



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
FOLHAS DO VOTO 1

CÂMARA
4ª. EFETIVA

PROCESSO DRT
DRT /2005

RECURSO
ORDINÁRIO

RECORRENTE	CASA NATACCI DISTRIBUIDORA DE AUTO PEÇAS LTDA.		
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO		
LOCALIDADE	ARARAS	C.N.P.J.	
RELATOR	RAPHAEL ZULLI NETO	RECURSO	ORDINÁRIO
ASSUNT O	FALTAS RELATIVAS AO CRÉDITO DO IMPOSTO		
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO	59, SSS 2º E 61	CAPITULAÇÃO DA MULTA	527, Inciso II "J"
PROPOSTA DE EMENTA			
FALTAS RELATIVAS AO CREDITO DO IMPOSTO credito a maior - recebimento de mercadoria de outro estado, em transferência, distrito federal - cujo imposto destacado não foi cobrado anteriormente.			
	SUST. ORAL	SIM	NAO

RELATÓRIO

RECORRENTE:

01. Trata-se de

Recurso Ordinário

interposto **TEMPESTIVAMENTE** por **CASA NATACCI DISTRIBUIDORA DE AUTO PEÇAS LTDA.** decorrente de Auto de infração e imposição de Multa, relativo a acusação fiscal de:

LANÇAMENTO e HISTÓRICO DO PROCESSO

1. FALTAS RELATIVAS AO CRÉDITO DO IMPOSTO:

1.: Por ter se creditado indevidamente do icms no montante apontado pelo fisco, no período de agosto de 2001 a dezembro de 2004, através da escrituração de notas fiscais de transferências de mercadorias recebidas da estabelecimento filial situado no distrito federal, cujo imposto destacado não foi cobrado anteriormente, conforme demonstrativo. Embora nas notas fiscais haja o destaque do



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
FOLHAS DO VOTO 2

CÂMARA
4ª. EFETIVA

PROCESSO DRT
DRT/2005

RECURSO
ORDINÁRIO

imposto calculado à alíquota de 12% aplicável nas saídas para o estado de São Paulo, o estabelecimento paulista só poderia ter se creditado de 1 visto que o restante 11% não foram cobrados pela origem no distrito federal, que mediante regime especial, termo de acordo de regime especial TERE N° 077/2001, SUREC/SEPF, processo n° 00040.002509/2001, concedeu ao estabelecimento remetente crédito outorgado de 11% sobre o valor das transferências de mercadorias para estabelecimentos da mesma empresa situados em outra unidade da deferação, conforme previsto no artigo 3° da Portaria n° 384/2001, benefício esse concedido sem a necessária autorização do conselho nacional de política fazendária CONFAZ em desacordo, portanto, com o artigo 155, § 2°, Inciso XIII, alínea "g" da CONSTITUIÇÃO FEDERAL e o artigo 1° da lei complementar n° 24/1975, e ainda, configurando hipótese plasmada nos incisos I e II do artigo 8° da Lei Complementar 24 de 07 de janeiro de 1975, que prevê a nulidade do ato, a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria, a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do crédito correspondente.

A acusação fiscal encontra-se enquadrada no Art. 59, § 2° e 61 do RICMS/2000, aplicada a multa com base no Art. 527, Inciso II, alínea "j" do mesmo diploma legal.

DAS PROVAS

02. A Acusação fiscal encontra-se demonstrada mediante a juntada de documentos, bem como das respectivas notificações para o contribuinte apresentar os arquivos magnéticos relativos às operações dos estabelecimentos



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

FOLHAS DO VOTO 3

CÂMARA
4ª. EFETIVA

PROCESSO DRT
DRT /2005

RECURSO
ORDINÁRIO

situados em Brasília, Distrito Federal, este deixa de fazê-lo, tudo conforme demais documentos anexados aos Autos.

DEFESA:

03. A recorrente, regularmente notificada aos 17/05/2005, conforme se vê do corpo do auto de infração, apresentar defesa de fls. 1379 a 1399, e 1402 a 1416, para efetuar breve resumo da acusação fiscal, e em seguida argumenta, em preliminares, ser confiscatória a multa de 100% que lhe fora imposta, bem como argumentar que o fisco paulista exorbitou de sua competência ao glosar os créditos regularmente destacados em documentos fiscais de empresa situada em outra unidade da federação além do que provocou nítido desrespeito ao princípio constitucional não cumulatividade do tributo.

Prossegue em seus argumentos para alegar a nulidade do AIIM, posto que dele não consta expressamente o prazo para a apresentação da defesa, constando apenas o local, motivo pelo qual foi ferido o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Quanto ao mérito, faz referencia ao termo de acordo firmado referindo-se ao regime especial em questão, para dizer ser ele legal e válido, termo o qual lhe permitiu usufruir de um crédito outorgado de 11%, para as saídas interestaduais.

Em seguida cita e lembra pareceres de juristas, sobre a matéria, traz conceitos, e faz referencia à regularidade da operação e do acordo chamando atenção para o artigo 174 da CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Destaca que os créditos na forma como outorgados eo Decreto do DISTRITO FEDERAL, não ferem a Lei Complementar nº 24/1975, a qual estabelece disciplina para a celebração, ratificação e revogação de convênios entre os Estados e o Distrito Fderal, relacionados com a concessão de isenção e demais benefícios do icms. Em seguida passa a fazer referencia ao artigo 155, § 2º Inciso XII alínea "g" da CONSTITUIÇÃO FEDERAL que dispõem sobre a regulamentação da forma como mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, proceder-



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

FOLHAS DO VOTO 4

CÂMARA
4ª. EFETIVA

PROCESSO DRT
DRT /2005

RECURSO
ORDINÁRIO

se-a como a concessão de isenção incentivos e benefícios fiscais serão concedidos ou revogados. Em seguida alega que referido termo representa a possibilidade desacordo entre os Estado, além do que referido comportamento encontra-se de acordo com o entendimento dos Estado e de resposta a consulta, conforme passa a expor. Prossegue para afirmar que o termo de acordo de regime especial refere-se, no caso, a incentivos financeiros e portanto devidamente enquadrado na competência do Estado e do distrito Federal.

Passa a abordar questões relativas a incompetência de o Estado de S'ao Paulo legislar sobre matéria que envolve diretamente outras unidades da Federação, com a finalidade exclusiva de bloquear a iniciativa de outros Estados ou mesmo de sua autonomia. Passa a fazer referencia aos Decretos de nº 20.322/1999, 23.256/2002 e de nº 24.371/2004, bem como a Portaria nº 384/2001, editados pelo Distrito Federal, como sendo atos normativos válidos e eficazes e suas revogações só poderiam se dar por intermédio de atos normativos posteriores emanados do próprio distrito federal.

Reitera o fato de que o fisco paulista não possui competência para revogar disposições legislativas de outras unidades da federação, sendo que o artigo 102 da CONSTITUIÇÃO FEDERAL fixa a competência do STF para julgar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo emanado do estado e não outro estado.

Prossegue para dizer que a questão está sendo discutida em mandado de segurança coletivo de nº 053.05.0053917 junto a primeira vara da Fazenda pública do estado de São Paulo.

Continua seus argumentos, para de forma fundamentada e alentada trazer reflexões sobre a questão relativa à autonomia dos estados e do distrito federal.

Afirma que ocorreu, por parte do fisco paulista, desrespeito ao princípio da não cumulatividade, lembrando ainda a SUMULA 05/2003 do STF, relativa ao direito de crédito decorrente da aquisição de mercadoria de outra unidade da federação.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
FOLHAS DO VOTO 5

CÂMARA
4ª. EFETIVA

PROCESSO DRT
DRT /2005

RECURSO
ORDINÁRIO

Insurge-se, ainda, contra a aplicação da taxa selic.

MANIFESTAÇÃO FISCAL: PROCESSO REGIDO PELA LEI 10941/2001:

4. O fisco deixa de manifesta-se, posto que o aiim foi lavrado e o julgamento ocorre na vigência da Lei nº10941/2001

Decisão de primeira instância:

5. O feito foi mantido integralmente pela decisão recorrida, como se vê às fls. 1435 e seguintes, destacando o culto julgador a relação do artigo 9º do Decreto nº 45.490/2000, que transcreve, e a obrigação do contribuinte paulista de cumprir a legislação pertinente. Destaca o culto julgador que em nenhum momento o Estado de São Paulo, através da sua Secretaria da Fazenda ousou interferir ou imiscuir-se na legislação do distrito federal, ou de qualquer outra unidade da federação, sendo que a matéria constante da peça acusatória é regulara pela Lei Complementar nº 24/1975, norma válida e eficaz de caráter federal e que por esse motivo se sobrepõem às leis estaduais, onde o referido mandamento disciplina de forma objetiva a celebração, retificação e revogação de convênios relacionados com a isenção e demais benefícios do icms, conforme o seu artigo 1º, que transcreve.

em seguida destaca que considerados irregulares os créditos apropriados pelo contribuinte, ora recorrente, este fato remete ao artigo 8º da mesma lei complementar.

Destaca ainda que conforme se verifica do termo de acordo de regime especial, celebrado entre o governo do distrito federal e o contribuinte e pelo qual a autuada fundamentou o seu credito, este regime especial não foi em nenhum momento ratificado no CONFAZ contrariando assim a legislação federal, e perdendo sua legitimidade ante o fisco paulista.

Diz que as alegações da autuada no que concerne a SUMULA 005/2003 do TIT(alias hoje cancelada) não podem prosperar. Em seguida destaca também que para robustecer



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

FOLHAS DO VOTO 6

CÂMARA
4ª. EFETIVA

PROCESSO DRT
DRT /2005

RECURSO
ORDINÁRIO

a legitimidade da autuação a resolução SF nº 52/93, que dispõe sobre a apropriação de crédito do ICMS em operação interestadual por empresa favorecida com incentivos fiscais preceitua que a exatamente situação oposta a dos autos, transcrevendo, então, o seu artigo 1º.

Faz referencia ao argumento relativo ao desrespeito ao princípio da não cumulatividade, para afastá-lo e destacar que este foi respeitado, com relação ao 1% posto que na parcela restante esta decorre do crédito outorgado pelo outro estado, no caso o distrito federal.

Faz referencia ao artigo 142 do ctn, para afirmar estar correto o proceder do fisco.

Em seguida passa a examinar as questões relativas à multa confiscatória e aplicação da TAXA SELIC. Julga, ao final PROCEDENTE o feito fiscal.

DESTACO QUE O JULGAMENTO FOI EFETUADO PELA DJT - 1.

Recurso ordinário:

06. Inconformada com a decisão que lhe foi desfavorável, a autuada ingressa com recurso ordinário de fls. para repetir argumento de defesa e ampliá-los no sentido de

Em preliminares

reitera todas as preliminares argüidas em sua Defesa Administrativa, alegando ainda:

argüir a Nulidade do AIIM lavrado, visto que o mesmo não teria mencionado expressamente o prazo para a apresentação de defesa e/ou pagamento.

Argumentar ser a multa teria caráter confiscatório;

Argüir a Inconstitucionalidade da aplicação da Taxa Selic.

No mérito argumenta que:



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

FOLHAS DO VOTO 7

CÂMARA
4ª. EFETIVA

PROCESSO DRT
DRT /2005

RECURSO
ORDINÁRIO

O Termo de Acordo de Regime Especial, lavrado entre a recorrente e o Governo do Distrito Federal seria um ato jurídico legal e válido, apresentando as características de incentivo financeiro, não se tratando de incentivo fiscal;

O Comunicado CAT 36/04, ao prever a glosa de créditos de outras unidades da Federação, invadiria competência de outros Estados, em ofensa ao princípio da competência territorial;

A irregularidade apontada não ocorreu uma vez que todas as operações interestaduais de circulação de mercadorias teriam sido realizadas por meio de Notas Fiscais idôneas e hábeis, tendo o contribuinte, em respeito ao princípio de não cumulatividade do imposto, o direito de creditar-se do imposto destacado em nota fiscal interestadual de 12%;

Admitida, por hipótese a ilegalidade do benefício financeiro (atribuído à recorrente através do Termo de Acordo de Regime Especial), em virtude de eventual declaração de inconstitucionalidade dos Decretos emitidos pelo Governo do Distrito Federal, o fisco paulista não poderia ter glosado o correspondente a 11% (onze por cento) da alíquota do ICMS incidente na operação anterior, mas somente 4% (quatro por cento), visto que 7% (sete por cento) era a alíquota efetivamente paga pela Recorrente anteriormente à celebração do Termo de Acordo de Regime Especial 77/2001.

Manifestação Fiscal em Grau de Recurso ordinário:

07. Processo regido pela Lei nº10941/2001, assim, deixa o fisco de manifestar-se.

Manifestação da Representação Fiscal:

08. A Diretoria da Representação Fiscal manifesta-se às fls. 1489 e seguintes, em fundamentado e bem elaborado parecer, oportunidade em que descreve ação



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
FOLHAS DO VOTO 8

CÂMARA
4ª. EFETIVA

PROCESSO DRT
DRT/2005

RECURSO
ORDINÁRIO

fiscal, a exigência como posta, passando a analisar os argumentos de defesa e recurso para rebatê-las.

Destaca a digna Representação Fiscal, que o fisco juntou aos autos **demonstrativos e provas das infrações praticadas pela autuada**, mediante **Notificação** expedida ao contribuinte para apresentação de documentos relativos às transferências efetuadas com o estabelecimento Filial do DISTRITO FEDERAL (Fls. 07 e 08); e respectiva **Resposta do contribuinte à notificação (Fls. 09); bem como a Segunda Notificação** expedida ao contribuinte para apresentação de documentos relativos às transferências efetuadas com o estabelecimento Filial do DISTRITO FEDERAL (Fls. 10 e 11);

Juntou ainda Cópia do Termo de Acordo de Regime Especial - TARE - 077/2001 - Processo 00040.002509/2001, firmado com o DISTRITO FEDERAL (Fls. 12 a 19); e Quadro Resumo das operações de entradas por Transferência da filial do Distrito Federal (Fls. 20 a 21);

Após examinar os Autos destaca que a argüição de **Nulidade do AIIM lavrado, não prospera** visto que o argumento de que o mesmo não teria mencionado expressamente o prazo para a apresentação de defesa e/ou pagamento, encontra-se expressamente mencionado no Quadro II do **Demonstrativo de Débito Fiscal**, constante às Fls. 06, o qual foi inclusive assinado pelo contribuinte:

Quanto à alegação de que as **multas aplicadas** teriam caráter confiscatório e careceriam de embasamento legal, entendemos que deva ser afastada, visto que a penalidade aplicada está em conformidade com a legislação vigente e guarda proporcionalidade com os danos causados ao Estado pelo descumprimento da obrigação tributária.

Ademais, estamos diante da chamada "**penalidade por infração à legislação tributária**" e não diante de "tributo devido". A subsunção do conceito do fato praticado pelo contribuinte ao conceito da norma que descreve a conduta infracional é que deu azo à aplicação da penalidade.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
FOLHAS DO VOTO 9

CÂMARA
4ª. EFETIVA

PROCESSO DRT
DRT/2005

RECURSO
ORDINÁRIO

Ressalte-se ainda que, quanto à alegação da violação ao princípio da isonomia e da graduação das penas em relação à gravidade da infração que teria efeitos confiscatórios, o fato é que esta decorre de previsão legal eficaz, descabendo ao Agente Fiscal perquirir se o percentual escolhido pelo legislador é exacerbado ou não.

Por fim, relativamente à questão da suposta "inaplicabilidade da Aplicação da Taxa Selic", verifica-se que esta é questão já pacificada neste Egrégio Tribunal, através da publicação, no Diário Oficial do Estado de 27/08/2005, da Súmula 08, segundo a qual:

"É legítima a aplicação aos débitos fiscais estaduais da taxa de juros de mora equivalente ao mês, a Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, conforme previsão legal."

No mérito destaca a digna Representação Fiscal que:

Conforme relatado no AIIM exordial, a Filial da recorrente estabelecida no Distrito Federal usufrui de benefício fiscal a ela concedida através do TARE - Termo de Acordo de Regime Especial número 077/2001- Processo 00040.002509/2001 (fls. 12 a 19), pelo qual o Distrito Federal lhe autoriza um crédito fiscal presumido equivalente a 11% (onze por cento) sobre o valor das transferências de mercadorias para estabelecimentos da mesma empresa situados em outra unidade da Federação, conforme previsto no artigo 3º da Portaria 384/2001 com observância dos termos do TARE e da legislação aplicável.

Em relação ao benefício fiscal concedido pelo Distrito Federal (que não foi aprovado pelo CONFAZ), trata-se de crédito presumido: o estabelecimento localizado no DF abre mão dos créditos nas entradas e, ao transferir a mercadoria para o seu estabelecimento localizado em São Paulo, recebe crédito presumido de 11% (onze por cento).

Assim, a recorrente (estabelecimento matriz localizado em São Paulo) creditou-se do valor do ICMS destacado nas Notas Fiscais de Transferências de mercadorias da filial (12%),



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

FOLHAS DO VOTO 10

CÂMARA
4ª. EFETIVA

PROCESSO DRT
DRT/2005

RECURSO
ORDINÁRIO

mas a operação teve uma carga tributária na origem de apenas 1% (um por cento), visto que 11% (onze por cento) do valor do imposto não foi cobrado da remetente, sendo-lhe concedido pelo DF por crédito presumido.

Desta forma, o imposto exigido no AIIM corresponde à diferença entre o imposto destacado em notas fiscais de transferência de mercadorias remetidas pela Filial com sede no Distrito Federal (12%) e o efetivamente pago (1%).

A descrição da infração, bem como todo o suporte probatório que faz parte integrante do auto de infração, **não deixam margens a questionamentos acerca da ocorrência do ilícito. O fisco comprovou as infrações praticadas pela autuada.** Os Livros Registro de Entradas juntados às folhas 767 a 1373 comprovam as apropriações dos créditos demonstrados às folhas 20 a 23.

Examina a circunstância de que o **direito de creditar-se de ICMS** destacado em notas fiscais de transferência de mercadorias remetidas pelo estabelecimento situado no Distrito Federal, com **destaque de ICMS a alíquota de 12%**, sendo que o remetente é possuidor de TARE (Termo de Acordo de Regime Especial) número 077/2001 (Fls. 12 a 19), o qual lhe permite efetuar um **crédito presumido de 11%** sobre as **saídas por ele promovidas.** Desta forma, na realidade, constata-se que a operação teve uma carga tributária na origem de apenas 1%.

Não procede a alegação da recorrente de que teria havido **ofensa ao Princípio da Não-cumulatividade**, conforme **entendimento do STF**, ed que não é possível validar um crédito fiscal decorrente de operação interestadual lastreada num incentivo fiscal que propicia ao remetente o abatimento parcial do imposto devido na operação, sob pena de frustrar a aplicação do preceito estabelecido no artigo 155, § 2º, XII, "g" da Constituição Federal.

O Regime Especial obtido pelo contribuinte filial junto ao Governo do Distrito Federal - o qual lhe autorizaria a efetuar um **crédito fiscal presumido equivalente a 11%** (onze por cento) sobre o valor das transferências de mercadorias para estabelecimentos da mesma empresa situados em outra



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

FOLHAS DO VOTO 11

CÂMARA
4ª. EFETIVA

PROCESSO DRT
DRT/2005

RECURSO
ORDINÁRIO

259

unidade da Federação, não pode acarretar qualquer efeito ao Estado de São Paulo, vez que não existe convênio firmado neste sentido, entre os dois Estados.

O TARE (Termo de Acordo de Regime Especial) número 077/2001-DF (Fls. 12 a 19) tem validade unicamente para o Distrito Federal, não tendo alcance de extraterritorialidade, pois este regime concede benefício fiscal, não sendo instrumento hábil para concessão de qualquer tipo de benefício em matéria de ICMS. Ressalte-se que não se trata de declarar ilegal ou inconstitucional ato administrativo ou legislação de outra Unidade da Federação ou legislação, mas sim exigir imposto indevidamente creditado por não ter sido anteriormente cobrado, nos termos do artigo 38 da Lei 6.374/89.

O crédito presumido de 11%, lançado pela recorrente, causou prejuízo ao erário paulista, uma vez que lhe deu um crédito a maior que foi compensado com o débito do ICMS, reduzindo o montante devido ou aumentando o saldo credor. Constatase, desta forma, que o "TARE" acima descrito não é, efetivamente, restrito ao remetente e ao Distrito Federal, afrontando o artigo 155, § 2º, XII, "g" da Constituição Federal. Ressalte-se que os Estados não podem conceder benefícios fiscais de forma unilateral, à revelia do CONFAZ. Portanto, razão não cabe ao recorrente.

Quando ao argumento de que não trouxe prejuízo ao Estado de São Paulo, o Estado tem o dever legal de levantar e cobrar o prejuízo causado aos seus cofres, que no caso foi o crédito lançado a maior, de quem lhe causou o prejuízo (recorrente). Não há que se falar assim, em ilegalidades do sujeito passivo e ativo, caindo por terra esta argumentação.

Quando à questão da impossibilidade de aproveitamento dos créditos de ICMS provenientes de operações ou prestações amparadas por benefícios fiscais de ICMS não autorizados por convênio, é clara a posição da Secretaria da Fazenda de São Paulo, conforme **Comunicado CAT 36, de 29-07-2004**, publicado no DOE em 30/07/2004 e transcrito conforme segue:

Prossegue em longas laudas para trazer fundamentados



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
FOLHAS DO VOTO 12

CÂMARA
4ª. EFETIVA

PROCESSO DRT
DRT/2005

RECURSO
ORDINÁRIO

argumentos e transcrever a legislação pertinente à matéria.

CONCLUSÃO:

09. Regularmente processado o apelo, esta é a síntese do essencial, motivo pelo qual passo a proferir voto.

V O T O

DO CONHECIMENTO DO APELO:

10. O exame do apelo, demonstra estarem preenchidos os pressupostos mínimos de admissibilidade, motivo pelo qual dele tomo conhecimento, sendo cristalina a acusação fiscal, onde a questão é objetiva, tratando-se de matéria restrita ao direito aplicável, posto que não controvertidos os fatos.

DAS PRELIMINARES:

11. Da leitura que faço do apelo verifico que o contribuinte apresenta argumentos em preliminares, todavia estes revestem-se de nulidades do próprio AIIM e sobre a matéria versada nos Autos, assuntos estes que se confundem com o mérito e pelo seu teor somente com este podem ser examinados. Por outro lado a recorrente se insurge contra a:

MULTA COM EFEITO DE CONFISCO:

APLICAÇÃO DA TAXA SELIC:

De início destaco que afastos ambos os argumentos, posto que sem fundamento fático ou mesmo jurídico, posto que a multa decorre de fixação, segundo dosimetria dosada pelo legislador e a SELIC, por ser forma válida de cálculo para exigências fiscais, acabou por ser objeto de súmula desta corte.

Examinado o lançamento, como efetuado pelo fisco, resta o exame da questão relativa ao confisco ou multa confiscatória.



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

FOLHAS DO VOTO 13

CÂMARA
4ª. EFETIVA

PROCESSO DRT
DRT /2005

RECURSO
ORDINÁRIO

Destarte, apesar de argumentar quanto a tratar-se a exigência fiscal de espécie de confisco, com seus argumentos também não posso concordar, frente a norma vigente, bem como pelo fato de que a multa foi anteriormente fixada como regra pelo legislador e busca uma finalidade coercitiva.

Com efeito, procedeu o fisco a constatação de irregularidades o que deu origem a lavratura de Auto de infração destinado a Constituição do crédito tributário, o qual se discute nestes Autos. E, sem dúvida em existindo irregularidade esta pode ser classificada de simples até gravíssima, ou seja dependendo do comportamento do contribuinte este determina uma infração grave e cujo intuito recai no da sonegação quanto estamos falando de descumprimento de obrigação principal, a determinar a sonegação de tributos estaduais. E, neste ponto, ao contrário do quanto argumenta o contribuinte não vejo aqui configurado o pretendido confisco.

Assim, muitas vezes em se tratando de valores sublimados da tributação regular pelo contribuinte quando da sua operação mercantil regular, em razão de vícios ocorridos ou desatendimento da obrigação principal, não vejo como possa agora querer alegar a sua própria torpeza para fugir ao pagamento do imposto e ou da multa.

E, embora a recorrente possa entender que o valor exigido pelo fisco corresponda a verdadeiro confisco, com o seu entendimento não posso concordar.

Observada a questão por esse prisma da multa confiscatória, não vejo configurada a sua ocorrência.

A multa aplicada na espécie ao que se vê decorre da Lei, que a fixou em razão do tipo de infração praticada, que no caso dos Autos é das mais graves pois mediante forma ardilosa procura fugir à tributação do ICMS.

Assim, embora entenda e alegue o caráter confiscatório a exigência fiscal, não se referindo diretamente à multa, não vejo ter razão a recorrente, seja no que se refere à exigência do imposto ou mesmo da multa.

No que se refere a multa, entendo deva-se Ter sempre em mira o caráter e o limite quantitativo das



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

FOLHAS DO VOTO 14

CÂMARA
4ª. EFETIVA

PROCESSO DRT
DRT /2005

RECURSO
ORDINÁRIO

multas, de um lado identificando o tipo de multa aplicada e de outro o limite que não pode chegar ao confisco. Ao entender-se ser a multa punitiva, compensatória ou moratória, para cada um deles deve ser atribuído um limite compatível com a sua finalidade e objetivo, sem perder de vista que a fixação das penalidades e seus valores sempre tem como origem o legislador, ou seja são fixadas por lei. Já em relação ao valor a ser atribuído à multa, penso que referida disciplina encontra-se regida pelo § 11º do art. 153 da Constituição Federal.

Destarte, não vejo como entender ser confiscatória a multa aplicada no caso em espécie, pois não corresponde a multa moratória ou compensatória, cujos limites devem ter por base valores fundamentados em previsão de juros ou indenização, capaz de manter o status quo anterior, caso cumprida fosse a obrigação. Assim, a multa aqui aplicada, em princípio encontra fundamento na Lei em segundo busca coibir práticas sonegatórias, cuja repercussão social é incalculável monetariamente. Não se pode também falar em confisco ou capacidade contributiva, pois corresponde às operações praticadas e omitidas, onde seu objetivo na verdade busca coibir prática maléfica à sociedade não se podendo falar em confisco e sim verdadeira punição, contra práticas ensejadoras de sonegação, onde o objetivo principal da multa, mesmo que elevada, está no intuito de coibir tal prática.

Por outro lado, fixada em lei não vejo como entender ou mesmo considerar confiscatória a multa aplicada pelo fisco, na forma como argumenta a recorrente. Alias referido exame escapa à competência deste Tribunal, que ao examinar a dosimetria da multa fixada pelo legislador estaria na verdade analisando o critério por ele adotado e sua validade, sem contar que referido exame acaba por esbarrar em toda a estrutura legislativa, pois acaba por colocar em julgamento o valor fixado pelo legislador, o que não compete a este Tribunal, ou mesmo ao Poder Judiciário. Veja-se que estão em julgamento os fatos e não o valor da multa fixado pelo órgão legislativo. Há portanto, de se afastar o argumento da recorrente.

Alias, outro não tem sido o entendimento de nossos



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

FOLHAS DO VOTO 15

CÂMARA
4ª. EFETIVA

PROCESSO DRT
DRT/2005

RECURSO
ORDINÁRIO

tribunais, conforme decisão que a seguir transcrevo, para conhecimento de meus pares, na sua parte fundamental:

multa confiscatória

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 208.315-1 (340)

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MAURÍCIO CORRÊA

RECTE. : APF - APOLINÁRIO EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA

ADV. : FERNANDO LUIZ LOBO D'EÇA E OUTRO

RECDO. : ESTADO DE SÃO PAULO

ADV. : PGE-SP - JOSÉ RAMOS NOGUEIRA NETO

DECISÃO: Insurge-se a recorrente contra a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que considerou válida a cobrança de débito de ICMS acrescido de multa de 30% (trinta por cento) e atualizado segundo a Unidade Fiscal do Estado de São Paulo (UFESP).

2. Em suas razões extraordinárias, sustenta que o aresto impugnado vulnerou os artigos 5º, XXXV, XLVI, alínea "c", LIV e LV, 21, VII, 22, VI, 24, § 4º, 93, IX e 150, IV, da Constituição Federal, e argumenta com a nulidade do acórdão por falta de exaurimento da prestação jurisdicional, com o efeito confiscatório que teria sido imprimido à cobrança do tributo, bem como com a impossibilidade de indexação do ICMS com base na UFESP.

3. A matéria constitucional encontra-se devidamente prequestionada, diante dos embargos de declaração interpostos a fim de induzir o Tribunal a quo a debatê-la.

4. Como assinalado pelo parecer do Parquet Federal (fls. 158/159), a função jurisdicional foi prestada de modo adequado, observando-se todas as cautelas e princípios constitucionais a ela inerentes. Não há, assim, qualquer vício de forma que justifique a anulação do julgado recorrido.

5. No mérito, não pode ser acolhida a alegação de ofensa ao artigo 150, IV. Como já entendeu a Primeira Turma deste Tribunal, no RE nº 220.284, Moreira Alves, DJ 10.08.00, "**não se pode pretender desarrazoada e abusiva a imposição por lei de multa - que é pena pelo descumprimento da obrigação tributária - de 30% sobre o valor do imposto devido, sob o fundamento de que ela, por si mesma, tem caráter confiscatório**". Veja-se também o RE nº 239.397, Ilmar Galvão, DJ 28.04.00, e os AGRAG nn. 196.465, Carlos Velloso, DJ 26.09.97, e 173.689, Marco Aurélio, DJ26.04.96.

Brasília, 08 de fevereiro de 2001.
Ministro MAURÍCIO CORRÊA
Relator

Assim também há de se afastar referido argumento.

Quanto a TAXA SELIC esta foi objeto de recente SUMULA conforme bem lembrado pela digna Representação Fiscal, assim, com fundamento na SUMULA 008/2005, afasto referido argumento.



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

FOLHAS DO VOTO 16

CÂMARA
4ª. EFETIVA

PROCESSO DRT
DRT /2005

RECURSO
ORDINÁRIO

Finalmente quanto ao argumento de que ocorre a Nulidade do AIIM lavrado, visto que o mesmo não teria mencionado expressamente o prazo para a apresentação de defesa e/ou pagamento, referido argumento, como muito bem destaca a digna Representação Fiscal, resta prejudicado, visto que citado prazo encontra-se expressamente mencionado no Quadro II do Demonstrativo de Débito Fiscal, constante às Fls. 06, o qual foi inclusive assinado pelo contribuinte:

"Fica o atuado notificado a pagar o imposto, a multa e os juros de mora ou a apresentar defesa por escrito no prazo de 30 (trinta) dias sob pena de julgamento a revelia."

DO MÉRITO:

12.. Quanto ao mérito, a questão que se descortina é relativa à possibilidade de crédito, em sua integral, de valor constante em nota fiscal de aquisição de mercadorias de outro Estado, no caso destes Autos do Distrito Federal, quando sob parcela do imposto debitado, ocorreu a sua desoneração, ou crédito outorgado, em razão de termo de acordo de regime especial, não referendado ou aprovado pelos demais Estados ou mesmo submetido a aprovação do CONFAZ. O debate, portanto, segue pelo princípio da não cumulatividade, da constitucionalidade, eficácia e validade do acordo e do desrespeito à Lei complementar, que fixa regra exatamente ao contrário do quanto foi firmado no citado termo de acordo.

13. o que se discuti aqui, antes de mais nada é a validade do citado termo de acordo e a sua consequência frente ao direito de crédito, quando envolvendo outros estados que dele não participaram.

Assim, como já ressaltado o exame dos Autos, restringe-se na análise do alcance de benefício fiscal concedido pelo Distrito Federal não aprovado pelo CONFAZ, ou mesmo dele não tenha participado o estado de São Paulo, cujo teor atribui crédito presumido ao estabelecimento localizado no Distrito Federal, que abre mão dos créditos nas entradas e, ao transferir a mercadoria para o seu estabelecimento localizado em São Paulo, recebe crédito presumido de 11%



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

FOLHAS DO VOTO 17

CÂMARA
4ª. EFETIVA

PROCESSO DRT
DRT/2005

RECURSO
ORDINÁRIO

(onze por cento).

Neste ponto, antes de mais nada o exame da questão passa pela análise da regra matriz do crédito onde estabelecimento localizado neste estado de São Paulo, efetua crédito do valor do ICMS destacado nas Notas Fiscais de Transferências de mercadorias da filial, situada no Distrito Federal e cuja operação, teve como incidência do ICMS ou imposto anteriormente cobrado, o percentual de 1%, e não de 12%, posto que 11% do valor do imposto (não cobrado) em razão de crédito presumido atribuído.

Assim, a questão central recai exatamente sobre a legitimidade ao direito de creditar-se de ICMS destacado em notas fiscais de transferência de mercadorias remetidas pelo estabelecimento situado no Distrito Federal, com destaque de ICMS a alíquota de 12%, em razão de TARE (Termo de Acordo de Regime Especial) número 077/2001, anexado às fls. 12 a 19), pelo qual lhe é permitido efetuar um crédito presumido de 11% sobre as saídas por ele promovidas.

Deste ponto, a legislação paulista, é clara quanto à vedação do crédito efetuado, uma vez que, o valor do imposto, na proporção de 11% dos 12%, não foi cobrado na operação anterior.

E, ao contrario do que alega a recorrente, referido procedimento não ofende o Princípio da Não-cumulatividade, alias conforme entendimento do STF, (acórdão Recurso Extraordinário nº 109.486/SP), por não ser possível validar um crédito fiscal decorrente de operação interestadual lastreada em incentivo fiscal que propicia ao remetente o abatimento parcial do imposto devido na operação, sob pena de frustrar a aplicação do preceito estabelecido no artigo 155, § 2º, XII, "g" da Constituição Federal.

Por outro lado, o Regime Especial obtido junto ao Governo do Distrito Federal, não gera qualquer efeito no Estado de São Paulo, vez que não existe convênio firmado neste sentido, entre os dois Estados e sequer referido Termo de Acordo de Regime Especial 077/2001-DF foi referendado ou



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

FOLHAS DO VOTO 18

CÂMARA
4ª. EFETIVA

PROCESSO DRT
DRT /2005

RECURSO
ORDINÁRIO

submetido ao CONFAZ, tendo validade única para o Distrito Federal.

Neste sentido, como muito bem destacou a digna Representação Fiscal em seu parecer de fls.; " não se trata de declarar ilegal ou inconstitucional ato administrativo ou legislação de outra Unidade da Federação ou legislação, mas sim exigir imposto indevidamente creditado por não ter sido anteriormente cobrado, nos termos do artigo 38 da Lei 6.374/89:"

" O crédito presumido de 11%, lançado pela recorrente, causou prejuízo ao erário paulista, uma vez que lhe deu um crédito a maior que foi compensado com o débito do ICMS, reduzindo o montante devido ou aumentando o saldo credor. Constata-se, desta forma, que o "TARE" acima descrito não é, efetivamente, restrito ao remetente e ao Distrito Federal, afrontando o artigo 155, § 2º, XII, "g" da Constituição Federal. Ressalte-se que os Estados não podem conceder benefícios fiscais de forma unilateral, à revelia do CONFAZ. Portanto, razão não cabe ao recorrente."

Por outro lado, a impossibilidade de aproveitamento dos créditos de ICMS provenientes de operações ou prestações amparadas por benefícios fiscais de ICMS não autorizados por convênio, decorre de posição adotada pelo Governo do estado de São Paulo, Secretaria da Fazenda de São Paulo, conforme Comunicado CAT 36, de 29-07-2004, publicado no DOE em 30/07/2004.

Neste ponto, lembra a digna Representação Fiscal em seu parecer que: " Entendemos que tal alegação não merece ser prestigiada. Embasamos nosso entendimento reportando-nos às bem-fundamentadas razões expostas no artigo intitulado "A Guerra Fiscal e o contribuinte paulista", publicado no Valor Econômico, em data em 05/01/05, de autoria do I. Coordenador da Administração Tributária da Fazenda do Estado de São Paulo, Dr. Henrique Shiguemi Nakagaki, no qual o assunto em pauta foi criteriosamente analisado. Permissa vênia, transcrevemos seus principais trechos:

"O Comunicado CAT n.º 36/04, cuja pretensão não é a de retirar normas do ordenamento jurídico ou declará-

26X



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

FOLHAS DO VOTO 19

CÂMARA
4ª. EFETIVA

PROCESSO DRT
DRT /2005

RECURSO
ORDINÁRIO

las inconstitucionais, somente alerta para o fato de que é prudente não se creditar do imposto gerado no contexto de um benefício fiscal de ICMS não amparado por convênio interestadual. O comunicado preocupa-se em evitar autuações futuras, permitindo ao contribuinte que avalie seus fornecedores quanto à possível obtenção de benefícios fiscais irregulares de ICMS. Desta forma, o contribuinte poderá negociar melhor seus preços na aquisição de mercadoria, avaliando corretamente o risco jurídico envolvido em determinadas operações e evitando autuações futuras.

Caso o Estado de São Paulo se limitasse somente a propor ações diretas de inconstitucionalidade, seus contribuintes do ICMS seriam surpreendidos no futuro por riscos que não conheciam ou sobre os quais não havia um posicionamento oficial do Estado. Por essa razão, ao permitir que o contribuinte evite determinadas operações, o Comunicado CAT n.º 36/04 está, na realidade, prestando-lhe um serviço: o de não ser iludido por condições negociais aparentemente vantajosas, mas que escondem um risco jurídico enorme.

Além disso, quando se considera o fator concorrencial, percebe-se que o tempo de tramitação de uma Adin é suficiente para que um fornecedor que goza de um benefício irregular distorça os mercados e retire completamente a competitividade das empresas tributadas regularmente. Se o tempo de dois anos (ou mais) para que ocorra a decisão de uma liminar em Adin é razoável, tendo-se em vista o volume de processos tramitando no Supremo Tribunal Federal (STF), não o é, entretanto, do ponto de vista dos mercados. Após dois anos, o dano ao fornecedor que não goze de benefícios fiscais irregulares será permanente, pois ele se verá alijado de sua carteira de clientes e de seu capital.

É comum, no contexto da guerra fiscal, que uma mesma empresa monte estabelecimentos em São Paulo e em um Estado que concede o benefício fiscal irregular, transferindo mercadorias incentivadas irregularmente

268



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

FOLHAS DO VOTO 20

CÂMARA
4ª. EFETIVA

PROCESSO DRT
DRT /2005

RECURSO
ORDINÁRIO

para São Paulo. A vantagem concorrencial, nesse caso, é enorme, visto que a mesma empresa fabrica e utiliza o crédito de ICMS, dominando mercados e massacrando a concorrência.

No que se refere à eficácia das Adins, nas últimas ações propostas pelo Estado de São Paulo, às vésperas do julgamento pelo Supremo, ou logo após a decisão, o Estado réu editou uma lei nova, criando benefícios fiscais de ICMS identicamente irregulares e convalidando tudo o que foi feito com base em uma lei inconstitucional.

Como a lei nova revoga a legislação questionada judicialmente, o objeto das ações diretas de inconstitucionalidade é declarado perdido pelo Supremo, visto que a norma questionada já não figura no ordenamento jurídico, não havendo razão para que se prossiga com o julgamento. Tal expediente retirou praticamente toda a eficácia das Adins.

Ainda quanto à impossibilidade de se ter na Adin o único instrumento de combate a benefícios de ICMS concedidos sem respaldo legal, nota-se que grande parte dos benefícios fiscais irregulares não são concedidos mediante a edição de leis ou decretos, mas por regimes especiais que escondem verdadeiros contratos entre um Estado e um particular para criar condições privilegiadas de tributação de ICMS. Contra tais benefícios, tão ou mais danosos, não cabe a propositura de Adins.

O Comunicado CAT n.º 36/04 não é a primeira medida do gênero. Os Estados do Paraná e de Minas Gerais editaram atos anteriores no mesmo sentido. O Rio de Janeiro tem várias resoluções esparsas, versando sobre a impossibilidade de aproveitamento de crédito oriundo de benefício fiscal irregular. Vários Estados, destacando-se o Rio Grande do Sul, têm editado esclarecimentos análogos.

Ressaltamos a legalidade do Comunicado CAT n.º 36/04, que não tem conteúdo normativo próprio, mas somente

26^o



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

FOLHAS DO VOTO 21

CÂMARA
4ª. EFETIVA

PROCESSO DRT
DRT /2005

RECURSO
ORDINÁRIO

faz otimizar o cumprimento da Lei n.º 6.374/89 - que regula o ICMS no Estado de São Paulo e que, por sua vez, se encontra respaldada na Lei Complementar n.º 87/96, que regula o ICMS no âmbito nacional e na Constituição Federal de 1988. A ineficácia dos créditos oriundos de benefícios irregulares é notória, tendo o Supremo se posicionado quanto à matéria, já em 1992, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 01094869/210-SP."

Destaco ainda o fato de que em nenhum momento o Estado de São Paulo fez parte de referido termo fixado entre as partes Distrito federal e o contribuinte remetente da mercadoria, não podendo, portanto submeter-se às regras nele fixadas, mesmo porque dele não fez parte e sequer com seus termos concordou.

Faço ainda referencia ao bem elaborado parecer da digna Representação Fiscal, cujos termos adoto como razão de decidir, trabalho este de esmero e dedicação, que abordou a todos os aspectos e conseqüências do descumprimento efetuado pelo contribuinte ao efetuar credito sem lastro onde não ocorreu ao anterior cobrança do imposto, conforme determina a regra matriz do credito ao referir-se a imposto anteriormente cobrado.

Assim sendo, conheço do recurso, e a ele **NEGO PROVIMENTO**, mantendo assim a acusação fiscal, prestigiando a decisão recorrida que bem apreciou a matéria.

Sala de sessões, 7 de maio de 2005.

Raphael Zulli Neto

Rever

Newton P. Biazzi

Jamf.
 Durval Alves Barros

Casos como o presente têm despertado minha
 atenção. Após minucioso estudo venho perce-
 bendo que na "guerra fiscal" entre Estados
 e Distrito Federal, sem qualquer observân-
 cia à Lei Complementar nº 24/75, além
 do texto da Constituição Federal, o
 contribuinte é quem leva a pecha
 de devedor.

Assim, "data venia" do D. relator,
 dou provimento ao apelo, conside-
 rando que as operações, como aca-
 tado no A.I.M., efetivamente ocorre-
 ram.

Maria
 MARIA LEONOR LETTE VIEIRA

Com o ilustre relato.

Durval

Durval

DURVAL FERRO BARROS

271

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

DAP383R



Processo: DRTC-II - 347389/2005
Quarta Câmara Efetiva

Recorrente CASA NATACCI DISTRIBUIDORA DE AUTO PEÇAS
Recorrida A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO

RESUMO DA DECISÃO: RECURSO ORDINÁRIO. Negado provimento. Decisão não unânime..

29 NOV 2005

Publicado em: