



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

CÂMARA 7ª TEMPORÁRIA	PROCESSO Nº DRT-7-579959-06	RECURSO ORDINÁRIO
--------------------------------	---------------------------------------	-----------------------------

RECORRENTE	BERTIN LTDA			
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL			
RELATOR	Celso Barbosa Julian	AIIM - 3058.530	S. ORAL	Sim
EMENTA				
ICMS				
CRÉDITO INDEVIDO DE IMPOSTO NÃO COBRADO EM OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS DE ESTABELECIMENTO FILIAL SITUADO EM MINAS GERAIS, DECORRENTE DA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO FISCAL NÃO AUTORIZADO PELO CONFAZ. Rejeitadas as preliminares invocadas pela recorrente, como cerceamento de defesa, nulidade do procedimento, etc. Ademais, não é possível validar o crédito fiscal auferido pelo contribuinte paulista, decorrente de operação interestadual na qual exista um benefício fiscal atribuído ao remetente que reduza a carga tributária na operação de transferência da mercadoria, sob pena de se frustrar o preceito estabelecido no artigo 155, §2º, XII, "g" da CF/88. Negado provimento ao recurso.				
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO		CAPITULAÇÃO DA MULTA		
Artigo 59, §2º, c/c art. 61, do RICMS/00.		Artigo 527, Inciso II, alínea "j" do RICMS/00.		

RELATÓRIO

A contribuinte em referência foi autuada pelo creditamento indevido do imposto, decorrente de operações de transferência de mercadorias de sua filial situada no Estado de Minas Gerais, detentora de incentivo fiscal não fundado em convênio celebrado entre os Estados, contrariando a diretriz constitucional. (Art.155, § 2º, XII, "g")

Segundo consta, o Estado de Minas Gerais concedeu a filial da empresa domiciliada naquele Estado, um *crédito presumido*, de modo que a carga tributária resultasse no percentual de 0,1%(zero vírgula um por cento) na saída de carne e de outros produtos comestíveis resultantes do abate de animais, em estado natural, ainda que resfriados, congelados, maturados, salgados ou secos.

O Fisco exigiu o valor do ICMS creditado pela recorrente, decorrente da diferença entre o que foi destacado nos documentos fiscais(12%) e o que foi efetivamente cobrado da filial mineira(correspondente a 0,1%).

Junto com a autuação, além de outros elementos informativos, consta o relato circunstanciado dos trabalhos fiscais.



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

CÂMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRT-7-579959-06

RECURSO
ORDINÁRIO

A decisão de primeira instância julgou **procedente** a autuação.

Inconformada, a contribuinte interpôs recurso ao TIT, oferecendo as seguintes razões;

- 1) o auto de infração merece ser cancelado posto que não foi realizado o controle de qualidade estipulado pela Portaria CAT-21, de 17.03.2003;
- 2) o auto de infração deve ser cancelado em razão da nulidade da notificação de início de fiscalização e da ordem de verificação fiscal;
- 3) a acusação fiscal é precária porque os agentes fiscais não verificaram se o remetente da mercadoria efetivamente optou pelo crédito presumido;
- 4) o montante que deixou de ser cobrado pelo Estado de Minas Gerais passível de ser considerado pela fiscalização, seria apenas a diferença entre o crédito presumido e o valor do crédito de ICMS decorrente das entradas não aproveitado pelo crédito presumido;
- 5) o ônus da prova é do Fisco, que não trouxe a demonstração do "quantum" que deixou de ser cobrado pelo Estado de Minas Gerais, para amparar a pretensão fiscal;
- 6) o auto de infração ofende o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, por não permitir a recorrente compreender os motivos jurídicos para a sua lavratura;
- 7) se efetivamente existiu alguma infração, só pode ser imputada a remetente que supostamente aproveitou o crédito presumido em seu favor;
- 8) ocorreu denúncia espontânea, nos termos do art. 136 do CTN, visto que a recorrente informou a fiscalização o aproveitamento dos créditos descritos nos itens 1 e 2, do AIIM, em função dos pedidos de crédito acumulado listados nos Processos DRT/7 13229-137575-03 e 13229-0237920/2003;
- 9) não existe na legislação, previsão legal da competência da fiscalização do Estado de destino das mercadorias de constituírem o crédito tributário, não recolhido de forma regular, em função de benefício fiscal não autorizado por Convênio expedido pelo CONFAZ;
- 10) pelo disposto na Lei Complementar n. 939/2003, deveria ter existido prévia intimação da recorrente comunicando a suposta irregularidade, para abrir prazo para o estorno de créditos aproveitados pela recorrente;
- 11) a r. decisão recorrida deixou de apreciar questões importantes para a solução do litígio na via administrativa;
- 12) quanto a questão de fundo, argumenta que o crédito presumido não representa uma vantagem econômica para o fornecedor ou um incentivo redutor do encargo, representando uma técnica para a aplicação do princípio da não cumulatividade;.



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

CÂMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRT-7-579959-06

RECURSO
ORDINÁRIO

13) a lei complementar n. 87/96 não exige o estorno de crédito e revogou a lei complementar n. 24/75;

14) sustenta ainda, a questão da boa-fé, necessidade de declaração da inconstitucionalidade pelo STF da norma autorizativa do benefício fiscal pelo Estado de Minas Gerais, saldo credor continuado, *bis in idem* (o valor exigido neste AIIM já foi objeto de estorno no pedido de liberação do crédito acumulado) e recapitulação da multa por falta de prejuízo ao Erário.

A seu turno, a douta Representação Fiscal, em extenso e bem elaborado parecer, opinou pelo desprovimento do apelo, entendendo que as condutas apontadas no auto de infração restaram efetivamente comprovadas.

Como há protesto por sustentação oral, interrompo o relatório, para devolver o processo ao TIT-NAC, a fim de que seja designada data e hora para sua realização.

SALA DAS SESSÕES,


CELSO BARBOSA JULIAN
RELATOR



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

CÂMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRT-7-579959-06

RECURSO
ORDINÁRIO

COMPLEMENTO DE RELATÓRIO

Na data aprazada, a contribuinte não compareceu para proceder a sustentação oral.

Dou por findo o relatório. Passo ao voto.

VOTO

De prêmio, rejeito as preliminares argüidas pela recorrente.

Quanto à alegada falta da **ordem de fiscalização**, verifico no processo que existe tanto esta, quanto a notificação para início dos trabalhos fiscais, tendo sido a contribuinte devidamente cientificada, a respeito da operação **glosa de créditos**. (fls.12/13)

Com referência a falta de notificação para que a recorrente procedesse previamente ao estorno de créditos, inexistente, no caso, amparo legal para tal providência.

Não se pode considerar a ocorrência de cerceamento de defesa, quando restou provado que o fisco disponibilizou à contribuinte ora autuada, toda a documentação que lastreia a acusação.

De igual modo, não existe denúncia espontânea quando a contribuinte assume que os lançamentos indevidos de créditos foram levados para processos que correm em apartado, relativos à apropriação de crédito acumulado.

A existência de saldo credor não aniquila a pretensão fiscal conquanto o Fisco a considerou para o cálculo dos juros moratórios, de acordo com o disposto no art. 565, inciso I, alínea "c" do Regulamento do ICMS.

No que concerne às demais questões focalizadas pela recorrente, que a meu ver, entrosam-se com o mérito, adoto os argumentos trazidos pelo ilustre julgador monocrático, para rebatê-las integralmente.



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

CÂMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRT-7-579959-06

RECURSO
ORDINÁRIO

Ademais,...."o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se a fundamentos indicados por ela e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos." (RTIJS, vol. 115/207). "O magistrado sentenciante não está obrigado a debater ou rebater, ponto por ponto, as razões das partes. Colhe delas apenas o que é relevante para fundamentar o julgado e até as despreza de todo, sem que increpe nulidade" (RJTS, 79/225)".

Quanto à questão de fundo, a argumentação trazida pela recorrente não tem o condão de desconstituir o lançamento que foi praticado por agente competente, dentro dos ditames da lei.

O tema da autuação versa sobre o creditamento indevido do ICMS, decorrente de operações de transferência de mercadorias de sua filial estabelecida em Minas Gerais, a qual detinha benefício fiscal irregular, não homologado pelo CONFAZ.

Segundo consta na acusação fiscal, a filial mineira usufruía de um benefício fiscal concedido através do Decreto n. 38.104/96, pelo qual o Governo do Estado de Minas Gerais lhe permitia utilizar um **crédito presumido** de ICMS, para efeito de compensação com o imposto devido em suas operações, de modo que a carga tributária resultasse no percentual de **0,1%** na saída de carne e de outros produtos comestíveis resultantes do abate de animais, em estado natural, ainda que resfriados, congelados, maturados, salgados ou secos.

Cabe ressaltar, que a recorrente foi previamente intimada pela fiscalização para apresentação de livros, documentos e arquivos magnéticos do estabelecimento paulista e mineiro.

Não obstante ter atendido a notificação em relação ao estabelecimento paulista, quedou-se inerte em relação à sua filial mineira, remetente das mercadorias.

Assim, desprezou importante oportunidade de comprovar a carga tributária suportada pelo estabelecimento remetente, do que resultou a presunção fiscal de que se utilizou do valor do imposto equivalente ao benefício fiscal irregular.



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

CÂMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRT-7-579959-06

RECURSO
ORDINÁRIO

Sob este prisma, Aurélio Pitanga Seixas Filho ensina que: "o descumprimento do dever de prestar as informações exigidas pela lei está sujeito a severas sanções, fiscais e criminais, bem como, autoriza o Fisco a exigir o pagamento do tributo com provas indiciárias que, apesar de não representarem a verdade dos fatos com total fidedignidade, são lícitas e válidas dentro dos princípios que norteiam a verdade material" (in **"Princípios Fundamentais do Direito Administrativo Tributário, A função fiscal, Forense, 2001, p. 52"**)

Compulsando-se os presentes autos, verifico que o imposto destacado nas notas fiscais de transferência e escrituradas no livro Registro de Entradas do estabelecimento autuado, não corresponde ao gravame efetivamente cobrado por Minas Gerais, em face da outorga ilegítima do benefício fiscal.

O ICMS indevidamente creditado, conforme apontado pela fiscalização resulta da diferença entre o imposto incidente sobre as transferências, calculado pela alíquota de 12% (doze por cento) e o imposto efetivamente cobrado na origem, correspondente a 0,1%.

A situação aqui debatida se insere no contexto da chamada "guerra fiscal" entre as Unidades da Federação que buscam implantar diversos sistemas diferenciados de tributação para atrair investimentos e fomentar a sua economia.

Diz a Constituição Federal, ao tratar do ICMS, que "cabe à lei complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados"(CF, art. 155, § 2º, XII, "g").

Por sua vez, a Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, recepcionada pelo texto constitucional de 1988, porque com ele se coaduna, estabelece que os benefícios fiscais relativos ao ICMS serão concedidos, exclusivamente, por deliberação unânime manifestada através de convênios celebrados pelos Estados e pelo Distrito Federal.

Isto significa que ficam os Estados e o Distrito Federal impedidos, de conceder benefícios fiscais relativos ao ICMS, se para tanto não tiverem aprovação expressa dos demais.



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

CÂMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRT-7-579959-06

RECURSO
ORDINÁRIO

Convém frisar, que o art. 8º da Lei Complementar n. 24/75 prescreve de forma expressa a nulidade do benefício fiscal que desatender aos seus preceitos:

"Art.8º-A inobservância dos dispositivos desta lei acarretará, cumulativamente;

I- a nulidade do ato e a 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 remissão do débito fiscal correspondente"....

Nesse contexto, a Lei Paulista(Lei 6374/89) guardou consonância com tal disposição, como se vê a seguir:

"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"

O que ocorre em tais casos, é que o Poder Executivo, partindo da premissa de invalidez do ato normativo que veicula o benefício fiscal, sem previsão anterior em Convênio, deixa de reconhecer tal norma, com apoio no art. 8º, da Lei Complementar 24/75.

Doutrina o ilustre Alexandre de Moraes que, " *o Poder Executivo, assim como os demais Poderes do Estado, está obrigado a pautar sua conduta pela estrita legalidade, observando, primeiramente, como primado do Estado de Direito Democrático, as normas constitucionais. Dessa forma, não há como exigir-se do chefe do executivo o cumprimento de uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional, podendo e devendo, licitamente, negar-se cumprimento, sem prejuízo do exame posterior pelo Judiciário. Portanto, pode o Chefe do Executivo determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos normativos que considerar inconstitucionais*"("in **Direito Constitucional, 13ª. Edição, Editora Atlas, p. 580**).



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

CÂMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRT-7-579959-06

RECURSO
ORDINÁRIO

Nesse diapasão, rememoro decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso de Mandado de Segurança n. 13950, cuja relatoria pertenceu ao eminente Ministro Amaral Santos, que concluiu que o "Poder Executivo não é obrigado a cumprir leis que considere inconstitucionais".

Eis o excerto do trecho do voto;

... "É certo que ao Poder Executivo não compete declarar a inconstitucionalidade das leis; mas não se lhe pode negar o direito de não cumpri-las, quando lhes reconheça tal vício, isso mesmo na defesa de atos de sua exclusiva competência e privatividade, tanto mais que o vício retira à lei a própria validade, tornando-a coisa nenhuma, até antes da declaração do Poder Judiciário. Lei contrária à constituição não é lei. É o que afirmam a unanimidade os juristas norte-americanos" (RDA-97/118)

Como visto, sem embargo dos que pensam em sentido contrário, pode a Administração Tributária editar ato normativo que diga que não serão acolhidos no âmbito interno - créditos de ICMS hauridos de operações interestaduais fundados em programas de incentivos fiscais concedidos unilateralmente pelo estado de origem da mercadoria, sem respaldo em Convênio, contrariando a Constituição Federal. (Art. 155, XII, alínea "g")

Nesse sentido, é que foi editada a Resolução SF n. 52/93 e também o questionado Comunicado CAT-36/2004.

Quanto à alegação de que a Fazenda Paulista estaria aplicando retroativamente o Comunicado CAT-36, que só surgiu em 2004, não a acolho, pois não é o Comunicado que torna o crédito ilegítimo. A glosa de créditos tem respaldo na lei paulista - art. 36, § 3º da Lei 6374/89, e não no Comunicado.

Ademais, referido ato administrativo já teve sua validade questionada perante o Supremo Tribunal Federal através da ADIN-3350, aviada pelo Governo do Estado do Amazonas.

No entanto, o eminente relator Min. Gilmar Mendes não chegou a analisar o mérito da questão, tendo negado seguimento à ação proposta, sob o argumento de que "o comunicado CAT-36/2004, da Coordenadoria de Administração Tributária do Estado de São Paulo, constitui mero ato administrativo desprovido de normatividade, isto é, não é ato normativo



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

CÂMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRT-7-579959-06

RECURSO
ORDINÁRIO

autônomo, geral e abstrato e , portanto não pode ser submetido à fiscalização abstrata de sua constitucionalidade (...) ademais, o referido Comunicado, como explica a Coordenadoria de Administração Tributária do Estado de São Paulo, tem por escopo unicamente prestar esclarecimentos aos contribuintes paulistas, assim como traçar orientações para a atuação dos agentes fiscais de renda do estado de são paulo, estando, portanto, desvestidos de normatividade suficiente para figurar como objeto de controle abstrato de constitucionalidade. "

Ao lado disso, a concessão de benefícios fiscais sem respaldo em Convênios fere a Constituição Federal, como afirmado recorrentemente pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos de ações sobre o tema, podendo-se citar nesse sentido os julgamentos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, como a 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; ADInMC 2.021-SP, 04.8.99, 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; e ADInMC 2.352, 19.12.00, Pertence, DJ 9.3.01.

Destarte, não é possível validar o crédito fiscal auferido pelo contribuinte paulista, decorrente de operação interestadual na qual exista um benefício fiscal atribuído ao remetente que reduza a carga tributária na operação de transferência da mercadoria, sob pena de se frustrar o preceito estabelecido no artigo 155, §2º, XII, "g" da CF/88.

Ademais, é dever do adquirente para adequada utilização do crédito, postular a regularidade na etapa anterior, sob o risco de agindo com negligência ou imperícia tomar como válido crédito fiscal sem a necessária confirmação da legislação aplicável à hipótese.

Quanto à multa imposta, acha-se escalonada de acordo com a legislação do ICMS, não se podendo atribuir-lhe caráter ilegal ou confiscatório.

De resto, tomo por fundamento o parecer da douta Representação Fiscal para repelir as demais questões invocadas pela recorrente.



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

CÂMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRT-7-579959-06

RECURSO
ORDINÁRIO

Desse modo, por tudo o que consta dos autos, nego provimento ao recurso para manter a incensurável decisão de primeira instância.

SALA DAS SESSÕES, 24/10/2008

Julian
CELSO BARBOSA JULIAN
RELATOR

A pedido dou vista do processo ao SR.

Samuel Riema
 pelo prazo de 30 dias (art. 100, do R.I.)
 ficando adiado o julgamento.
 SALA DAS SESSÕES, em 24/10/08

[Assinatura]
 Presidente



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

CAMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRTC - 7 - 579959-06

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE	BERTIN LTDA.		
RECORRIDO	FAZENDA ESTADUAL		
RELATOR(A)	CELSO BARBOSA JULIAN	AIIM	3.058.530
EMENTA			
<p>ICMS. CRÉDITO INDEVIDO DO IMPOSTO. ENTRADA DE MERCADORIAS REMETIDAS POR ESTABELECIMENTO LOCALIZADO NO ESTADO DE MINAS GERAIS, CUJA OPERAÇÃO ESTARIA AMPARADA POR BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO À MARGEM DA LEI COMPLEMENTAR Nº 24/75. Benefício fiscal concedido unilateralmente por outra Unidade da Federação somente pode ser declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual o Estado de São Paulo não tem competência para decidir se norma editada por outro Estado afronta ou não a Constituição Federal. A aplicação dos comandos legais constantes da legislação paulista que visam legitimar a glosa de créditos oriundos de operações supostamente amparadas por benefício fiscal concedido sem previsão em convênio depende da decretação de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da norma que concedeu o referido incentivo fiscal. Impossibilidade de o Fisco glosar créditos relativos às operações amparadas por documentos fiscais formalmente em ordem e que afrontem o princípio da não-cumulatividade conforme dispõe a Constituição Federal. Inexistência de comprovação pelo Fisco da utilização dos créditos presumidos pela remetente das mercadorias.</p>			
RECURSO CONHECIDO E PROVIDO			
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO		CAPITULAÇÃO DA MULTA	
Artigos 59, § 2º, e 61, do RICMS/00		Artigo 527, inciso II, alínea "j", c/c §§ 1º e 10, do RICMS/00	

VOTO DE VISTA

1. Pedi vista deste processo para melhor apreciação da questão relativa à glosa de créditos de ICMS decorrente de operações interestaduais amparadas por benefício fiscal concedido sem previsão em convênio.

2. Adoto o relatório elaborado pelo I. Juiz Relator Dr. Celso Barbosa Julian.

pl



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

CAMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRTC - 7 - 579959-06

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

3. Contudo, peço vênia para divergir do voto do I. Relator naquilo que se refere ao creditamento do imposto considerado indevido pelo Fisco, pelos motivos a seguir aduzidos.
4. Pelo AIIM lavrado, o Fisco exige da Recorrente o valor do ICMS creditado correspondente à diferença entre o imposto destacado nas notas fiscais (12%) e o montante supostamente recolhido pelo remetente (0,1% sobre o valor da operação), sob a alegação de que o benefício concedido pelo Estado de MINAS GERAIS ao estabelecimento de origem não foi objeto de discussão e aprovação no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária ("Confaz").
5. Todavia, ainda que o benefício fiscal ora em comento tenha sido concedido sem a prévia celebração de convênio, não há como negar à Recorrente o direito ao creditamento do imposto destacado nos documentos fiscais emitidos pelo estabelecimento remetente. Confira-se.
6. Como é cediço, a Constituição Federal de 1988 adota para o ICMS o princípio da não-cumulatividade, estabelecendo que este "*será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal*" (inciso I, do § 2º, do artigo 155).
7. Pelo referido dispositivo, pode-se afirmar que o mecanismo para a aplicação da não-cumulatividade do ICMS compreende um sistema de abatimentos ou de deduções.
8. Mais adiante, o inciso do II do artigo 155 retro transcrito, apresenta as exceções ao princípio da não-cumulatividade do referido imposto, quais sejam: a isenção e a não incidência, conforme transcrito abaixo:

fl



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

CAMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRTC - 7 - 579959-06

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

"Art. 155. (...)

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

(...)"

9. Da leitura dos dispositivos constitucionais transcritos anteriormente, pode-se notar facilmente que o legislador constitucional foi exaustivo e minucioso ao disciplinar a regra da não-cumulatividade do ICMS, e, desde já, as exceções a esta regra.

10. Ademais, o dispositivo em questão não deixa dúvida tratar-se de típica norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que, como sustenta o Professor José Afonso da Silva, independe, para irradiar efeitos, da edição de regras inferiores que lhe explicitem o conteúdo ou alcance¹.

11. Nesta linha, o Professor Roque Antonio Carrazza² preleciona que a regra constitucional que disciplina o princípio da não-cumulatividade do ICMS "*não encerra mera sugestão, que o legislador ou Fazenda Pública poderão seguir ou deixar de seguir. Muito pelo contrário, ela aponta uma diretriz imperativa, que dá ao*

¹ *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Malheiros Editores, 2007, p. 101.

RC



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

CAMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRTC - 7 - 579959-06

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

contribuinte o direito subjetivo de ver observado, em cada caso concreto, o princípio da não-cumulatividade do ICMS."

12. Como se vê, a garantia constitucional ao creditamento do aludido tributo – resultante diretamente do inciso I, do §2º, do artigo 155, da Constituição Federal – é que, portanto, confere ao ICMS o chamado "caráter não-cumulativo". Logo, o ICMS deve necessariamente sujeitar-se ao princípio da não-cumulatividade previsto no texto constitucional, de forma que seu alcance não pode ser diminuído nem tampouco anulado por normas infraconstitucionais, já que aludido princípio não é uma criação legal, mas, sim, constitucional.

13. Corroborando este entendimento é a lição do saudoso Professor Geraldo Ataliba³:

"É a Constituição, meus senhores, que dá a mim, cidadão que pratico operações mercantis, no Brasil, o direito de me creditar do ICM relativo às operações anteriores; não é lei nenhuma. Não é a lei complementar que dá; não é a lei ordinária do Estado, muito menos; não é a doutrina; é a Constituição. Este é um direito constitucional, é um direito dado pela Constituição, é um direito público subjetivo constitucional, de quem pratica operações mercantis. Portanto, a lei não pode diminuir, reduzir, retardar, anular, ignorar um direito que a Constituição deu."

14. Com efeito, *"apenas nas hipóteses de isenção ou não incidência (que podem, aliás, ser afastadas pela legislação ordinária) é que o princípio da não-cumulatividade do ICMS cede passo. Não pode haver outras restrições aos ditames*

² ICMS, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 302.

³ Isenções e Reduções do ICM, *in* Revista de Direito Tributário 25/6, p. 209. É oportuno mencionar que tais lições aplicam-se integralmente ao ICMS.

fl



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

CAMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRTC - 7 - 579959-06

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

*constitucionais que incidem sobre esta matéria (...). Este rol é taxativo (numerus clausus), não sendo dado nem ao legislador, nem ao julgador, nem ao intérprete, ampliá-lo, tanto mais porque as exceções devem ser interpretadas, restritivamente, nos termos da conhecida parêmia *exceptio est strictissimae interpretationis*.⁴*

15. Seguindo aludida diretriz, Misabel Abreu Machado Derzi e Sacha Calmon Navarro Coêlho⁵ preconizam a seguinte lição:

"A Constituição Brasileira de 1988 não contém nenhuma exceção ao princípio da não-cumulatividade, salvo aquela já referida, concernente à isenção e não-incidência. Poderá legislação infraconstitucional, ao disciplinar o princípio da não-cumulatividade, amesquinhá-lo, restringi-lo ou reduzi-lo? Doutrina cada vez mais sólida responde negativamente, delineando-se, entre nós, o consenso de que as limitações impostas em leis complementares, convênios e regulamentos são absolutamente inconstitucionais".

16. Disso decorre que, ainda que o artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea "c", da Constituição Federal, estabeleça que cabe à lei complementar "*disciplinar o regime de compensação do imposto*", não resta dúvida que aludida norma somente poderá cuidar da forma de execução do regime de compensação, posto que a Constituição Federal não lhe atribuiu a possibilidade de vedar a apropriação de créditos.

17. Ou seja, no ato de disciplinar, não pode o legislador infraconstitucional determinar ou especificar as situações, os bens, produtos, mercadorias e serviços que permitem ou não o crédito do imposto, razão pela qual os dispositivos legais

⁴ ICMS, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 328.

⁵ *Direito Tributário Aplicado*, Belo Horizonte, Del Rey, 1977, p. 25.

fl



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

CAMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRTC - 7 - 579959-06

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

infraconstitucionais que estiverem em descompasso com as regras dispostas na Constituição Federal são inconstitucionais.

18. Aludida posição, como se verá a seguir, encontra-se em linha com decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, dentre as quais pode ser destacado o julgamento do Plenário daquela Corte proferido no RE 70.336-SP⁶ e ⁷, oportunidade em que o então Relator Min. Aliomar Baleeiro bem esclarece o alcance do princípio da não-cumulatividade no ICMS:

"Se, por motivo constitucional, há de ser abatido, em cada operação, o montante cobrado nas anteriores, lei estadual que limita o abatimento a ser feito é, *data venia*, às declaradas, inconstitucional, inexistindo para convalidá-la qualquer justificativa. De forma alguma a lei autoriza o Estado a reter o crédito do contribuinte para, quando lhe aprouver, em outra operação, vir a fazer a compensação. Ao contrário: a Lei Maior determina, peremptoriamente, categoricamente, que em cada operação abata-se o montante nas anteriores".

19. Neste sentido, confira-se o julgamento do RE 161.031-0-MG⁸, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal formulou o entendimento constante na ementa abaixo transcrita:

"ICMS - PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE - MERCADORIA USADA - BASE DE INCIDÊNCIA MENOR - PROIBIÇÃO DE CRÉDITO - INCONSTITUCIONALIDADE. Conflita com o princípio

⁶ DJU 12.05.71.

⁷ Outro julgado nesse sentido: RE 70.204-SC.

⁸ DJU 06.06.97.

re



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

CAMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRTC - 7 - 579959-06

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

da não-cumulatividade norma vedadora da compensação do valor recolhido na operação anterior. O fato de ter-se a diminuição valorativa da base de incidência, **não autoriza, sob o ângulo constitucional, tal proibição. Os preceitos das alíneas "a" e "b" do inciso II do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal somente têm pertinência em caso de isenção ou não incidência**, no que voltadas à totalidade do tributos, institutos inconfundíveis com o benefício em questão." (negrito)

20. Entendimento este objeto em decisões mais recentes, também do Pretório Excelso:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. BENEFÍCIO FISCAL. CRÉDITO. VEDAÇÃO. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. OBSERVÂNCIA. Lei estadual. Benefício fiscal outorgado ao contribuinte. Crédito decorrente da redução da base de cálculo do tributo. Vedação. Impossibilidade. A CONSTITUIÇÃO Federal somente não admite o lançamento do crédito nas hipóteses de isenção ou não- incidência. Precedente do Tribunal Pleno. Agravo regimental não provido." (STF - 2ª Turma, RE nº 240.395-0/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, in DJ de 02/08/2002).

21. A esse propósito, é importante ressaltar que os argumentos anteriormente apontados vêm sendo perfilhados pela melhor doutrina e bem assim por parte da própria jurisprudência desde a adoção do princípio da não-cumulatividade no País através da Emenda Constitucional nº 18, de 1965.

22. Portanto, resta patente que o direito ao creditamento do ICMS deve

fl



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

CAMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRTC - 7 - 579959-06

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

seguir tão somente as disposições constitucionais, de forma que qualquer restrição ou diminuição do princípio da não-cumulatividade por parte do legislador complementar ou ordinário configura violação à Constituição Federal.

23. Neste passo, estando explícitas na Constituição Federal as hipóteses em que o crédito do imposto poderá ser vedado, cabe ao legislador infraconstitucional apenas reproduzir as regras contidas no texto constitucional.

24. E não é só. Ainda que não tenha havido a cobrança ou o recolhimento integral do imposto destacado nas operações anteriores, conforme pressupõe o AIIM, não há como negar à Recorrente o direito ao creditamento do ICMS, já que inexistente na Constituição Federal restrição ao aproveitamento do crédito na hipótese de o contribuinte remetente não ter recolhido integralmente o imposto destacado nos documentos fiscais.

25. Outro não é o entendimento preconizado pelo Professor Roque Antonio Carrazza⁹:

"Interpretação cuidadosa do Texto Constitucional revela-nos que o *direito de crédito* em tela independe, para surgir, da efetiva cobrança do ICMS nas *anteriores* operações ou prestações.

Deveras, a Magna Carta nada exige neste sentido, não podendo nenhuma infraconstitucional criar restrições a respeito.

Isto significa que o direito à compensação permanece íntegro ainda que um dos contribuintes deixe de recolher o tributo ou a

⁹ ICMS, São Paulo, Malheiros Editores, 2006.



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

CAMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRTC - 7 - 579959-06

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

Fazenda Pública de lançá-lo (salvo, é claro, por motivo de *isenção* ou *não-incidência*). Basta que as leis de ICMS tenha incidido sobre as operações ou prestações anteriores para que o abatimento seja devido."

26. Resulta daí que o comando legal inserido no dispositivo que sustenta o AIIM lavrado contra a Recorrente - artigo 36, § 3º, da Lei nº 6.374/89 -, segundo o qual "*não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de qualquer subsídio, redução da base de cálculo, crédito presumido ou outro incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea "g", da Constituição Federal*", é inconstitucional, pois restringe o exercício do direito ao creditamento do imposto previsto na Carta Magna pela Recorrente, a qual figura como destinatária das mercadorias.

27. Além do mais, ainda que se admita a constitucionalidade do artigo 36, § 3º, da Lei nº 6.374/89, e dos demais dispositivos legais constantes da legislação paulista que visam legitimar a glosa de créditos oriundos de operações supostamente amparadas por benefício concedido unilateralmente, não há como negar que suas aplicações não estejam adstritas a necessidade de decretação da inconstitucionalidade da norma concedente do incentivo fiscal, pois, do contrário, estar-se-ia legitimando competência não prevista no ordenamento jurídico para o Estado de São Paulo atuar como órgão do Poder Judiciário.

28. Ou seja, a aplicação do artigo 36, § 3º, da Lei nº 6.374/89, e dos demais dispositivos legais depende da decretação da inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da norma que concedeu o benefício fiscal.

ff



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

CAMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRTC - 7 - 579959-06

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

29. Sobre o tema e em linha com o quanto exposto, confira-se os ensinamentos do Professor Roque Carrazza:

"Inconstitucional, pois, o artigo 36, § 3º, da Lei nº 6.374/1989, do Estado de São Paulo, (...).

Estamos convencidos de que, na medida em que ocorreu um episódio suscetível de ser tributado por meio de ICMS, é inafastável o direito ao crédito, na operação ou prestação subsequente. (...) Assim, até para que não se instale a insegurança jurídica, basta que tenha havido uma anterior operação ou prestação para que o princípio da não-cumulatividade no ICMS prevaleça.

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



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

CAMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRTC - 7 - 579959-06

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

30. Conforme pode se verificar, o direito ao creditamento do ICMS não tem origem no pagamento do imposto incidente na operação anterior, mas sim na incidência jurídica do tributo.

31. Com efeito, não há como acolher a tese defendida pela Representação Fiscal no sentido de que o crédito aproveitado pela Recorrente deve ser considerado indevido pelo fato de não ter ocorrido o recolhimento integral do imposto destacado nos documentos fiscais por parte do estabelecimento remetente.

32. Isso porque, examinando os autos, não há qualquer prova de que os benefícios fiscais foram efetivamente aproveitados pelo remetente nem que o imposto exigido da Recorrente corresponde realmente à diferença resultante entre a parcela incentivada e o montante efetivamente recolhido pelo estabelecimento remetente, o que torna o AIIM passível de cancelamento. Há apenas menção dos valores supostamente aproveitados pelo remetente sem nenhum amparo documental.

33. Caberia ao Fisco demonstrar que o remetente das mercadorias optou pelo crédito presumido previsto na legislação mineira e que o aludido estabelecimento tenha efetivamente aproveitado o benefício fiscal ora em comento, sob pena de o AIIM ter sido lavrado com fundamento em meras suposições.

34. Tal entendimento, vale lembrar, encontra respaldo em decisões proferidas por este Tribunal:

"PROVAS

Insuficiência - Não juntados aos autos os pedidos que embasaram a ação fiscal - Instrução processual imperfeita - Incomprovada a



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

CAMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRTC - 7 - 579959-06

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

infração – Provido o recurso– Decisão unânime – (...) A propósito da matéria, o eminente Juiz desta Casa, Dr. Celso Bergstrom Bonilha, em sua obra "Da Prova no Processo Administrativo" (Ed. LTR, São Paulo, 2002), registra, às fls., decisão da Comissão Tributária de Segundo Grau de Sondrio, Itália, comentada por Francisco Tesouro, que reproduzimos: "Se a administração financeira emitiu um ato de lançamento sem coletar e produzir em juízo provas que demonstrassem a subsistência dos pressupostos com base nos quais o ato foi emanado, o Juiz deve imediatamente sancionar tal omissão, anulando o ato e não sanar o vício (...) Proc. DRT - 12 nº 11/90, julgado em sessão da 7ª Câmara Especial, de 31.03.93 – Rel. Armando Sérgio Frontini" (Ementário TIT/1996 – Pág. 170).

35. Decorre daí que, na eventualidade de o AIIM prosperar, estar-se-ia violando o princípio da não-cumulatividade, pois o procedimento adotado pela Recorrente não merece qualquer reparo, visto que as operações foram regulares e legítimas e amparadas por documentos idôneos.

36. Como é sabido, os benefícios fiscais atinentes ao ICMS devem ser concedidos através de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal. É o que prescreve o artigo 1º, da Lei Complementar nº 24, de 07.01.75, *in verbis*:

"Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.



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

CAMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRTC - 7 - 579959-06

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data."

37. Com efeito, o benefício fiscal concedido por determinada Unidade Federada sem amparo em convênio interestadual viola a legislação em vigor.

38. Contudo, muito embora o benefício fiscal concedido unilateralmente afronte o comando legal contido na Lei Complementar nº 24/75, a norma jurídica instituidora de qualquer espécie de incentivo e benefício fiscal permanece válida e eficaz até que tal ilegalidade e/ou inconstitucionalidade seja declarada pelo Poder Judiciário ou até que tal norma venha a ser revogada.

39. Em outras palavras, enquanto o normativo que concedeu o benefício fiscal de modo unilateral não for declarado ilegal e/ou inconstitucional pelo Poder Judiciário ou revogado, não há como deixar de aplicá-lo ou simplesmente desconsiderá-lo.



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

CAMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRTC - 7 - 579959-06

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

40. Tal assertiva decorre da interpretação do disposto no artigo 102, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual a competência para julgar os conflitos entre os Estados e bem assim para decretar a nulidade de norma que afronte a Constituição Federal é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme segue:

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

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

(...)

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo

R



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

CAMARA
 7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
 DRTC - 7 - 579959-06

RECURSO
 RECURSO ORDINÁRIO

Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal."

41. Examinando o alcance e o teor do dispositivo anteriormente transcrito, constata-se que a Constituição Federal não prevê a possibilidade de norma vigente ter sua validade e eficácia desconsideradas sem que tenha ocorrido manifestação do Poder Judiciário decretando-a ilegal ou inconstitucional, já que a norma introduzida no ordenamento jurídico goza de presunção de constitucionalidade, sendo ela válida, vigente e eficaz até que o Poder Judiciário afirme de forma contrária ou até que ela seja revogada.

42. Segundo Paulo Eduardo Ribeiro Soares, "*não há competência conferida ao Poder Executivo ou ainda ao Poder Legislativo de qualquer ente da Federação para declarar como inconstitucional ou ilegal norma introduzida no Ordenamento Jurídico por ente diverso, suprimindo seus efeitos, ou ainda, não lhe reconhecendo os efeitos jurídicos decorrentes de sua respectiva incidência. A matéria há de ser levada antes de qualquer providência ao Poder Judiciário, órgão competente para afirmar a ilegalidade ou inconstitucionalidade de uma norma, de forma a suspender, se for o caso, seus efeitos. É o Poder Judiciário o órgão competente para dirimir questões relativas à legalidade ou constitucionalidade de normas, conforme assim determina o artigo 102, inciso I, da Constituição Federal de 1988, mesmo ante a evidência tratar-se de uma norma editada em desconformidade com a Lei Complementar nº 24/75" (A Guerra Fiscal e Concessão Irregular de Benefícios Fiscais, São Paulo, p. 257).*

AC



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

CAMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRTC - 7 - 579959-06

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

43. Adicionalmente, o artigo 103, da Constituição Federal, dispõe que a legitimidade para requerer a declaração de inconstitucionalidade de lei de determinada Unidade Federada é do Presidente da República; das Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e da Assembléia Legislativa; do Governador de Estado; do Procurador Geral da República; do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; do partido político com representação no Congresso Nacional; da confederação sindical ou entidade de âmbito nacional.

44. Diante disto, caberia ao Estado de São Paulo, por intermédio de seu Governador, requerer a inconstitucionalidade de norma editada por outra Unidade da Federação, mediante a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, visando a responsabilização daquele que efetivamente praticou os atos considerados ilegais e inconstitucionais, caso contrário poderia se afirmar que os demais Estados e bem assim o Distrito Federal estariam subordinados juridicamente ao Poder Executivo Paulista.

45. Logo, as sanções preconizadas pelo artigo 8º, da Lei Complementar nº 24/75, no sentido de que o benefício fiscal concedido sem fundamento em convênio resultará na nulidade do ato e na ineficácia do creditamento do imposto, são inconstitucionais, à medida que restringe a aplicação do princípio da não-cumulatividade previsto na Constituição Federal, conforme exposto anteriormente.

46. Noutros dizeres, tendo o Estado de São Paulo experimentado algum prejuízo em decorrência do benefício fiscal concedido por determinado Estado ou pelo Distrito Federal, o ônus pela reparação ao dano promovido deve recair à Unidade da Federação que instituiu o incentivo fiscal ao contribuinte remetente e não ao contribuinte estabelecido em território paulista.



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

CAMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRTC - 7 - 579959-06

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

47. Destarte, inexistente fundamento para o Estado de São Paulo afastar unilateralmente a aplicação de normas produzidas por outras Unidades da Federação mediante glosa de créditos do imposto aproveitados por contribuintes paulistas.

48. Assim, é inadmissível a aplicação dos comandos legais insertos nas normas paulistas que objetivam a impugnação de créditos do ICMS – artigo 36, § 3º, da Lei nº 6.374/89; Comunicado CAT nº 36/04; e Resolução SF nº 52/93 –, eis que tais normativos não têm legitimidade para retirar normas do ordenamento jurídico nem tampouco declará-las inconstitucionais.

49. Corroborada o entendimento anteriormente exposto a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja ementa encontra-se transcrita a seguir:

“ICMS – Pretensão objetivando o reconhecimento do direito ao aproveitamento e utilização integral dos créditos de ICMS oriundos e operações interestaduais de compra e venda de gado bovino em pé e de carne bovina junto a contribuintes de outras unidades da federação, sem as restrições impostas pela Fazenda Estadual, constantes do Comunicado CAT nº 36/2004 e do art. 36, § 3º da Lei nº 6.374/89 – Procedência do pedido decretada corretamente em primeiro grau – Contribuinte que, fundado em documentos formalmente em ordem adquire mercadorias ou toma serviços em outros Estados, não pode ter negado o direito ao crédito de ICMS pela pessoa política que se julgue prejudicada, pois restrições normativas locais não podem sobrepor-se ao princípio da não cumulatividade insculpido no art. 155, § 2º, I, da CF – Reexame necessário e apelo da Fazenda Estadual não providos.” (TJ-SP - Ap. nº 529.218-5/0-00, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, Julgado em 10.10.2007, DJ 22.10.2007).



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

CAMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRTC - 7 - 579959-06

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

50. Aludida posição foi acolhida por este Tribunal, consoante as decisões proferidas nos processos DRT-15 - 830537/06 e DRT- 9 - 119719/07 pela 2ª Câmara Efetiva.

51. A propósito do assunto, convém mencionar que a mesma técnica de crédito presumido editada pela legislação fiscal de Minas Gerais para as operações com produtos resultantes do abate de gados está prevista na legislação do Estado de São Paulo, nos termos do artigo 372, do RICMS/00. Aliás, a própria legislação paulista prevê a possibilidade de concessão de crédito presumido em substituição ao sistema de crédito convencional (débito e crédito), conforme prescrito pelo artigo 38, do artigo § 6º, da Lei nº 6.374/89, *verbis*:

"Art. 38. Para compensação, é assegurado ao contribuinte, salvo disposição em contrário, o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado, nos termos do item 2 do § 1º do artigo 36, relativamente à mercadoria entrada, real ou simbolicamente, em seu estabelecimento ou a serviço a ele prestado, em razão de operações ou prestações regulares e tributadas.

(...)

§ 6º. Em substituição ao sistema de crédito previsto neste artigo, poderá ser facultado ao contribuinte a compensação de importância resultante da aplicação de percentagem fixa."

52. Assim sendo, e tendo em vista que o Fisco não comprova a utilização do benefício fiscal por parte da remetente das mercadorias, entendo que não merece prosperar a glosa dos créditos aproveitados pela Recorrente, sob pena de violação do princípio da não-cumulatividade inserto na Constituição Federal.



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

CAMARA
7ª TEMPORÁRIA

PROCESSO Nº
DRTC - 7 - 579959-06

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

53. Por todo o exposto, com a devida vênia do Ilustre Relator, CONHEÇO DO RECURSO para DAR-LHE INTEGRAL PROVIMENTO, julgando improcedente a exigência fiscal contida no AIIM.

São Paulo, 28 de novembro de 2008.


Samuel Luiz Manzotti Riemma
Juiz com Vista

Em que pesem as judiciosas ponderações Traçadas pelo i. juiz com vista, Dr. Samuel, mantenho meu voto, para negar provimento ao recurso.


CELSO BARBOSA JULIAN

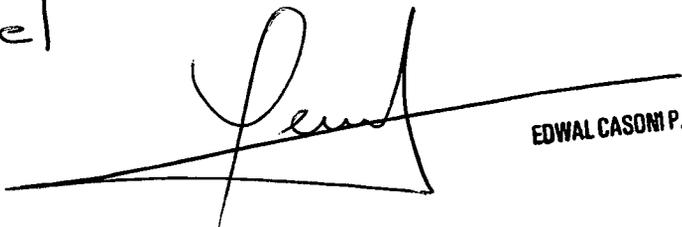
Com o Dr. Celso


Fábio Castilho

Com o nobre Juiz com Vista Dr. Samuel.


ANDERSON MONTEIRO KAPRITCHKO

Com o ilustre Juiz com Vista Dr. Samuel


EDWAL CASONI P. FERNANDES JR.

Com o Dr. Celso S. Julian


Maria Cristina Diniz Machado

Desempato nos termos do
roteo do Dr. Celso


PAULO ROBERTO C. CASTANHO



Sessão: 28/11/2008

Processo: DRT-07-579959/2006 - AIIM 3058530-2

SÉTIMA Câmara Temporária

Recorrente: BERTIN LTDA

Recorrida: A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO

Relator: Celso Barbosa Julian

Tipo de Recurso: Recurso Ordinário

Advogado: Dr(a). Fernando Dantas Casillo Gonçalves

Negado provimento. Decisão não unânime

Publicado em:

13 DEZ 2008