burlar a fixação da alíquota interestadual do imposto fixada pela Resolução do Senado.

O auto de infração não busca cobrar um imposto que deixou de ser exigido de outra unidade da Federação, mas restabelecer o real valor do imposto cobrado da operação, que na verdade não foi de 12%, mas de 1%, motivo da glosa de 11% das operações oriundas do Distrito Federal e de 2% do Estado de Goiás" (fls. 3143).

Reconhece a procedência do AIIM (fls. 3144).

O contribuinte, inconformado, manejou o Recurso Ordinário de fls. 3147/3188.

Ratifica a preliminar de incerteza e iliquidez do crédito vertido no AIIM, trazendo, aqui, como fato novo, o que segue (fls. 3157/8)

"Aliás importa salientar que esta conclusão está em total consonância com o entendimento exarado pela d. Coordenadoria da Administração Tributária do



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
QUINTA EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT-5-318424/05

RECURSO
ORDINÁRIO

Estado de São Paulo. Esta afirmação pode ser confirmada pela análise do relatório de impacto financeiro elaborado por esta d. Coordenadoria (doc. 01) e utilizado pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo para instruir o Pedido de Suspensão dos Efeitos da Liminar concedida ao Sindicato do Comércio Atacadista, Importador, Exportador e Distribuidor de Peças, Acessórios e Componentes para Veículos em Geral do Estado de São Paulo (SICAP) nos autos do Mandado de Segurança nº 053.05.005391-7.

Depreende-se do referido relatório que a própria Procuradoria reconhece (na página 2 da intitulada "Análise de Impacto") que, frente aos "benefícios fiscais" concedidos pelo Estado de Goiás e pelo Distrito Federal e tomando-se especificamente as condições dos Termos de Acordo de Regime Especial (TARE's) concedidos pelo Distrito Federal, " (...) o benefício fiscal é de aproximadamente de 4% sobre os valores transferidos do DF para SP entre os estabelecimentos da mesma empresa". Aliás. Este impacto de apenas 4% fica ainda mais evidente se tomadas as tabelas (trazidas na pagina 3 da intitulada "Análise de Impacto") elaboradas para a quantificação da suposta perda do Estado de São Paulo em face da concessão da mencionada liminar. Isto, de plano, confirma a ausência de liquidez e certeza do crédito tributário exigido no AIIM epigrafado, impondo-se o cancelamento da exigência fiscal".

Quanto ao mérito, repisa, detalhada e extensamente, seus argumentos, já postos da contradição primeira, em pról da litude da inteireza dos créditos apropriados e da consequente improcedência do feito fiscal.

A D. Representação Fiscal fez contra-razões às fls. 3193/3213.

Acentua que os benefícios conferidos aos estabelecimentos filiais da Recorrente de Goiás e do DF não foram aprovados pelo CONFAZ, do que deriva a ilegitimidade dos créditos sacados pela mesma. Refuta, por conseguinte, a dita incerteza e iliquidez do crédito tributário reclamado no AIIM, salientando às fls. 3212 que

"O fato é que, "in casu", a recorrente creditou-se indevidamente do ICMS correspondente à diferença entre o imposto destacado em notas fiscais de transferência de mercadorias remetidas pela Filial situada no Distrito Federal, e o efetivamente cobrado e pago pelo citado remetente, tendo em vista que referidos créditos decorreram de incentivos fiscais concedidos pelo Distrito Federal, sem aprovação do CONFAZ, gerando, com isso, "a ineficácia do crédito fiscal (11%) atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria", assim como a "exigibilidade do imposto não pago ou devolvido", seguindo os preceitos estabelecidos nos incisos I e II do Art. 8º da Lei Complementar número 24/75, retrocitados.

Dando como materializadas as infrações irrogadas, pois que "a autuada não trouxe qualquer prova documental que pudesse contrariar o resultado apurado pelo



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
QUINTA EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT-5-318424/05

RECURSO
ORDINÁRIO

Fisco" (fls. 3212), postula o não provimento do RO do contribuinte.

Tendo havido protesto por sustentação oral, regularmente formulado, devem ser intimados o sujeito passivo e seu patrono para sua efetivação.

São Paulo, 11 de agosto de 2006.

Luiz Fernando Mussolini Júnior
Juiz Relator



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

3407
Adão
12.898.740-6
A.A.T. - 2-D

CAMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
QUINTA EFETIVA	DRT-5-318424/05	ORDINÁRIO

RECORRENTE	COMERCIAL AUTOMOTIVA LTDA					
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA					
RELATOR(A)	LUIZ FERNANDO MUSSOLINI JÚNIOR	AIIM	3035706-8	S. ORAL	S/N	S
ASSUNTO						
CREDITAMENTO INDEVIDO DO ICMS REFERENTE À ENTRADAS DE MERCADORIAS RECEBIDAS DE CONTRIBUINTES DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO TITULARES DE BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS SEM A NECESSÁRIA AUTORIZAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA - CONFAZ, EM DESACORDO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 155, § 2º, XII, "g") E COM A LEI COMPLEMENTAR Nº 24/75 (ARTIGO 1º), CONFIGURANDO A HIPÓTESE DESENHADA NO ARTIGO 8º, I E II, DO MESMO DIPLOMA COMPLEMENTAR.						
QUESTÃO DECIDIDA - PROPOSTA DE EMENTA						

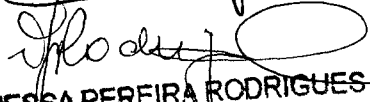
COMPLEMENTO DE RELATÓRIO E PROPOSTA DE DILIGÊNCIA

O d. patrono do contribuinte requereu o adiamento de pauta para sustentação oral (petição de fls.) e, depois, realizou-a, requerendo a juntada de petição com elementos para regularização da representação processual (fls.) e de outro petitório anexando memorial e mais documentos (fls.), designados como "(a) planilhas com o movimento de entradas e saídas das mercadorias recebidas por seu estabelecimento filial no Distrito Federal e transferidas para seu estabelecimento em Campinas-São Paulo no período autuado, em conformidade com as notas fiscais relacionadas pela fiscalização nos documentos que instruem o presente feito; (b) os arquivos magnéticos previstos no Convênio ICMS 57/95; e (c) as Guias Informativas do ICMS (GIM's) referentes ao período autuado".

Isto posto, e em respeito aos princípios da verdade material e contraditório, estou em que deva ser aberta vista à D. Representação Fiscal para manifestação acerca dos documentos juntados, voltando, depois, os autos a este Juiz, para finalização de relator e prolação de voto.

Sala das Sessões, em 10 de Outubro de 2006.


Luiz Fernando Mussolini Júnior
Juiz Relator


VANESSA PEREIRA RODRIGUES

FLS.



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

CÂMARA
QUINTA EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT-5-318424/05

RECURSO
ORDINÁRIO

RECORRENTE	COMERCIAL AUTOMOTIVA LTDA.				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA				
RELATOR(A)	LUIZ FERNANDO MUSSOLINI JÚNIOR	AIIM		S. ORAL	S/N
ASSUNTO					
CREDITAMENTO INDEVIDO DO ICMS REFERENTE À ENTRADAS DE MERCADORIAS RECEBIDAS DE CONTRIBUINTE DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO (DISTRITO FEDERAL E GOIÁS) TITULARES DE BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS SEM A NECESSÁRIA AUTORIZAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA - CONFAZ, EM DESACORDO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 155, § 2º, XII, "g") E COM A LEI COMPLEMENTAR Nº 24/75 (ARTIGO 1º), CONFIGURANDO A HIPÓTESE DESENHADA NO ARTIGO 8º, I E II, DO MESMO DIPLOMA COMPLEMENTAR.					
QUESTÃO DECIDIDA - PROPOSTA DE EMENTA					
RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO - INCOMPATIBILIDADE DA LEGISLAÇÃO PAULISTA RESTRITIVA DO CREDITAMENTO DO IMPOSTO COM A REGRA CONSTITUCIONAL DA NÃO CUMULATIVIDADE DO ICMS - QUANDO MENOS, RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA RECONHECER A IMPROCEDÊNCIA DAS PRETENSÕES DE ARRECADAR E PUNIR REFERENTES ÀS OPERAÇÕES ORIGINÁRIAS DO ESTABELECIMENTO DE CONTRIBUINTE DO DISTRITO FEDERAL, ENQUANTO ESTIMADO O ESTORNO DO ICMS À RAZÃO DE 11%, FICANDO ESTE LIMITADO AO PERCENTUAL DE 4%.					
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA		

COMPLEMENTO DE RELATÓRIO E VOTO.

Por força do quanto deliberamos em sessão de 10 de outubro de 2006, diante da juntada de novos documentos pelo contribuinte, quando da apresentação de memorial e efetivação da sustentação oral do RO, abriu-se vista à D. Representação Fiscal.

Esta, na pena da Dra. Lúcia Rollo, solicitou pronunciamento conclusivo do agente atuante acerca dos argumentos expendidos pelo Recorrente com suporte na documentação então acostada.

Este, em manifestação de fls. 3417/3425, sublinha que:

FLS.



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

CÂMARA
QUINTA EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT-5-318424/05

RECURSO
ORDINÁRIO

16 Os documentos apresentados reforçam e consolidam que o procedimento do fisco paulista está correto, por que a carga tributária efetiva nas operações de transferência do Distrito Federal para São Paulo é de 1% e como o crédito tomado foi de 12%, portanto, é indevido 11% nas referidas operações.

17 Verificando todas as Guias Informativas Mensais do ICMS - GIM e especificamente os DEMONSTRATIVOS AUXILIARES À APURAÇÃO DO ICMS constatamos que a efetiva carga tributária cobrada no Distrito Federal é de 1%, conseqüentemente o interessado não poderia se creditar dos 12% destacado nos documentos fiscais.

...

19 Conforme demonstrado o valor do ICMS efetivamente pago anteriormente foi considerado para efeito de glosa do crédito.

Voltaram os autos à D. Representação Fiscal, e esta reiterou seu parecer pelo desprovimento do recurso ordinário (fls. 3430/3448).

Dou por relatado e passo ao

VOTO

Este processo tem características distintas daqueles que examinei até então, no curso do presente mandato nesta Colenda 5ª Câmara Efetiva do TIT.

Aqui está envolvida a glosa parcial do ICMS creditado por força de mercadorias recebidas de estabelecimento situado no DF (exigência do estorno de 11%), e do imposto aproveitado em função de transferências recebidas de estabelecimento goiano (2%).

O contribuinte formula pleitos alternativos; pede a improcedência integral do feito, "ou, caso assim não se entenda, para que seja determinada a redução do crédito tributário, de forma a se reconhecer com legítima a glosa de tão somente 4% do valor do ICMS incidente nas operações de transferência realizadas pela Recorrente junto a seu estabelecimento filial distrital (fls. 3249- Memorial de Sustentação Oral).

É consabida minha posição sobre a *quaestio*, que tem pautado os votos que até então prolatei em processos similares.

Ela está consubstanciada em palestra que proferi por ocasião do 2º Congresso Nacional de Estudos Tributários, promovido pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET em dezembro de 2005, e está resumida em capítulo do livro "Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito", NOESES, 2005, pag. 407/428.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
QUINTA EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT-5-318424/05

RECURSO
ORDINÁRIO

Mais uma vez insisto e deixo claro que não compactuo com a idéia de que a chamada "Guerra Fiscal" é um fato consumado, com o qual devemos mansamente conviver, aceitando-o como conseqüência inevitável das características de uma Federação arquitetada sobre diferenças geográficas e econômicas tão marcantes como aquelas dos Estados brasileiros.

Assim não posso admitir, porque, como antigo operador do direito, tenho plena convicção da acintosa inconstitucionalidade, aliás muitas vezes já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que vem contida nas iniciativas unilaterais dos Estados e do Distrito Federal em conceder benesses fiscais para atrair investimentos. Estou consciente de que tais programas de estímulos representam violenta agressão ao sistema jurídico posto, a par de que, como cidadão, sou sabedor dos danos que esses artificialismos geram às finanças públicas, em prazo mais longo e no contexto macroeconômico, bem ainda do desequilíbrio injusto e predatório que trazem para a livre concorrência entre os agentes privados da economia.

Essa postura poderia nos conduzir, a mim e a nós todos, a ver legitimada a atitude de reação de algum tempo mais incisivamente assumida pelo Estado de São Paulo. Seria apenas mais um dos intermináveis episódios do conflito tributário.

Com efeito, não há como negar que a norma vertida no § 3º do artigo 36 da Lei nº 6374/89 (na redação conferida pela Lei nº 9359/96), bem como as providências preconizadas no Comunicado CAT nº 36/2004, têm justificativas políticas de sobra. Todavia, tenho sérias dúvidas sobre a validade da regra e da atitude da Administração Fazendária Paulista, isto em termos estritamente de direito.

Num primeiro lance, parece-me que se quer combater inconstitucionalidades, com a adoção de procedimento impróprio, que pode ser considerado desconforme às normas maiores do ordenamento. Explico.

Penso que a circunstância de que um estímulo tributário deferido à uma empresa localizada fora do Estado de São Paulo tenha sido concebido à margem do sistema jurídico, não pode ter como conseqüência a restrição ao direito ao crédito do ICMS debitado no documento fiscal e pago pelo adquirente da mercadoria ou tomador do serviço, isto sob pena de se fazer letra morta a norma constitucional maior da não-cumulatividade do tributo, posta no art. 155, I, da Carta Política de 88, com as exceções estampadas no inciso II do mesmo artigo.

Reiterando: é verdadeiro que a Lei Complementar nº 24/75 prevê que a outorga de benefícios ou incentivos fiscais está vinculada à sua aprovação através de convênio entre as unidades federadas, e que, nos termos do § 1º do seu artigo 8º, a não observância dessa forma acarreta, cumulativamente, a nulidade do ato concessório e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento

FLS.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
QUINTA EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT-5-318424/05

RECURSO
ORDINÁRIO

recebedor da mercadoria (à época não havia a incidência sobre serviços), e, mais ainda, e exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do crédito correspondente.

Todavia, em meu entendimento, tanto não dá alicerce ao artigo 36, parágrafo 3º, da Lei Estadual nº 6.374/89 (em que busca supedâneo o Comunicado CAT nº 36/2004), segundo o qual não se considera cobrado, para fins de crédito posterior, o ICMS destacado em documento fiscal que corresponder à vantagem econômica decorrente de qualquer subsídio, benefício ou incentivo fiscal concedido em desacordo com dispositivo da Constituição Federal.

Parece impossível negar, dentro de nosso sistema jurídico, que a nulidade e a conseqüente ineficácia do ato concessório do estímulo fiscal, e as implicações dessas máculas, não que ser previamente reconhecidas pelo Poder Judiciário, mais precisamente pelo Supremo Tribunal Federal, que tem competência exclusiva de controle concentrado de constitucionalidade dos atos legislativos estaduais, entre outros.

Em outras palavras: o fato, mesmo que notório, de o benefício ser concedido unilateralmente por uma certa unidade da Federação, não tem, de per si, o condão de tornar ilegítimos os créditos a que têm direito os adquirentes das mercadorias e tomadores de serviços situados em unidades federativas.

Por esse exato motivo é que o Estado de São Paulo vem buscando a decretação da inconstitucionalidade de várias legislações de diversos Estados e do Distrito Federal, como se vê do próprio Anexo I do Comunicado CAT nº 36/2004.

Por essa mesma razão, revelam-se improcedentes as ações fiscais voltadas à invalidação dos créditos do ICMS pago a fornecedores e prestadores de serviços de tais unidades, pois essa providência afronta o direito à não-cumulatividade do imposto, que há de ser respeitado até que a norma instituidora do estímulo, que ingressou validamente no sistema jurídico, dele seja extirpada pelo reconhecimento, pelo STF, da sua incompatibilidade com as regras maiores da Constituição Federal.

Não estou solteiro nessa visão. Relevante notar que o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais da Secretaria de Estado da Fazenda do Paraná, por seu Plenário já decidiu no mesmo sentido.

Do voto da vogal designada, Dra. Michelle H. Akel, que terminou prevalecendo, por sufrágio de desempate da Presidência da Corte Administrativa, destaco:

FLS.



CÂMARA
QUINTA EFETIVA

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

PROCESSO Nº
DRT-5-318424/05

RECURSO
ORDINÁRIO

"De outro lado, considero temerária a conduta da Fazenda do Estado do Paraná de, em operações interestaduais, desconsiderar a legislação do estado de origem das mercadorias e, conseqüentemente, considerar ilegítimos os créditos provenientes de operações ali originadas.

Isso porque, todas as normas jurídicas gozam, em princípio, de presunção de legalidade, eficácia e validade jurídica. O sistema jurídico nacional não admite que determinada regra deixe de ser aplicada em razão de uma presunção de inconstitucionalidade ou ilegalidade. Para que dita regra, ainda que flagrante a ilegalidade, perca sua presunção de validade, é necessário que ela seja retirada do sistema jurídico pela via legislativa ou judiciária. Em se tratando de normas editadas por um Estado, contudo, o executivo ou o legislativo de outra unidade federada não tem competência para editar outra regra que se sobreponha àquela, na medida em que tal prática fere o princípio federativo. Cabe, então, tal como na hipótese em tela, ao Estado que se sinta prejudicado, socorrer-se do Poder Judiciário, através de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, por meio da qual a regra concessória do benefício fiscal poderá ser extirpada do sistema.

No caso concreto, porém, se o Estado do Paraná é, ou foi, omissivo ao buscar os meios legais cabíveis para vedar a concessão de incentivos fiscais ao desamparo de convênio, não é lícito, em momento posterior, voltar-se não contra o Estado que cometeu a ilegalidade, mas contra os próprios contribuintes paranaenses.

Para concluir, vejo que na situação em tela, a conduta fazendária me parece ainda mais abusiva, já que nos autos restou comprovado, por prova documental, que houve a incidência do ICMS nas operações (com o destaque nas notas fiscais) e que foi suportado pelo destinatário, contribuinte de fato do imposto. Daí, também, ser flagrante o direito aos créditos e a inocorrência da infração imputada contra o autuado.

In casu, está incontroversa a concretização das operações de circulação de mercadorias que geraram os créditos guerreados pelo Fisco Paulista.

De se acrescer, parecendo corroborar nosso pensamento que, algum tempo atrás, o Governador do Estado do Mato Grosso editou diploma regulamentar cujo inteiro vai abaixo:

"DECRETO Nº 989, DE 23 DE JULHO DE 2003.

Introduz alterações no Regulamento do ICMS e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 66, inciso III, da Constituição Estadual, e

CONSIDERANDO o disposto no artigo 8º, inciso I, da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975;

CONSIDERANDO o comando do parágrafo único do artigo 24 da Lei nº 7.098, de 30 de dezembro de 1998;

CONSIDERANDO a necessidade de promover ajustes na legislação vigente,



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

CÂMARA
QUINTA EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT-5-318424/05

RECURSO
ORDINÁRIO

DECRETA:

Art. 1º Fica acrescentado o artigo 153 às Disposições Transitórias do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 1.944, de 6 de outubro de 1989, com a redação que segue:

"Art. 153 Não será considerado cobrado o imposto destacado em Nota Fiscal que acobertar operação de aquisição de mercadorias quando originárias dos Estados do Espírito Santo, Goiás e Pernambuco e do Distrito Federal.

§ 1º Nas aquisições referidas no *caput*, para fins de aproveitamento do crédito fiscal relativo à entrada de mercadorias no seu estabelecimento, o contribuinte mato-grossense poderá utilizar até o percentual de 7% (sete por cento) do valor da aquisição, ressalvadas as hipóteses de benefícios fiscais autorizados mediante Convênio celebrado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ.

§ 2º O percentual autorizado no parágrafo anterior alcança, inclusive, as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e ao recolhimento do ICMS Garantido Integral, bem como sujeitas à sistemática de cobrança do ICMS Garantido.

§ 3º Fica vedada ao contribuinte mato-grossense a utilização, como crédito fiscal, de valor superior ao autorizado no § 1º, quando adquirir mercadorias de estabelecimento localizado no Estado do Espírito Santo, Goiás ou Pernambuco ou no Distrito Federal.

§ 4º Durante a vigência deste artigo, ficam suspensas as disposições do § 1º do artigo 435-L das Disposições Permanentes, em relação às aquisições oriundas do Estado de Goiás e do Distrito Federal.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data da sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de agosto de 2003.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Palácio Paiaguás, em Cuiabá - MT, 23 de julho de 2003, 182º da Independência e 115º da República.

BLAIRO BORGES MAGGI
GOVERNADOR DO ESTADO

WALDIR JÚLIO TEIS
SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA"

O indigitado decreto foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, manejada pelo Distrito Federal (ADI 3312), aos argumentos de que teria afrontado os princípios constitucionais da não discriminação tributária em razão da procedência do produto (CF, art.152, da não-cumulatividade (CF, art. 155, § 2º, I), da vedação de confisco (CF, art. 150, IV) e também do preceito constitucional que prevê a competência do Senado Federal para fixar a alíquota do ICMS (art. 155, § 2º, IV).

Conquanto ainda não se tenha conhecimento da íntegra do aresto, a notícia que se tem é de que a decisão unânime do Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, na esteira do Relator, Ministro Eros Grau, teria acatado, entre outras, a alegação de inconstitucionalidade da legislação mato-grossense por atingimento ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, como se vê em notícia que

FLS.



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

CÂMARA
QUINTA EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT-5-318424/05

RECURSO
ORDINÁRIO

se transcreve:

"16/11/2006 - 20:11 - STF declara inconstitucional norma sobre ICMS do Mato Grosso

Voto condutor do ministro Eros Grau, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3312, declarou a inobservância, pelo estado de Mato Grosso, do disposto no artigo 155, parágrafo 2º, inciso I, da Constituição Federal. (grifamos).

O Governo do Distrito Federal (GDF) propôs, no Supremo Tribunal Federal (STF), a ADI contra o Decreto 989/03, do Estado do Mato Grosso, que introduziu alterações no regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). De acordo com o GDF, o decreto veda o crédito do imposto integral e corretamente destacado em nota fiscal, quando proveniente do DF, o que ofenderia os princípios da não discriminação tributária, da não-cumulatividade e a vedação de confisco (artigos 152, 155, parágrafo 2º, inciso I e artigo 150, inciso IV da Constituição Federal). O decreto também violaria o artigo 150, parágrafo 2º da Constituição que estabelece a competência do Senado Federal para fixação da alíquota interestadual do ICMS.

O relatório

O relator informou ao Plenário que "deve ser enfrentada, em primeiro lugar, a questão atinente ao vício formal" em relação à usurpação da competência do Senado Federal, para fixar a alíquota do ICMS. "Isso porque a declaração de inconstitucionalidade estará ou não justificada em função de o ato impugnado consubstanciar, ou não, fixação de alíquota". Para o ministro, da análise da matéria, "o estado de Mato Grosso pretende fixar a alíquota do ICMS em relação aos produtos adquiridos nos estados do Espírito Santo, de Goiás, de Pernambuco e no Distrito Federal", no mesmo patamar da fixada para produtos procedentes das regiões Sul e Sudeste.

O voto

Eros Grau declarou que "a escancarada inconstitucionalidade formal decorrente de violação ao preceito constitucional dispensaria a análise de outras alegadas inconstitucionalidades apontadas no normativo". Mas o ministro afirmou que o decreto viola também o disposto no artigo 155, incisos IV e V, ao fixar "alíquota do ICMS de 7%, em valor inferior ao percentual de 12% prescrito pela Resolução 22/89 do Senado Federal".

A jurisprudência do Supremo é a de que é inconstitucional a "concessão unilateral pelo estado-membro ou pelo Distrito Federal de isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a celebração de convênios intergovernamentais", concluiu o relator.

O Plenário seguiu o entendimento de Eros Grau, por unanimidade, para declarar inconstitucional o Decreto 989/03, do estado de Mato Grosso."

De se aguardar, pois, a publicação do acórdão, que, claramente, poderá servir de baliza para questionamentos posteriores, pois, que, *mutatis mutandis*, a substância do regramento paulista em pouco difere das inválidas disposições da legislação do Estado de Mato Grosso

Assim sendo, e com espeque nas razões acima postas, estou pela **improcedência do AIIM**, isto para todos os itens da denúncia, pois que não vejo ilegítima a apropriação dos créditos aqui impugnados, feita com suporte em documentação hábil e emitida por contribuintes em situação regular perante as autoridades fiscais que os jurisdicionam.

Atento ao pleito alternativo do RO, estou em que, mesmo admitida - e o faço

FOLHAS 7



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

CÂMARA
 QUINTA EFETIVA

PROCESSO Nº
 DRT-5-318424/05

RECURSO
 ORDINÁRIO

apenas *ad argumentandum* - a validade da regra do artigo 36, § 3º, da Lei nº 6374, na redação posta pela Lei nº 9359/96, é preciso considerar, respeitados os termos da mesma norma, que a glosa de créditos do ICMS, por São Paulo, relativamente a entradas de mercadorias e serviços originários de outras unidades federativas que sejam beneficiários de estímulos conferidos unilateralmente, deveria ficar restrita ao **montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de qualquer subsídio, redução de 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.**

Em parte do caso concreto, como deriva da própria mecânica do benefício outorgado pelo Distrito Federal ao estabelecimento candango da Recorrente, esta "vantagem econômica" corresponde a 4% (quatro por cento) do valor do imposto destacado pelo contribuinte do Distrito Federal, tudo na medida em que este não se credita, quando das entradas das mercadorias, nos termos do TARE firmado com aquela unidade, do montante de 7% (sete por cento) debitado por seus fornecedores de outros Estados, recebendo, em contrapartida, crédito ficto de 11% (onze por cento) sobre as importâncias das operações de saídas. Em outras palavras: se não existisse o TARE, o estímulo fiscal do DF, o ICMS devido pelo estabelecimento candango seria de 5% (cinco por cento) sobre o valor agregado às mercadorias (se é que há alguma agregação); existindo o TARE, tal percentual fica reduzido a 1% (hum por cento), calculado sobre os valores das saídas; disso deriva que a "vantagem econômica" não pode exceder a 4% (quatro por cento) do valor atribuído às saídas pelo estabelecimento remetente das mercadorias em transferência para a unidade operacional paulista.

É insofismável serem estes os parâmetros para quantificação daquele conceito que a Lei nº 6374/89 fixa como sendo **montante do imposto não cobrado na unidade de origem das mercadorias/serviços.**

Menos fosse porque é o próprio Diretor Adjunto da DEAT da Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda de São Paulo quem assim cabalmente o reconhece, como se vê do documento anexo, "Análise de Impacto", produzido para servir de base à informações prestadas no Mandado de Segurança - Processo nº 053.05.005391-7.

Sublinhe-se:

'...

Através do artigo 3º da Portaria 384/01, o Distrito Federal determinou que, nas transferências de mercadorias para estabelecimentos da mesma empresa situados em outra Unidade Federada, aplica-se o percentual constante do item 1 do art. 1º, isto é, 11%. Desta forma, o DF autoriza o seu contribuinte a substituir o crédito original de uma mercadoria (7% sobre o valor de entrada) por um valor maior, correspondente a 11% do

FLS.



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

CÂMARA
QUINTA EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT-5-318424/05

RECURSO
ORDINÁRIO

valor da saída da mercadoria. O imposto apurado e recolhido para o DF, pelo estabelecimento lá situado, nas condições da TARE, é de apenas 1% sobre o valor de saída (débito de 12% menos crédito de 11% sobre a saída). O contribuinte paulista adquirente dessa mercadoria se creditará de 12% do valor da NF, embora no valor da mercadoria esteja embutido apenas 1% de imposto (recolhido para o Distrito Federal). Consideramos para efeito de avaliação do impacto financeiro que neste caso, o benefício fiscal é de aproximadamente 4% sobre os valores transferidos do DF para SP entre os estabelecimentos da mesma empresa". (grifamos).

A denúncia, no caso *sotto giudizio*, é de que o sujeito passivo ter-se-ia apropriado indevidamente dos créditos do ICMS, destacado à razão de 12%, quando o imposto cobrado pelo DF seria de apenas 1%. É o que se vê dos demonstrativos que instruem o libelo, onde de estampa a glosa de 11% dos montantes creditados.

Sucedem que estes valores não correspondem ao "imposto não cobrado" pelo DF, e, por consequência, à "vantagem econômica" auferida pelo estabelecimento candango. A evidência aritmética é irrefutável.

Sendo assim – e é impossível negar que o é – ainda que se admita, por amor ao argumento, a validade das disposições restritivas do § 3º do artigo 36 da Lei nº 6374/89 em face da norma-mãe do ICMS, a não-cumulatividade do imposto, não se podem agasalhar ações fiscais como as da espécie que, escancaradamente, não têm respaldo no permissivo legal invocado, mesmo que superada a sua duvidosa constitucionalidade.

Por conseguinte, estou em que o Recurso Ordinário do particular merece provimento, ao menos no que tange à glosa dos créditos gerados por transferências de mercadorias oriundas do estabelecimento do DF, reconhecendo-se o montante do ICMS exigido (11%) não corresponde à vantagem econômica que teria beneficiado o contribuinte candango (4%) e, que *ipso facto*, corresponderia ao limite passível de anulação pelo Fisco Paulista.

Em conclusão: estou pelo **provimento integral** do RO, por entender **improcedente** o trabalho fiscal e, caso ultrapassada a *ratio decidendi* de invalidade do § 3º do artigo 36 da Lei nº 6374/89, ou, quando menos em parte, por estar convencido da **insubsistência parcial** do AIIM lavrado ao arrepio do mesmo dispositivo legal, porque claramente inexata a expressão quantitativa do que se designa como "imposto não cobrado pela unidade de origem", isto no que tange às operações originárias do Distrito Federal.

É como voto, *sub censura* de meus Ilustres Pares desta Colenda Quinta Câmara Efetiva.

FLS.



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

CÂMARA
QUINTA EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT-5-318424/05

RECURSO
ORDINÁRIO

Sala das Sessões, em 19 de Junho de 2007.

[Handwritten Signature]
Luiz Fernando MUSSOLINI JÚNIOR
Juiz Relator

A pedido dou vista do processo ao Sr.

Jon Roberto Rosa
pele prom. de ... 100, do R.I.
ficando ...
SALA DAS SESSÕES 19 | 06 | 2007

[Handwritten Signature]
Presidente

JOSÉ ROBERTO ROSA

FLS.



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

CAMARA
5ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-318424/05

RECURSO
Ordinário

RECORRENTE	COMERCIAL AUTOMOTIVA LTDA.					
RECORRIDO	SECRETARIA DA FAZENDA					
RELATOR(A)	LUIZ F.MUSSOLINI JÚNIOR	AIIM	3035706-8	S. ORAL	S/N	S
ASSUNTO						
ICMS - Crédito indevido referente benefício concedido por outra unidade da Federação sem respaldo em convênio do Confaz						
QUESTÃO DECIDIDA						
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA			

VOTO EM SEPARADO – JUIZ COM VISTA – JOSÉ ROBERTO ROSA

EMENTA – ICMS – Crédito indevido – Crédito outorgado pelo Estado de Goiás (2%), itens 1 e 2 e do Distrito Federal (11%), item 3 do AIIM, mediante Termo de Acordo por Regime Especial-TARE – Benefício concedido à revelia do CONFAZ, em desacordo com a Constituição Federal e com a LC 24/75 – Valor não cobrado na operação anterior – Crédito outorgado ineficaz para creditamento no estabelecimento paulista conforme Art. 8, I, da LC 24/75 – Impossibilidade de compensação de valores eventualmente renunciados pela filial da outra Unidade da Federação referente a imposto de operações anteriores por serem objeto de relação jurídica com outra Unidade diversa do Estado de São Paulo – Creditamento indevido caracterizado - Recurso não provido

1 – Solicitei vista dos autos para melhor analisar o denso voto do i. Relator Dr. Mussolini, bem como o parecer da douta Representação Fiscal, e externar meu posicionamento a respeito da matéria. O Fisco glosou, como crédito indevido, respectivamente, 2% e 11% do valor destacado em notas fiscais que o estabelecimento do contribuinte, localizado neste Estado, recebeu, remetidas em transferência pela filial localizada no Estado de Goiás e no Distrito Federal. As notas fiscais emitidas pelo estabelecimento de Goiás e de Brasília, contém destaque do imposto de 12%, entretanto, o contribuinte firmou com o governo daquelas unidades federativas o chamado "TARE-Termo de Acordo de Regime Especial" que lhe concede um crédito outorgado de 2% e 11%, respectivamente, sobre as operações de transferência citadas.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
5ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-318424/05

RECURSO
Ordinário

2 – 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.

3 – Há, entretanto, diversas formas de concessão de benefícios dentro da chamada “guerra fiscal”. Vou citar outras duas formas de benefícios fiscais concedidos com o objetivo de incentivar empresas por diversos Estados para demonstrar porque entendo ser, especificamente, o TARE uma das mais nefastas, senão a pior mesmo, forma de “guerra fiscal”.

4 – Na primeira forma que cito, temos vários Estados, inclusive São Paulo, que concedem o chamado “crédito presumido” a todas as empresas de um determinado setor de atividade econômica, em troca dos créditos a que tem direito a empresa, com o objetivo de convencê-la a continuar operando naquele Estado, tendo em vista ofertas que a mesma recebe de transferir sua planta industrial para outro Estado onde iria gozar de benefício fiscais concedidos à revelia do Confaz. Se o percentual previsto como crédito presumido for inflado artificialmente, para além da estimativa dos créditos reais do contribuinte, entra em cena o benefício indevido. Ressalto, porém, uma característica deste tipo de “guerra fiscal”: neste caso, a empresa já opera no Estado, a produção de riqueza já está acontecendo naquele Estado, e o benefício é concedido a todo um setor da economia e não a uma determinada empresa.

5 – Temos um segundo caso, em que determinado Estado concede um benefício fiscal, à revelia do Confaz, para um determinado ramo de indústria, desde que as empresas efetivamente se instalem no seu território e lá comecem a produzir e comercializar as mercadorias, fomentando o desenvolvimento econômico. Reprovável juridicamente, mas, pelo menos temos a ocorrência de uma atividade econômica; temos a geração de riqueza; temos a fabricação e a comercialização de mercadorias. Um Estado atraiu uma indústria de outro Estado para o seu território, mercê de incentivos inconstitucionais, e por isso marmelada que era fabricada em São Paulo, por exemplo, será fabricada em outro Estado, prejudicando economicamente o Estado que perdeu a empresa. Porém, pelo menos, a marmelada continuará a ser fabricada. Desloca-se, no país, a unidade geradora de riqueza, ofende-se a competência tributária



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
5ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-318424/05

RECURSO
Ordinário

dos Estados quando a fábrica começa a remeter mercadorias em operações interestaduais, destacando um imposto não inteiramente cobrado e que será oposto ao erário do destinatário. Mas, pelo menos, a marmelada está sendo efetivamente produzida e comercializada. Está havendo geração de riqueza no Estado que pratica a "guerra fiscal", o que, por certo, deve ser levado em conta, não para eliminar a culpa, mas quem sabe para graduar as conseqüências.

6 – Chegamos, porém, ao terceiro exemplo que é o fatídico TARE de Brasília. Temos aqui um grande atacadista de autopeças do Estado de São Paulo que adquire tais mercadorias de fabricantes, em sua grande maioria também paulistas. Adquire, certamente, menor parte de outras indústrias do Sudeste e quiçá algumas aquisições também de indústrias de outras partes do país. Seduzido pelo TARE brasiliense, abre uma filial no Distrito Federal, de forma que seus fornecedores paulistas não mais irão faturar diretamente para seu estabelecimento paulista, com um imposto embutido de 18%, mas sim para sua nova filial de Brasília, com um imposto de apenas 7%.

7 – Segundo o contribuinte, as mercadorias vão até a filial de Brasília e dali voltam para o seu estabelecimento paulista acobertados pela nota fiscal de transferência. Do valor debitado na nota fiscal de transferência (12%), o Distrito Federal se contenta com apenas 1%, autorizando o contribuinte a lançar o crédito outorgado de 11%. A justificativa do Distrito Federal é a de que estaria abrindo mão da maior parte de sua arrecadação com o objetivo de incentivar e fomentar o crescimento do mercado atacadista naquela região.

8 – Ora, mas nos casos que temos visto, como o destes autos, não está havendo qualquer fomento no mercado atacadista candango, mas sim a criação artilosa e artificial uma etapa inexistente no ciclo de produção e comercialização dessas mercadorias, com o passeio das autopeças de São Paulo até Brasília e o seu imediato retorno para este Estado, onde efetivamente irá acontecer a distribuição pelo atacadista. Quer dizer, as mercadorias vão até Brasília para trocar a nota fiscal e com isso, o Distrito Federal passa a arrecadar 1% da operação, porque "abriu mão" do restante. Na verdade, passa a usurpar 1% do valor da operação, pois nem a isso tem direito, visto que nenhuma riqueza está sendo produzida



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

CAMARA
5ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-318424/05

RECURSO
Ordinário

naquela unidade federativa neste caso. Diferentemente dos dois exemplos de guerra fiscal já citados, aqui temos apenas a criação artificial de uma etapa que não existe na logística normal de circulação de mercadorias do setor, a invenção de um passeio da mercadoria até Brasília para que o Distrito Federal arrecade o tal 1% sobre uma operação que não existe no mundo comercial, no mundo fenomênico, mas que somente passa a existir em função do TARE.

9 – Não consigo deixar de imaginar centenas e centenas de caminhões indo de São Paulo até Brasília, carregados de mercadorias, esburacando estradas, gastando combustível, obsoletando veículos, gerando riscos de trânsito, enfim, aumentando o já sofrido “custo Brasil”, apenas para trocar a nota e voltar para São Paulo. Não posso deixar de manifestar repúdio a esta forma nefasta de guerra fiscal em que, num país marcado por tantas dificuldades que entravam seu desenvolvimento, uma das unidades da Federação atrai empresas para uma parafernália tributária de tal escopo, gerando a artificial receita de 1% para o Distrito Federal e reduzindo indevidamente a receita tributária paulista. O Distrito Federal, no caso, não mereceria nem 1%, a bem da verdade, eis que a competência tributária firmada pela Magna Carta está estribada em operações de circulação de mercadorias, ou seja as diversas etapas desde a produção, distribuição, comercialização das mesmas até o consumo, ou seja, arrecada o Estado de acordo com a riqueza que ajuda a produzir. O Distrito Federal, no caso, nada a ajuda a produzir, nenhuma riqueza agrega ao ciclo econômico, pelo contrário cria custos, prejudica a competência de outro Estado e arrecada um valor desconectado do ciclo de produção e comercialização da mercadoria, mercê da criação de uma etapa comercial artificial, qual seja a ida até Brasília para trocar a nota.

10 – E embora, nestes autos, disso não se cogite, o tal TARE brasiliense tem o nefasto efeito de deixar rondando as empresas que a ele aderem a tentação constante de reduzir o “custo Brasil” por meio da substituição do “passeio das mercadorias até Brasília” pelo “passeio das notas fiscais”. Afinal, se a mercadoria vai e volta, porque gastar tanto em combustível, em logística, etc., etc? Por quê não utilizar o mecanismo das operações triangulares simbólicas? Repito, nestes autos o Fisco não cogita de que as mercadorias não tenham ido; nem se afirma que foram, mas simplesmente não se entra no mérito. O que digo, é que pelo exótico



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

CAMARA
5ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-318424/05

RECURSO
Ordinário

sistema criado pelo TARE brasiliense, o passeio de notas será uma tentação constante, chegando-se mesmo a se perguntar se vale a pena para a empresa que a ele adere arcar com todos os custos de logística para a ida e volta da mercadoria, ainda mais quando dizem as mesmas que o benefício real seria bem abaixo dos 11%. Aliás, friso que, a se aceitar as triangulações simbólicas para o ICMS, estaríamos mandando o pacto federativo para as calendas.

11 – Entretanto, repito, mesmo que a mercadoria vá e volte, tal passagem por Brasília é criada artificialmente, não representando qualquer geração de riqueza, mas apenas agregando custos ao ciclo econômico da mercadoria.

12 – **Juridicamente não merece melhor sorte o tal regime (item 3 do AIIM), bem como também o TARE goiano que deu lastro ao crédito outorgado utilizado nas operações de transferência a que se referem os demais itens da autuação (itens 1 e 2 do AIIM). Foi concedido o benefício fiscal em flagrante contrariedade ao ordenamento jurídico do ICMS, afrontando a Constituição e a Lei complementar 24/75, eis que o crédito outorgado de 11% e de 2% não conta com o respaldo em Convênio firmado pelo Confaz. E nem se diga que não estaríamos diante de um benefício fiscal, mas sim de um “regime alternativo ou simplificado de apuração” para facilitar a fiscalização. É de clareza solar que se trata de benefício ilegítimo, pois o imposto a ser recolhido é de apenas 1%, e 10%, respectivamente, com o sujeito ativo abrindo mão do restante.**

13 – 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)



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

CAMARA
5ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-318424/05

RECURSO
Ordinário

14 – 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).

15 – É inegável que o crédito outorgado pelo Distrito Federal e pelo Estado de Goiás às operações de transferência de mercadorias para estabelecimentos da mesma empresa situadas em outra Unidade da Federação configura um benefício fiscal concedido ao arrepio da previsão constitucional e da Lei Complementar 24/75.

16 – 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 correspondente.” (LC 24/75)

17 – Resta claro que, no caso do item 3 da autuação, transferências oriundas do Distrito Federal, dos 12% de ICMS destacados na notas fiscais de transferência, apenas 1% foram efetivamente cobrados, devendo aos 11% outorgados a título de crédito ao estabelecimento remetente, à revelia do ordenamento, ser aplicada a fria letra da lei que determina que tal fato acarretará: *“... a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria.”* (art. 8º, I da LC 24/75). O mesmo raciocínio se aplica aos 2% outorgados pelo Estado de Goiás, quanto aos itens 1 e 2.

18 – Com todo o respeito aos que pensam em contrário, não vejo que neste caso a LC 24/75 estaria se imiscuindo indevidamente em restrições



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
5ª efetiva	DRT-5-318424/05	Ordinário

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.

19 – Descendo na etapa inferior da hierarquia legislativa temos um confronto entre a lei paulista, que veda o crédito de tal valor e a lei distrital que dá suporte ao benefício previsto no TARE.

20 – 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).

21 – 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 distrital ou goiana que confere o crédito,



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

CAMARA
5ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-318424/05

RECURSO
Ordinário

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.

22 – 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 e goiana, 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 do TARE de Brasília e de Goiás já existia norma geral inserta em lei complementar e no próprio texto constitucional impedindo sua existência. A criação do TARE foi um aborto jurídico; enquanto isso, a lei paulista vedando o crédito estava respaldada em lei complementar. Como podemos pretender que tenha eficácia a lei distrital e a lei goiana em detrimento da lei paulista ?

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

24 – Isso, quando o imposto for cobrado efetivamente. Por ora,



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
5ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-318424/05

RECURSO
Ordinário

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 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.

25 – 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.

26 – 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, a empresa chegou a abrir filial no Distrito Federal para poder exatamente utilizar tal "benefício".

27 – Quanto à alegação de que, se for legítima a glosa de crédito, o valor não seria de 11%, porque o estabelecimento de Brasília teria renunciado aos créditos referentes à aquisição das mercadorias, vejo situação embaraçosa para a R. Ora, se o valor efetivo do benefício não é de 11%, porque, então, o Distrito Federal não concedeu um crédito outorgado no valor real? A Portaria 384/2001 aponta expressamente o valor de 11%. Ah, mas alega o contribuinte que precisa renunciar os créditos da operação anterior ... Ora, mas aí está se tentando opor ao Fisco paulista a obrigação de compensar créditos de operações a que ele não tem acesso e sobre as quais ele não tem competência. Se a mercadoria foi adquirida de empresas paulistas e foi objeto do vai-e-vem com o Distrito Federal, temos aí duas operações distintas: a venda da indústria para o estabelecimento da R. em Brasília, operação em que o imposto pago pelo fornecedor paulista poderá ser oposto ao erário distrital; e a transferência do estabelecimento de Brasília para a filial paulista, onde não há como estabelecer liame expresso entre a mercadoria que vem e a mercadoria que foi. Aliás, pelas notas fiscais de transferência de Brasília para o Estado de São Paulo não é possível estabelecer qual foi o imposto cobrado na operação anterior que



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
5ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-318424/05

RECURSO
Ordinário

resultou na entrada, ainda que virtual, na filial candanga. São operações distintas, fiscalizadas por unidades federativas distintas. O ICMS cobrado na operação de que decorreu a aquisição pode ser oposto ao erário distrital, enquanto o ICMS cobrado na transferência pode ser oposto ao erário paulista. Não há como compensá-los, a não ser no âmbito do estabelecimento de Brasília. Se tentarmos fazê-lo neste Auto de Infração cairemos no terreno escorregadio da iliquidez, pois teríamos que identificar peça por peça, que foi e que voltou, qual o valor de ida e o valor de volta, quando foi e quando voltou, etc. etc. É plausível aceitar que, se efetivamente o contribuinte renunciou aos créditos normais, seu benefício econômico teria sido menor que 11%, porém não é plausível que o contribuinte exija que o Estado de São Paulo mensure isso e compense valores que se referem a uma relação estranha, ou seja entre a sua filial de Brasília e o Distrito Federal. Ao que parece, se o benefício econômico final for efetivamente inferior aos 11%, o contribuinte caiu numa armadilha armada pelo próprio TARE que deveria, então, fixar o crédito outorgado nos seus devidos contornos. Da maneira como está, concedendo um crédito outorgado de 11%, à revelia do ordenamento jurídico, jogou a bomba no colo do contribuinte, pois não há como no auto de infração que glosa imposto não cobrado na operação de transferência querer mensurar e abater imposto cobrado em operações anteriores a essa, ocorridas sob a sujeição ativa de outra unidade da Federação.

28 – Quanto ao informe trazido pelo d. Relator de que o STF teria rechaçado como inconstitucional decreto matogrossense similar à legislação paulista de glosa de crédito em situação de guerra fiscal, impetro máxima vênua ao i. Dr. Mussolini para consignar minha opinião de que o simples texto da notícia estampada em seu voto não me é suficiente para aclarar a opinião da Magna Corte. Isto porque, do texto da citada notícia da votação surgem frases como : *“O relator informou ao Plenário que “deve ser enfrentada, em primeiro lugar, a questão atinente ao vício formal” em relação à usurpação da competência do Senado Federal, para fixar alíquota do ICMS”. (...) “Para o Ministro, da análise da matéria, “o estado de Mato Grosso pretende fixar a alíquota do ICMS em relação aos produtos adquiridos nos estados do Espírito Santo, de Goiás, de Pernambuco e no Distrito Federal”, no mesmo patamar da fixada para*

FLS.



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

CAMARA
5ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-318424/05

RECURSO
Ordinário

produtos procedentes das regiões Sul e Sudeste” (...) “A jurisprudência do Supremo é a de que é inconstitucional a “concessão unilateral pelo estado-membro ou pelo Distrito Federal de isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a celebração de convênios intergovernamentais”, concluiu o relator”.

29 – Com todo respeito, me parece que o texto da “notícia” do julgamento apresenta argumentos ainda não muito claros e até contraditórios, pelo que não consigo dele tirar convicção a respeito de matéria tão ampla e abrangente.

30 – Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso ordinário do contribuinte, mantendo a ação fiscal.

Sala das Sessões, 17 de julho

de 2007.

JOSÉ ROBERTO ROSA – Juiz com Vista

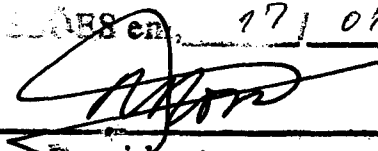
A pedido dou vista do processo ao Sr.

Diriz Fernando Murochini Jr.

pele prazo 15 dias, do R.I

ficando a publicação

SALA DA 1ª em 17 / 07 / 2007



JOSE ROBERTO ROSA

FLS.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
QUINTA EFETIVA	DRT-05-318424/05	ORDINÁRIO

RECORRENTE	COMERCIAL AUTOMOTIVA LTDA.					
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA					
RELATOR(A)	LUIZ FERNANDO MUSSOLINI JÚNIOR	AIIM		S. ORAL	S/N	
ASSUNTO						
QUESTÃO DECIDIDA - PROPOSTA DE EMENTA						

Na condição de relator do feito, pedi vista dos presentes autos, depois de proferido o r.voto divergente do l. Juiz José Roberto Rosa, para trazer à esta Colenda Câmara melhor esclarecimento acerca do julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.312-3 MATO GROSSO, em que o Distrito Federal questionou a constitucionalidade do Decreto nº 989/03, do Governador do Estado do Mato Grosso, processo por mim mencionado em meu voto original.

Faço anexar ao processo cópias da petição inicial da ADI, da manifestação do Advogado-Geral da União, do parecer do Ministério Público Federal e da íntegra do aresto da Corte Maior.

Da fala do Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa, vale destacar, corroborando meu posicionamento sobre a *quaestio iuris* fulcral que nos é submetida, o seguinte trecho:

“IV – Do desrespeito ao princípio da não-cumulatividade

O inciso I do § 2º do artigo 155 da Constituição da República estabelece a regra da não-cumulatividade para o ICMS, com a compensação do que for devido em cada operação com o valor cobrado nas anteriores, independente se for pelo ente da federação ou outro Estado ou Distrito Federal. Percebe-se que o texto constitucional assenta a observância da técnica não-cumulativa, admitindo exceção, apenas, quando trata, na alínea “a” do inciso II do artigo 155, de isenção ou não-incidência, caso em que afasta a utilização do crédito para compensação.

A propósito, conforme a norma impugnada, o contribuinte mato-grossense poderá utilizar até o percentual de 7% do valor da aquisição das mercadorias. Ora, nota-se que a cadeia crédito-débito, “*espinha dorsal do princípio da não-cumulatividade nos impostos plurifásicos*”, foi quebrada pela norma referida, na medida em que limita a possibilidade de creditamento, ou seja, o adquirente situado no



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
QUINTA EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT-05-318424/05

RECURSO
ORDINÁRIO

Mato Grosso foi impedido de se creditar do valor concreto da operação.

Com efeito, constata-se que os dispositivos atacados anulam parcialmente o crédito da operação anterior, ensejando violação ao princípio da não-cumulatividade. No caso em análise, desrespeita-se a regra constitucional da obrigatoriedade da transmissão do crédito para a operação posterior, onerando o contribuinte mato-grossense, especialmente quanto a produtos oriundos de determinados entes da Federação.

Portanto, a despeito da impertinência dos demais argumentos, não há como afastar a alegação de desrespeito ao princípio da não-cumulatividade. É patente que a norma ora hostilizada impede o creditamento do total que foi pago pelo contribuinte, acarretando, em consequência, um dispêndio maior dos consumidores do Estado do Mato Grosso, uma vez que, em verdade, em razão da impossibilidade de creditamento, o contribuinte embutirá no preço da mercadoria o valor não compensado.

Conclusão

Pelo exposto, manifesta-se o Advogado-Geral da União pela procedência parcial do pedido formulado pelo requerente, reconhecendo-se que a norma questionada impede a compensação entre débitos e créditos referentes ao ICMS ao estabelecer um teto máximo para o aproveitamento do crédito fiscal relativo à aquisição de produtos de certos entes da Federação."

(grifei)

Do parecer do então Vice Procurador Geral da República, hoje Procurador Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, coincidente com uma das premissas que sustento para o provimento do RO do contribuinte, tomo a liberdade de sublinhar:

" 10 Também está caracterizada a afronta ao princípio da não-cumulatividade. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 155, inciso I do § 2º estabelece que o ICMS será um imposto não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores. Como o § 1º do Decreto nº 989/2003 ao determinar que *"nas operações referidas no caput, para fins de aproveitamento do crédito fiscal relativo à entrada de mercadorias no seu estabelecimento, o contribuinte mato-grossense poderá utilizar até 7% (sete por cento) do valor da aquisição (...)"*, fica limitada a possibilidade de creditamento e, em consequência dá ensejo à cumulatividade, de sorte que padece de inconstitucionalidade tal dispositivo".



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

CAMARA
QUINTA EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT-05-318424/05

RECURSO
ORDINÁRIO

Do voto do I. Ministro Eros Grau, seguido à unanimidade por seus pares do Egrégio Supremo Tribunal Federal, colhe-se as seguintes assertivas que, indelutavelmente, reforçam a existência do vício de atingimento à norma da não-cumulatividade no decreto mato-grossense, *in verbis*:

“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 aquisição.

5. Ora, o ICMS é um imposto não-cumulativo. Daí porque o contribuinte é titular do direito ao crédito do imposto pago na operação precedente. Esse crédito haveria de ser calculado à alíquota de 7% se a ela efetivamente correspondesse o percentual de tributo incidente sobre essa operação. Ocorre que, no caso, a incidência dá-se pela alíquota de 12%, não pela de 7% autorizada ao contribuinte mato-grossense. “

(grifei)

Se é verdadeiro que o decreto mato-grossense terminou por ser considerado inconstitucional tão só por vício formal, qual seja, a usurpação de competência do Senado Federal para fixar a alíquota do ICMS (artigo 155, § 2º, inciso IV, da CB/88), não se pode ignorar que as manifestações da Advocacia Geral da União e da Procuradoria Geral da República, *in concreto*, admitiram expressamente o ferimento à regra *mater* da não-cumulatividade do ICMS pelo ato do Governador do Estado do Mato Grosso, bem ainda que tal conclusão não foi ultrapassada na fundamentação do v. aresto que deu provimento à ADI em foco, muito ao contrário tendo nela sido explicitamente considerada.

É essencial frisar que o STF preferiu, tão só porque ficou atreito a ponto de ordem processual, decretar a invalidade da regra do Estado do Mato Grosso no seguintes termos:

“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 no 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, 2º, inciso IV, da Constituição do Brasil).

8. A escancarada inconstitucionalidade formal decorrente de violação ao preceito constitucional dispensaria a análise de outras alegadas



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
QUINTA EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT-05-318424/05

RECURSO
ORDINÁRIO

inconstitucionalidades apontadas no ato normativo questionado..." (grifei)

Mutatis mutandis, impõe-se indagar, em face da decisão supra referida, se não estaria pejada pelo mesmo vício a legislação paulista que dá supedâneo à presente ação fiscal.

No meu sentir, quando se pretende, para o efeito de se quantificar o crédito do ICMS passível de apropriação pelo sujeito passivo paulista, não considerar como efetivamente cobrado o imposto debitado pelo contribuinte de outro Estado que é merecedor de favor fiscal concedido unilateralmente pelo mesmo, o que se faz, via transversa, é fixar tantas alíquotas para operações interestaduais quantas sejam os seus beneficiários e quantos sejam os montantes das renúncias fiscais a eles deferidas. Se o incentivo corresponde a 2% do valor do imposto devido, a alíquota para a operação será tida como sendo de 10%. Se a benesse equivale a 8% do ICMS, a alíquota será tida como sendo de 4%, e daí por diante. Para mim, o Estado de São Paulo, de maneira indireta, está incidindo no mesma mácula vergastada pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao procedimento do Estado do Mato Grosso. Está, de forma um pouco menos grosseira, também usurpando a competência do Senado Federal para a fixação das alíquotas do impostos nas operações interestaduais.

Reafirmo, pois, os fundamentos de decidir pelo provimento do RO, agora somando aqueles havidos da decisão do STF na ADI 3.312-3 MATO GROSSO.

Vou acrescer, ademais, decisão monocrática do Exmo. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em Agravo de Instrumento manejado por COBRA ROLAMENTOS E AUTOPEÇAS LTDA. contra o Estado do Rio Grande do Sul (AGRAVO DE INSTRUMENTO 70018582866 – cópia anexa).

Do *decisum* extraio os seguintes trechos, que se aplicam, como uma luva, à questão em debate:

“ No caso, existem elementos que indicam a verossimilhança das alegações. Primeiro porque não é dado ao Estado restringir o alcance da sistemática constitucional da não-cumulatividade. Segundo porque o fato do imposto ser restituído no Estado de origem não autoriza o Estado do Rio Grande do Sul a exigir o ICMS, porquanto este compete à outra unidade da federação, o que se traduz em violação ao art. 8º do CTN.

Terceiro porque se o Estado do Rio Grande do Sul não concorda com os incentivos concedidos pelas demais pessoas políticas deve ele por meio do instrumento competente, a saber, ADIN junto ao ATF, insurgir-se contra tais

FLS.



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

CAMARA
QUINTA EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT-05-318424/05

RECURSO
ORDINÁRIO

condutas, e não por meio de restrição aos créditos fiscais que se está a tratar.”

Por todo o exposto, reiterando meu respeito pelo I. Juiz com vista, e reafirmando que não compactuo com a idéia de que a chamada “Guerra Fiscal” é um fato consumado com o qual devemos mansamente conviver, renovo meu voto pelo provimento do RO do contribuinte, fazendo-o com total abstração de valores outros que não aqueles da minha estrita convicção jurídica sobre a matéria.

Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2007.


Luiz Fernando MUSSOLINI JÚNIOR
Juiz Relator

Considerando que as decisões trazidas como argumentação pelo Sr. Juiz Relator não têm aplicação à legislação paulista e considerando que mesmo lendo o texto dos itens 4 e 5 da decisão do Min. Eros Grau, continuo convicto de que se trata de situação diferente,
MANTENHO MEU VOTO.

Segundo o Min. Eros Grau, Mat. Grosso "considera como não tendo sido cobrado o ICMS sempre que uma mercadoria for adquirida nos Estados do Espírito Santo, de Goiás

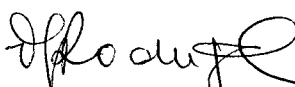
de Pernambuco e no Distrito Federal" (g.n.), o que implica em generalizar a vedação proporcional, sempre que a mercadoria for oriunda daqueles Estados, situação diversa da legislada paulista, que se apoia na definição de imposto "não cobrado" dada por Lei Complementar (a L.C. 24/75).

O STF repeliu a tentativa do decreto matogrossense de usurpação de competência do Senado para fixar alíquotas interestaduais, o que em meu sentir, difere da situação destes autos.

Com estas considerações em acréscimo, MANTENHO MEU VOTO.


JOSÉ ROBERTO ROSA

Conforme já me posicionei em processos semelhantes a este, data máxima vicia do 1º juiz com vista Dr. Rosa, acompanho o voto proferido pelo 1º juiz relator Dr. Mussolini, inclusive no que tange às suas novas considerações quanto ao parecer da AGU e posicionamento do STF na ADIN 3312-3.


VANESSA PEREIRA RODRIGUES




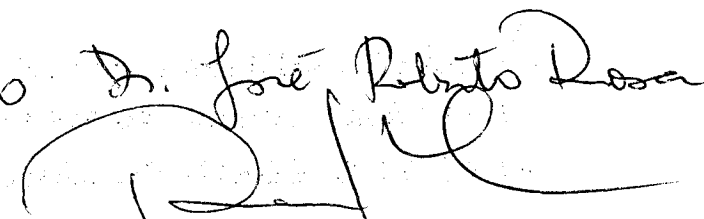
SECRETARIA DA FAZENDA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

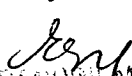
FOLHA Nº

PROCESSO Nº

Com a devida venia ao indito juiz com voto
vista, acompanho o douto relator.


Raphael Gabriel Silveira

Com o Dr. José Roberto Rosa

ROSE SOBRAL

Com o Dr. Rosa

EGLE PRANDINI MACIOTTA

Desempate em favor do
meu voto.

JOSÉ ROBERTO ROSA



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

Página: 2
Data 06/08/2007
Hora 13:33:27
DAP383R

Sessão: 02/08/2007

Processo: DRT-05-318424/2005 - AIIM 3035706-8

QUINTA Câmara Efetiva

Recorrente: COMERCIAL AUTOMOTIVA LTDA

Recorrida: A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO

Relator: Luiz Fernando Mussolini Junior

Tipo de Recurso: Recurso Ordinário

Advogado: Dr(a). Júlio Maria De Oliveira

Negado provimento. Decisão não unânime

Publicado em:

01 SET 2007