

120428

FLS.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
5ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-638004/05

RECURSO
Ordinário

RECORRENTE	REAL MOTOPEÇAS LTDA.					
RECORRIDO	SECRETARIA DA FAZENDA					
RELATOR(A)	JOSÉ ROBERTO ROSA	AIIM	3040756-4	S. ORAL	S/N	S
ASSUNTO						
ICMS - Crédito indevido referente benefício concedido por outra unidade da Federação sem respaldo em convênio do Confaz						
QUESTÃO DECIDIDA						
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO						
CAPITULAÇÃO DA MULTA						
Art. 56, § 2º e art. 58 do RICMS Dec. 33118/91) / art. 59 § 2º e art. 61 do RICM (Dec. 45490/00)			Art. 85, II, "j" da Lei 6374/89 / art. 527, II, "j" do RICMS (Dec. 45490/00)			

RELATÓRIO

1 – Cuida-se de recurso ordinário interposto pelo contribuinte contra decisão da C. Delegacia Tributária de Julgamento – DTJ/2 – Campinas (fls. 7202 a 7216) que, em 22 de novembro de 2005, julgou parcialmente procedente a acusação, visto que reduziu os subitens 2.11 e 3.20 do AIIM, em virtude de lançamento de notas fiscais em duplicidade.

2 – O Auto de Infração foi lavrado em 16 de setembro de 2005, acusando o contribuinte de creditar-se indevidamente do imposto, por meio da escrituração de notas fiscais de transferência de mercadorias recebidas do estabelecimento situado no Distrito Federal, cujo imposto destacado a 12%, não foi cobrado por aquela unidade da Federação, eis que houve recolhimento de apenas 1%, sendo o benefício concedido sem a necessária autorização do Conselho Nacional de Política Fazendária e, portanto, em desacordo com o artigo 155, § 2º, XII, alínea "g" da Constituição Federal.

3 – Em seu Recurso Ordinário (fls. 7221 a 7276) alega a R.:

- que não estamos diante de um benefício fiscal concedido pelo Distrito Federal, mas sim um regime simplificado de apuração, concedido pelo Poder Executivo mediante outorga do Legislativo;
- que o regime prevê um crédito estimado em relação às operações anteriores, implicando na renúncia ao direito de aproveitar quaisquer outros créditos;
- que o estabelecimento do contribuinte no Distrito Federal optou pelo



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA

5ª efetiva

PROCESSO Nº

DRT-5-638004/05

RECURSO

Ordinário

- regime alternativo de apuração do ICMS, condicionado também ao cumprimento de diversas obrigações pelo optante;
- que foi outorgado à R. um crédito estimado que varia entre 9,5% a 11% sobre o montante das operações de saída, condicionado, entretanto a renúncia a todos os demais créditos, além de diversas outras obrigações;
 - que não estamos diante de um benefício fiscal, mas sim de um regime alternativo de apuração do ICMS;
 - que, além do mais, também o Estado de São Paulo concede vários tipos de crédito outorgado sem respaldo do Confaz;
 - que, apenas pelo fato de determinado regime de tributação ser mais favorável a certo contribuinte que outro regime anteriormente a ele estipulado não lhe traz a pecha automática de ser denominado de benefício fiscal;
 - que, estando a norma em comento devidamente produzida e colocada no sistema por órgão competente, mesmo que inconstitucional, permanece válida, a menos que retirada do sistema por uma das formas definidas no ordenamento jurídico;
 - que tal argumentação não teria sido apreciada pela decisão recorrida, representando verdadeiro vício na mesma;
 - que o Estado de São Paulo não utilizou o veículo próprio, qual seja a propositura de ADIN perante o STF, para tentar retirar tal norma do ordenamento;
 - que não é o regime outorgado pelo Distrito Federal que viola o pacto federativo, mas sim a atitude do Estado de São Paulo de glosa de créditos materializada por esse ato de lançamento;
 - que, antes de decisão judicial acerca da legitimidade da norma em exame, não há como se alegar que o imposto destacado nas notas fiscais não foi efetivamente cobrado pelo Estado concedente do suposto benefício fiscal;
 - que, em épocas passadas o Estado de São Paulo já tentou glosa de créditos semelhantes, no que foi rechaçado pelo STF;
 - que a autuação afronta o princípio da não-cumulatividade;
 - que a competência dos Estados de destino, prevista na Constituição Federal de 1988, está restrita ao diferencial de alíquota, tentando o Estado de São Paulo alargar competência tributária não autorizada pela CF;
 - que, mesmo com o regime simplificado aplicado à filial da R. no DF, o



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
5ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-638004/05

RECURSO
Ordinário

Estado de São Paulo não sofre qualquer prejuízo, como de mostra a R. em exemplos numéricos;

- que, como mostram os documentos e livros juntados na impugnação, ainda que se aceite a argumentação do fisco, não se pode desconsiderar o crédito renunciado pela R. e que ela teria utilizado se não tivesse optado pelo regime alternativo de apuração, ou seja, os 7% destacados nas notas de aquisição no Estado de São Paulo;
- que, como demonstra planilha juntada pela R., ainda que se aceite o raciocínio da fiscalização, o auto de infração desconsiderou o imposto cobrando nas operações anteriores, em desrespeito à não-cumulatividade;
- que, ademais, a exação não poderia retroagir a períodos anteriores à edição do Comunicado CAT 36/04;
- que o dispositivo legal da multa aplicada infringe o princípio da tipicidade, uma vez que nele não há a descrição concreta das condutas que ensejariam a aplicação da penalidade;
- que a multa tem caráter confiscatório;
- que a aplicação da Taxa Selic é ilegítima.

4 – a douta Representação Fiscal (fls. 7281 a 7301) se manifesta, na pessoa da i. Dra. Lúcia Fransolin Rollo, aduzindo:

- que a r. decisão de primeira instância está devidamente fundamentada;
- que não procedem as arguições de multa confiscatória e de ilegitimidade da Selic;
- que a Portaria nº 384/2001 (fls. 72/73) do Distrito Federal fixa os percentuais a título de crédito, prevendo em seu art. 3º que, nas transferências de mercadorias para estabelecimentos da mesma empresa situados em outra unidade da Federação aplica-se 11%;
- que tal benefício fiscal não tem respaldo do Confaz;
- que não é possível validar um crédito fiscal decorrente de operação interestadual lastreada num incentivo fiscal;
- que não se trata de declarar ilegal ou inconstitucional ato administrativo ou legislação de outra Unidade da Federação, mas sim exigir imposto indevidamente creditado por não ter sido anteriormente cobrado;
- que houve efetivo prejuízo ao erário paulista;
- que, em decisão monocrática, o ministro do STF Gilmar Mendes negou seguimento à ação direta de inconstitucionalidade (Adin) proposta pelo Estado do Amazonas contra o Comunicado CAT 36/04;

FLS.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
5ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-638004/05

RECURSO
Ordinário

- que o posicionamento do STF em várias Adins corroboram o feito fiscal.

5 – Havendo protesto por **Sustentação Oral**, interrompo o Relatório e remeto ao NAC para a sua designação.

Sala das Sessões, 31 de agosto de 2006.

JOSÉ ROBERTO ROSA – Juiz Relator

FLS.



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

CAMARA
5ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-638004/05

RECURSO
Ordinário

Devidamente notificado, compareceu o i. patrono do contribuinte para realizar a Sustentação Oral de suas razões, tendo apresentado Memorial cuja juntada aos autos deferimos.

Dou por encerrado o Relatório.

Passo ao **VOTO**:

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

1 - O Fisco glosou, como crédito indevido, 11% do valor destacado em notas fiscais que o estabelecimento do contribuinte, localizado em Campinas-SP, recebeu, remetidas em transferência pela filial localizada em Brasília-DF. As notas fiscais emitidas pelo estabelecimento do Distrito Federal contém destaque do imposto de 12%, entretanto, o contribuinte firmou com o governo do DF o chamado "TARE-Termo de Acordo de Regime Especial" que lhe concede um crédito outorgado de 11% sobre as operações de transferência citadas.

2 – A situação se insere no contexto da chamada "guerra fiscal" entre as unidades federativas brasileiras que buscam implantar diversos sistemas diferenciados de tributação para atrair investimentos e fomentar a sua economia.

3 – Há, entretanto, diversas formas de concessão de benefícios dentro da chamada "guerra fiscal". Vou citar outras duas formas de benefícios fiscais concedidos com o objetivo de incentivar empresas por diversos



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
5ª efetiva	DRT-5-638004/05	Ordinário

Estados para demonstrar porque entendo ser o TARE de Brasília uma das mais nefastas, senão a pior mesmo, forma de "guerra fiscal".

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

5 – Temos um segundo caso, em que determinado Estado concede um benefício fiscal, à revelia do Confaz, para um determinado ramo de indústria, desde que as empresas efetivamente se instalem no seu território e lá comecem a produzir e comercializar as mercadorias, fomentando o desenvolvimento econômico. Reprovável juridicamente, mas, pelo menos temos a ocorrência de uma atividade econômica; temos a geração de riqueza; temos a fabricação e a comercialização de mercadorias. Um Estado atraiu uma indústria de outro Estado para o seu território, mercê de incentivos inconstitucionais, e por isso marmelada que era fabricada em São Paulo, por exemplo, será fabricada em outro Estado, prejudicando economicamente o Estado que perdeu a empresa. Porém, pelo menos, a marmelada continuará a ser fabricada. Desloca-se, no país, a unidade geradora de riqueza, ofende-se a competência tributária dos Estados quando a fábrica começa a remeter mercadorias em operações interestaduais, destacando um imposto não inteiramente cobrado e que será oposto ao erário do destinatário. Mas, pelo menos, a marmelada está sendo efetivamente produzida e comercializada. Está havendo geração de riqueza no Estado que pratica a "guerra fiscal", o que, por certo, deve ser levado em conta, não para eliminar a culpa, mas quem sabe para graduar as conseqüências.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA

5ª efetiva

PROCESSO Nº

DRT-5-638004/05

RECURSO

Ordinário

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

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

8 – Ora, mas nos casos que temos visto, como o destes autos, não está havendo qualquer fomento no mercado atacadista candango, mas sim a criação artilosa e artificial uma etapa inexistente no ciclo de produção e comercialização dessas mercadorias, com o passeio das autopeças de São Paulo até Brasília e o seu imediato retorno para este Estado, onde efetivamente irá acontecer a distribuição pelo atacadista. Quer dizer, as mercadorias vão até Brasília para trocar a nota fiscal e com isso, o Distrito Federal passa a arrecadar 1% da operação, porque “abriu mão” do restante. Na verdade, passa a usurpar 1% do valor da operação, pois nem a isso tem direito, visto que nenhuma riqueza está sendo produzida naquela unidade federativa neste caso. Diferentemente dos dois exemplos de guerra fiscal já citados, aqui temos apenas a criação artificiosa de uma etapa que não existe na logística normal de circulação de mercadorias do setor, a invenção de um passeio da mercadoria até Brasília para que o Distrito Federal arrecade o tal 1% sobre uma operação que não existe no mundo comercial, no mundo fenomênico, mas que somente passa a existir em função do TARE.

FLS.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
5ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-638004/05

RECURSO
Ordinário

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

10 – E embora, nestes autos, disso não se cogite, o tal TARE brasiliense tem o nefasto efeito de deixar rondando as empresas que a ele aderem a tentação constante de reduzir o “custo Brasil” por meio da substituição do “passeio das mercadorias até Brasília” pelo “passeio das notas fiscais”. Afinal, se a mercadoria vai e volta, porque gastar tanto em combustível, em logística, etc., etc ? Por quê não utilizar o mecanismo das operações triangulares simbólicas ? Repito, nestes autos o Fisco não cogita de que as mercadorias não tenham ido; nem se afirma que foram, mas simplesmente não se entra no mérito. O que digo, é que pelo exótico sistema criado pelo TARE brasiliense, o passeio de notas será uma tentação constante, chegando-se mesmo a se perguntar se vale a pena para a empresa que a ele adere arcar com todos os custos de logística para a ida e volta da mercadoria, ainda mais quando dizem as mesmas que o benefício real seria bem abaixo dos 11%. Aliás, friso que, a se aceitar as triangulações simbólicas para o ICMS, estaríamos mandando o pacto federativo para as calendas.



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

CAMARA
5ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-638004/05

RECURSO
Ordinário

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

12 – Juridicamente não merece melhor sorte o tal regime. **Foi concedido o benefício fiscal em flagrante contrariedade ao ordenamento jurídico do ICMS, afrontando a Constituição e a Lei complementar 24/75, eis que o crédito outorgado de 11% não conta com o respaldo em Convênio firmado pelo Confaz. E nem se diga que não estaríamos diante de um benefício fiscal, mas sim de um “regime alternativo ou simplificado de apuração” para facilitar a fiscalização. É de clareza solar que se trata de benefício ilegítimo, pois o imposto a ser recolhido é de apenas 1%, com o sujeito ativo abrindo mão do restante.**

13 – Relembremos as prescrições do ordenamento jurídico:

“Art. 155 - ...

§ 2º - o imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

...

XII – cabe à lei complementar:

...

g – regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.” (Constituição Federal)

14 – Como sabemos, a Lei Complementar 24/75, cumprindo a ordem da Constituição definiu que a concessão de créditos presumidos e quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais concedidos com base do Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta do respectivo ônus, **“serão concedidos ou revogados nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei” (art. 1º LC 24/75).**

15 – É inegável que o crédito outorgado pelo Distrito Federal de 11% às



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
5ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-638004/05

RECURSO
Ordinário

operações de transferência de mercadorias para estabelecimentos da mesma empresa situadas em outra Unidade da Federação (vide Portaria 384/2001 – artigo 3º - fls. 72 e 73) configura um benefício fiscal concedido ao arrepio da previsão constitucional e da Lei Complementar 24/75.

16 – Nesse sentido, entra em cena a previsão da mesma Lei Complementar que diz:

“Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:

I – a nulidade do ato e ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria;

II – a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda a remissão do débito correspondente.” (LC 24/75)

17 – Resta claro que, no caso em tela, dos 12% de ICMS destacados na notas fiscais de transferência, apenas 1% foram efetivamente cobrados, devendo aos 11% outorgados a título de crédito ao estabelecimento remetente, à revelia do ordenamento, ser aplicada a fria letra da lei que determina que tal fato acarretará: **“ ... a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria.”** (art. 8º, I da LC 24/75).

18 – Com todo o respeito aos que pensam em contrário, não vejo que neste caso a LC 24/75 estaria se imiscuindo indevidamente em restrições ao princípio da não-cumulatividade. Ora, é determinação da Constituição Federal que cabe à lei complementar **“disciplinar o regime de compensação do imposto”** (art. 155, § 2º, XII, “c”). Ao mesmo tempo, também cabe à lei complementar, pelo mesmo texto, **“regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”** (art. 155, § 2º, XII, “g”). Dessa forma, disciplinando o regime de compensação do ICMS, diz a lei complementar que nesse regime de compensação não será aceito valor referente a benefício fiscal que não seja concedido mediante deliberação dos Estados, na forma prescrita em lei complementar. Ou seja, não será aceito como crédito valor referente a benefício concedido em desacordo com a



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

CAMARA
5ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-638004/05

RECURSO
Ordinário

própria Constituição Federal. A Lei 24/75, como lei complementar que é, tinha todo o direito e respaldo Constitucional para dizer o que disse. Regulou a forma de concessão dos benefícios e apontou a consequência no regime de compensação para os benefícios espúrios.

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

20 – Diz a Lei paulista:

“Art. 36 - ...

...

§ 3º - Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente de concessão de qualquer subsídio, redução da base de cálculo, crédito presumido ou outro incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g” da Constituição Federal” (Lei 6374/89).

21 – Tal dispositivo é reproduzido no artigo 56, § 2º do Regulamento do ICMS/91, devidamente indicado na autuação. Assim, a vedação está expressa na legislação paulista, coerente com a Lei complementar e a Constituição Federal. Porém, a R. entende que o Estado de São Paulo não pode desconsiderar a lei distrital que confere o crédito, devendo, em vez de glosar o crédito do destinatário, por auto de infração, ingressar, antes, com ação de inconstitucionalidade no foro competente, ou seja o Supremo Tribunal Federal. No dizer dos que assim pensam, São Paulo glosando ao crédito está, unilateralmente, se arvorando o direito de declarar uma lei de outro Estado inconstitucional.

22 – Com todo respeito, penso completamente diferente. A glosa do crédito está prevista na lei paulista, em respeito à Lei complementar e ao texto constitucional. A excrescência jurídica da lei distrital, afrontando a Lei complementar e a Constituição, não pode prevalecer em detrimento da lei paulista que seguiu as leis superiores, enquanto a outra as contrariou. É o que se depreende, inclusive, do princípio da legislação concorrente



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
5ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-638004/05

RECURSO
Ordinário

inserto no artigo 24 da Constituição Federal: em caso de inexistência de lei federal sobre normais gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena para atender as suas peculiaridades (art. 24, § 3º). Mas, *"a superveniência de lei federal sobre normais gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário"* (art. 24, § 4º CF). Ora, no caso do TARE de Brasília já existia norma geral inserta em lei complementar e no próprio texto constitucional impedindo sua existência. A criação do TARE foi um aborto jurídico; enquanto isso, a lei paulista vedando o crédito estava respaldada em lei complementar. Como podemos pretender que tenha eficácia a lei distrital em detrimento da lei paulista ?

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

24 – Isso, quando o imposto for cobrado efetivamente. Por ora, respeitando a Constituição, o estabelecimento paulista somente poderá se creditar do imposto cobrado na operação anterior. Se um dia a diferença se tornar "imposto cobrado", o ordenamento jurídico do ICMS prevê como se regulariza a situação: o estabelecimento fornecedor emite nota fiscal complementar referente ao valor do imposto e, mediante tal documento, o destinatário se credita da diferença.

25 – Quanto à alegação de que São Paulo estaria aplicando retroativamente o Comunicado CAT-36, que só surgiu em 2004, não acolho, pois não é comunicado que torna o crédito ilegítimo, mas seu vício de origem, sendo que a glosa tem respaldo no texto da lei paulista – art. 36, § 3º da Lei 6374/89, e não no Comunicado.

26 – Acho desnecessário discutir sobre se o destinatário tinha consciência

FLS.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
5ª efetiva	DRT-5-638004/05	Ordinário

de que o imposto não estava sendo cobrado na totalidade na origem, ainda mais que, no caso dos autos, a empresa chegou a abrir filial no Distrito Federal para poder exatamente utilizar tal "benefício".

27 – Quanto à alegação de que, se for legítima a glosa de crédito, o valor não seria de 11%, porque o estabelecimento de Brasília teria renunciado aos créditos referentes à aquisição das mercadorias, vejo situação embaraçosa para a R. Ora, se o valor efetivo do benefício não é de 11%, porque, então, o Distrito Federal não concedeu um crédito outorgado no valor real ? A Portaria 384/2001 aponta expressamente o valor de 11%. Ah, mas alega o contribuinte que precisa renunciar os créditos da operação anterior ... Ora, mas aí está se tentando opor ao Fisco paulista a obrigação de compensar créditos de operações a que ele não tem acesso e sobre as quais ele não tem competência. Se a mercadoria foi adquirida de empresas paulistas e foi objeto do vai-e-vem com o Distrito Federal, temos aí duas operações distintas: a venda da indústria para o estabelecimento da R. em Brasília, operação em que o imposto pago pelo fornecedor paulista poderá ser oposto ao erário distrital; e a transferência do estabelecimento de Brasília para a filial paulista, onde não há como estabelecer liame expresso entre a mercadoria que vem e a mercadoria que foi. Aliás, pelas notas fiscais de transferência de Brasília para o Estado de São Paulo não é possível estabelecer qual foi o imposto cobrado na operação anterior que resultou na entrada, ainda que virtual, na filial candanga. São operações distintas, fiscalizadas por unidades federativas distintas. O ICMS cobrado na operação de que decorreu a aquisição pode ser oposto ao erário distrital, enquanto o ICMS cobrado na transferência pode ser oposto ao erário paulista. Não há como compensá-los, a não ser no âmbito do estabelecimento de Brasília. Se tentarmos fazê-lo neste Auto de Infração cairemos no terreno escorregadio da iliquidez, pois teríamos que identificar peça por peça, que foi e que voltou, qual o valor de ida e o valor de volta, quando foi e quando voltou, etc. etc. É plausível aceitar que, se efetivamente o contribuinte renunciou aos créditos normais, seu benefício econômico teria sido menor que 11%, porém não é plausível que o contribuinte exija que o Estado de São Paulo mensure isso e

FLS.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA

5ª efetiva

PROCESSO Nº

DRT-5-638004/05

RECURSO

Ordinário

compense valores que se referem a uma relação estranha, ou seja entre a sua filial de Brasília e o Distrito Federal. Ao que parece, se o benefício econômico final for efetivamente inferior aos 11%, o contribuinte caiu numa armadilha armada pelo próprio TARE que deveria, então, fixar o crédito outorgado nos seus devidos contornos. Da maneira como está, concedendo um crédito outorgado de 11%, à revelia do ordenamento jurídico, jogou a bomba no colo do contribuinte, pois não há como no auto de infração que glosa imposto não cobrado na operação de transferência querer mensurar e abater imposto cobrado em operações anteriores a essa, ocorridas sob a sujeição ativa de outra unidade da Federação.

28 – Em sua sustentação oral e no memorial que apresentou na ocasião, a R. inovou em relação ao recurso, ao arguir a nulidade da decisão de primeira instância porque teria se omitido na apreciação dos fundamentos expostos pela R., especialmente em relação ao imposto renunciado junto ao DF (7%). Em que pese a preclusão da arguição, em todo caso, analiso a meticulosa decisão de primeira instância (fls. 7202 a 7216) e não encontro a nulidade pretendida, inclusive quanto ao percentual da glosa, como se pode, exemplificativamente, observar nos itens 34 a 37 da decisão monocrática.

29 – Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso ordinário do contribuinte, mantendo a ação fiscal.

Sala das Sessões,

19

de outubro

de 2006

JOSÉ ROBERTO ROSA – Juiz Relator

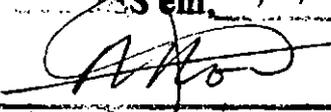
A pedido dou vista do processo ao SR.

ANDE AZMIDA BLANCO

elo prazo de 15 dias (art. 100, do R.I.)

quando ad...ulgamen...

SALA DAS...Sem. 19/10/2005



Presidente

FLS.



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

CÂMARA
5ª EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT 5 – 638.004/05

RECURSO
ORDINÁRIO

RECORRENTE	REAL MOTOPEÇAS LTDA.				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL				
RELATOR(A)	JOSÉ ROBERTO ROSA	AIIM	3040756-4	S. ORAL	SIM
VOTO VISTA: ANDRÉ ALMEIDA BLANCO					

Pedi vista destes autos para expor minha posição com relação à matéria, bem como para analisar os argumentos expendidos de que o julgador *a quo* não teria analisado o conjunto probatório carreado, tampouco enfrentado cada um dos argumentos suscitados.

Com a devida vênia do I. Relator, a par de dissentirmos na matéria de fundo – possibilidade de glosa unilateral dos créditos do contribuinte pelo Estado de São Paulo, independentemente da vigência e validade da legislação que autorizou a conduta impugnada (apuração simplificada e creditamento total) - nos afastamos também, nestes autos, com relação à verificação de suporte fático que permita a subsistência do lançamento.

Mas a orientação do meu voto, neste momento, dadas as circunstâncias processuais vislumbradas, é outra. Entretanto, relativamente às nulidades verificadas neste processo, meu posicionamento também se distancia da posição do I. Relator, a quem desde já peço vênia para discordar.

Vou ao voto.

VOTO VISTA

Vou deixar de lado minha opinião sobre a guerra fiscal, sua razões e seus danosos efeitos, bem como a motivação dos legisladores nas assembleias legislativas dos Estados e do Distrito Federal ou dos chefes do Poder Executivos das Unidades da Federação no caso dos Decretos que desrespeitam a



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
5ª EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT 5 – 638.004/05

RECURSO
ORDINÁRIO

sistemática do ICMS, uma vez que a interpretação jurídica deve partir do suporte físico dos textos de lei, o que deixa de fora dos autos tudo o quanto antecede a edição e publicação dos diplomas legais.

Quero, antes sim, considerar para o julgamento deste processo, as normas válidas e vigentes. Seja aquelas que tocam a conduta do contribuinte (o lançamento fiscal), sejam àquelas que dizem com a materialidade do tributo, desde a norma fundamental de competência à regra da não-cumulatividade do imposto, bem assim aquelas relativas ao processo administrativo tributário.

Vejo no recurso do contribuinte a alegação de nulidade da decisão guerreada (item 07, fls. 7225), bem como o desenvolvimento de seus argumentos relativamente à nulidade suscitada (item 157/159, 166, 168, 174//179, fls. 7259/7265), bem como pedido expresso e específico de *“reconhecimento da nulidade da r. decisão recorrida, em razão da verdadeira omissão na apreciação dos fundamentos expostos pela Recorrente em sua impugnação, os quais por si só, são suficientes ao cancelamento da autuação, devolvendo-se, por conseguinte, o presente processo à D. Delegacia Tributária de Julgamento de Campinas para a devida análise da impugnação apresentada”* (item 220, fls. 7275).

Vou ainda à impugnação de fls. 6431/6473, e no item 140 (fls. 6458) a Recorrente, ora Impugnante, reclama o creditamento de 7%, correspondente à entrada nos estabelecimentos do Distrito Federal, *“já que se trata de encargo efetivamente suportado por ela”* (item 143).

No item 157, às fls. 6422, a Impugnante reclama posição do Julgador Tributário concluindo: *“Percebe-se o vício gritante na autuação que desconsidera créditos legítimos da Impugnante e o faz em prejuízo do princípio da não-cumulatividade”*.

Não vejo, entretanto, na decisão recorrida, novamente com a vênua do I. Relator, o reclamado confronto do argumento de que *“a regra operacional*



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

CÂMARA
5ª EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT 5 – 638.004/05

RECURSO
ORDINÁRIO

da não-cumulatividade deve ser considerada como um todo, ou seja, deve respeitar toda a cadeia produtiva, exatamente porque o ICMS incide sobre o valor agregado das mercadorias. Nesta medida, deve ser considerada a totalidade dos créditos de ICMS do contribuinte para fins de abatimento dos valores a serem pagos nas operações mercantis subseqüentes sujeitas ao imposto”.

Fundamenta a irresignação em precedente do Supremo Tribunal Federal que assegura a totalidade dos créditos pagos nas operações anteriores.

Ora. Há nos autos intimação para que fosse apresentada à fiscalização, documentação relativa à apuração de ICMS no Distrito Federal para apuração de créditos efetivamente cobrados em operações anteriores (fls. 6412, 6413, 6415, 6419, 6421, 6422, 6424 e 6425). Há nos autos Notas Fiscais que comprovam a remessa de mercadorias de São Paulo para o Distrito Federal, com recolhimento de ICMS de 7% não considerados para liquidação neste AIIM bem como não considerados pela decisão recorrida para fins de resposta aos argumentos da impugnação apresentada.

Foram ainda juntados às fls. 6509 e seguintes cópias do livro de registro de entrada do estabelecimento candango, que permitem a verificação dos valores de ICMS creditados em razão do recolhimento de ICMS ao Estado de São Paulo por conta das operações de remessa de mercadorias.

Não há, entretanto, cotejo ou demonstração de que tenha ocorrido o cotejo desta documentação no AIIM lavrado, bem como não há resposta do julgador monocrático aos anseios do contribuinte de que os valores recolhidos pelo estabelecimento em Campinas/SP, ao Estado de São Paulo, em razão das remessas de mercadorias ao estabelecimento candango, tenham sido ou devam ser deduzidos como créditos, independente da validade ou invalidade do TARE ou da legislação que lhe dá suporte.

O que pretende a Recorrente demonstrar é que apesar dos créditos referentes ao imposto que deveria se pago ao Distrito Federal, há nos autos comprovação



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

CÂMARA
5ª EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT 5 – 638.004/05

RECURSO
ORDINÁRIO

de operações de remessa de mercadorias a partir do Estado de São Paulo e que, diante do pagamento de ICMS de 7%, devem compor o crédito de 12% do imposto decorrente da operação de remessa ao Estado de São Paulo, quando somados ao percentual de 5% devidos ao Distrito Federal.

Evidentemente, não seria recolhido 12% sobre o total das saídas do estabelecimento no Distrito Federal, a título de ICMS, para que só então fosse assegurado o crédito de 12%, dada a natureza interestadual das operações.

O entendimento do I. Relator se apóia no fato jurídico da renúncia aos créditos em virtude da assinatura do TARE pelo estabelecimento candango da empresa autuada com o Fisco do Distrito Federal, não obstante a sua desconsideração parcial, na parte que toca à apuração simplificada e a aplicação cumulativa da alíquota de 1% incidente sobre o total das operações de circulação verificadas.

Se posso resumir o entendimento do I. Relator, a quem me desculpo por discordar, seu voto aponta para a impossibilidade de reconhecimento do crédito de 12% em razão da falta de adoção de Regime Periódico de Apuração, com o creditamento do imposto pago nas operações de entrada e o pagamento do imposto correspondente ao saldo decorrente da aplicação da alíquota de 12% sobre o valor total das saídas deduzido o creditamento acima referido.

Ressalva, entretanto, que a apuração simplificada instituída fora do âmbito de competência do CONFAZ não aproveita ao contribuinte, mas a renúncia aos créditos decorrentes das operações anteriores deve ser mantida por força do acordo firmado entre o estabelecimento local e o Distrito Federal.

O meu entendimento é diverso e conhecido desta Câmara. O regime fiscal adotado pelo contribuinte só poderia ser declarado nulo ou desconsiderado como se nulo fosse – ainda que parcialmente – caso sobreviesse norma de competência do Supremo Tribunal Federal afastando a vigência e a validade



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
5ª EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT 5 – 638.004/05

RECURSO
ORDINÁRIO

da Lei Distrital nº 2.381/99, que deu nova redação ao artigo 37, inciso II da Lei nº 1.254/96 (Lei Geral do ICMS no Distrito Federal).

Relativamente aos efeitos desta eventual decisão do Supremo Tribunal Federal e se ela legitimaria ao Estado de São Paulo a cobrança do percentual de 11% de imposto que não lhe seria devido nem no Regime Normal de Apuração também válido e vigente, mas de consenso entre os Estados da Federação, provavelmente também discordaremos, mas não é o nosso entendimento – meu e do D.Relator - que está sob exame neste incidente processual, nem exatamente a validade ou invalidade da Lei Distrital e do regime de apuração por ela instituído.

Se este é o meu posicionamento e aquele o posicionamento do I. Relator, não conhecemos o posicionamento do D. Julgador Tributário da DTJ-2 em Campinas, posto que não consta dos autos. Julgar sobre este ponto nesta Câmara, neste momento, seria suprimir o julgamento da Delegacia Tributária de Julgamento, maculando a constituição do crédito tributário, razão maior deste processo.

Vou aos autos repetidas vezes e não encontro decisão do julgador monocrático sobre a redução do lançamento fiscal no montante exato do imposto pago ao Estado de São Paulo pela remessas daqui originadas com destino aos estabelecimentos da empresa Recorrida no Distrito Federal (fls. 7202/7216).

Nos itens 34 a 37 da decisão recorrida, exemplificativamente indicados pelo I. Relator, também não vejo enfrentamento desta questão. Senão vejamos.

No item 34 o r. julgador diz que *“os documentos fiscais (...) de emissão das filiais sediadas no Distrito Federal destacam 12% (...) mas que o montante efetivamente cobrado pelo Governo do Distrito Federal é de 1%(...)”*. Que *“qualquer valor destacado em percentuais maiores (...), significam transferência de crédito, sem origem legal”*.



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

CÂMARA
5ª EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT 5 – 638.004/05

RECURSO
ORDINÁRIO

No item 35 aduz que a autuada não *“foi cerceada em seu direito de efetuar o crédito (...), tanto que fez os créditos. Só que, (...) se as remetentes têm créditos outorgados (...) só podem destacar o que lhe está sendo cobrado, repetimos, pelo Distrito Federal. Logo, a autuada só poderia ter se creditado (...) de 1%”*.

No item 36 dá conta de que o Distrito Federal abre mão da cobrança de 11%, logo o único montante cobrado passível de crédito é o de 1%. Ali também não trata dos valores pagos ao Estado de São Paulo, relativamente a cobrança de imposto em operações anteriores, comprovadamente demonstrados nos autos.

No item 37 reitera a renúncia do Distrito Federal ao percentual de 11% - que nada tem a ver com o valor do imposto cobrado nas operações anteriores – considerando que as filiais brasilienses teriam transferido para a filial paulista um direito inexistente.

Diante das considerações acima, entendo sonogado o pronunciamento pelo julgador monocrático, sobre matéria de defesa o que resta insuperável sob pena de manifestação de matéria que a mim não foi devolvida por não decidida em primeira instância.

Alguns dos fundamentos que me apóiam neste posicionamento: arts. 2, 31 e 76 da Lei nº 10.941/01, arts. 48, 76 e 84 do Dec. 46.674/02 e arts. 8, VI, 9 e 22 da Lei nº 10.177/98.

Extraio ainda do voto do Relator Sérgio Mazzoni, da 7ª Câmara Suplementar no processo DRT 1 – 442/84 a síntese do meu entendimento para este feito:

“(...)Sabidamente, não é lícito ao julgador deixar de apreciar e de decidir questão levantada pela parte, sonogando-lhe, assim, pronunciamento que



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

CÂMARA
5ª EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT 5 – 638.004/05

RECURSO
ORDINÁRIO

esta expressamente solicitou sobre matéria de sua defesa. Decisões desse jaez tem sido insistentemente declaradas nulas no Judiciário (Ap. Cível nº 53.762-RS, do TFR; Ap. Cível nº 186.055-6, do 2TAC/SP; RE nº 74.143-SP, 1ª Turma do STF), bastando uma única omissão para que se considere nulo o decisório.

(..)Há, no meu entender, cerceamento de defesa, porque a Recorrente, com isso, teve suprimida uma instância em que poderia ter visto discutidas as questões que levantou. Há prejuízo a recorrente e inexiste dúvida de ser, em caso, nula a decisão: "Parece-nos não ser ousadia dizer que o sistema de nulidades processuais do direito brasileiro gira em torno da lei e, fundamentalmente, do princípio do prejuízo, visto principalmente sobre este aspecto de cerceamento de defesa. (Teresa Arruda Alvim Pinto, 'in' Nulidades da Sentença, Revista dos Tribunais, 1987)".

Diante do silêncio da decisão recorrida em face dos argumentos suscitados na impugnação e reclamados com veemência no Recurso Ordinário sob exame, estou pela nulidade do julgamento guerreado, determinando-se a devolução dos autos para aquela DTJ, para que seja proferida nova decisão, com atenção aos argumentos declinados e documentos acostados pela Impugnante, ora Recorrente.

Reservo-me à nova manifestação, de outra feita no mérito, diante de eventual não acompanhamento desta posição pelos ilustres pares.

Sala de sessões, 07 de dezembro de 2006.

ANDRÉ ALMEIDA BLANCO

Juiz Relator *Com Vista*



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
5ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-638004/05

RECURSO
Ordinário

VOTO EM SEPARADO – JUIZ COM VISTA – JOSÉ ROBERTO ROSA

1 – Solicitei vista, como relator do processo, para melhor analisar as ponderações de Dr. André Blanco, d. juiz com vista, que, após minuciosa análise da impugnação do contribuinte e da decisão de primeira instância, concluiu estar esta última contaminada pela falta de fundamentação, por não ter enfrentado aspectos essenciais da controvérsia.

2 – Disse Dr. André:

“Vou aos autos repetidas vezes e não encontro decisão do julgador monocrático sobre a redução do lançamento fiscal no montante exato do imposto pago ao Estado de São Paulo pelas remessas daqui originadas com destino aos estabelecimentos da empresa Recorrida no Distrito Federal (fls. 7202/7216)”.

3 – Entretanto, *“data máxima vênia”* do nobre juiz com vista, a decisão de primeira instância é densa, meticulosa, até mesmo exaustiva quanto ao enfrentamento da questão, em 13 (páginas) e 60 (sessenta) itens de fundamentação.

4 – E, quanto à possível afronta à não-cumulatividade por falta de abatimento *“do imposto pago ao Estado de São Paulo pelas remessas daqui originadas com destino aos estabelecimentos da empresa Recorrida no Distrito Federal”*, encontramos na decisão, além dos itens 34 a 37 que já citei no meu voto, a seguinte fundamentação específica:

“49. Agora é possível responder à questão efetuada pela autuada, que entende ser a resposta o deslinde da contenda: “Como se pode falar em incentivo fiscal se o contribuinte, para o gozo desse benefício, deve renunciar a todos os créditos de entrada em seu estabelecimento?”. A resposta nestas razões de decidir, com fulcro no Código Tributário Nacional, em seu dispositivo a seguir transcrito:

Artigo 123 – Salvo disposições de lei em contrário, as

FLS.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
5ª efetiva

PROCESSO Nº
DRT-5-638004/05

RECURSO
Ordinário

convenções particulares relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

50. Logo, o contribuinte optou pelas renúncias que lhe couberam, provavelmente porque o crédito outorgado pelo Distrito Federal lhe seria muito mais vantajoso.

5 – Assim, não há dúvida de que eventual consideração de imposto cobrado em operação anterior à transferência do Distrito Federal para São Paulo foi tema enfrentado pela decisão de primeira instância. Se a conclusão do i. julgador monocrático se amolda, ou não, ao melhor direito, dependerá da convicção de cada julgador de segunda instância. O que não cabe, smj., é a consideração de falta de fundamentação na r. decisão, pelo que, respeitosamente, não acolho o posicionamento do i. Juiz com Vista, acrescentando estas considerações e **mantendo meu voto pelo não provimento ao recurso ordinário do contribuinte .**

Sala das Sessões, 06 de fevereiro de 2007

JOSÉ ROBERTO ROSA – Juiz Relator com Vista

A pedido dou vista do processo ao SR.

VANESSA PEREIRA RODRIGUES

pelo prazo de _____ (art. 100, do R.I.)

ficando adiante o processo.

SALA DAS SESSOES em _____ 06 / 02 / 2007



JOSE ROBERTO ROSA

FLS.



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

CAMARA
5ª EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT - 638.004/05

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE	REAL MOTOPEÇAS LTDA.					
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL					
RELATOR(A)	ANDRÉ ALMEIDA BLANCO	AIIM	3040756-4	S. ORAL	SIM	X
VOTO VISTA: JOSÉ ROBERTO ROSA						
VOTO VISTA: VANESSA PEREIRA RODRIGUES						

VOTO VISTA

Pedi vista dos autos para expor meu entendimento sobre a solução aplicável ao presente caso, já que, data máxima vênia dos meus nobres colegas, tenho posicionamento diverso daquele manifestado pelo i. juiz ^{relator} ~~relator~~ Dr. José Roberto Rosa, bem como por não concordar com a nulidade alegada pelo i. juiz ^{com vista} ~~relator~~, Dr. André Almeida Blanco.

Cuidam os autos da já conhecida guerra fiscal estadual, estimulada, como sabido, por meio da instituição de benefícios fiscais de forma unilateral pelos entes políticos, a despeito da expressa imposição legal contida no art. 1º da Lei Complementar 24/75.

Pois bem. A controvérsia, "in casu", suscita a detalhada verificação, em suma, (i) da alegada nulidade da decisão proferida em sede de primeira instância administrativa (por ausência de apreciação da integralidade dos fundamentos expostos pelo Recorrente), (ii) da natureza do TARE firmado entre a Recorrente e o Distrito Federal (se benefício fiscal ou mero regime simplificado de apuração do ICMS), (iii) da possibilidade de glosa, por parte do Estado de São Paulo, dos créditos fiscais em análise, com base nos termos da LC 24/75 e Comunicado CAT 36/04, e, como decorrência, (iv) do princípio constitucional da não-cumulatividade do imposto.

A partir da cuidadosa análise dos temas acima arrolados, expresso meu

FLS.



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

CAMARA
5ª EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT - 638.004/05

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

convencimento sobre o assunto.

Primeiramente, esclareço que entendo não ser o caso de nulidade da decisão recorrida, na medida em que, como já decidido pelos nossos tribunais administrativos e judiciais, ao juiz basta o acolhimento de somente um dos argumentos para a expressão de seu convencimento, restando os demais, por seu turno, prejudicados.

Desta forma, a meu ver, a autoridade julgadora não está adstrita à análise de todos os argumentos expostos pelas partes quando apenas um deles se mostra suficiente à solução da contenda. Por tal fato, entendo não ser o caso de nulidade da decisão de 1ª instância administrativa.

Quanto ao mérito, ousou divergir dos argumentos até o momento apresentados no bojo deste processo.

Isto porque estou convencida de que, ainda que o TARE em questão revista-se de possível ilegalidade e inconstitucionalidade, entendo que não cabe ao Estado "prejudicado" a glosa dos créditos fiscais apurados na operação.

Tal afirmação se justifica porque, como sabido, todas as normas gozam de presunção de legalidade, validade e eficácia, de modo que somente podem ser extirpadas do ordenamento jurídico nas hipóteses e a partir dos procedimentos neste previstos.

Em se tratando do ordenamento jurídico pátrio as normas podem ser expulsas do sistema via ação do Poder Legislativo (revogação expressa ou tácita da norma) ou via provocação do Poder Judiciário.

No caso dos autos não vislumbro a possibilidade de o Estado de São Paulo, por meio de seu Poder Legislativo, extirpar do ordenamento jurídico, com fulcro na alegada ilegalidade e inconstitucionalidade da norma, lei instituída por outra unidade da Federação. A meu ver, restaria ao Estado de São Paulo a possibilidade de defender seus interesses, tão-somente, pela via judicial, meio a partir do qual visaria o convencimento dos competentes órgãos julgadores de que a norma em questão não guarda a devida relação de pertinencialidade com o sistema e, assim, deve ser deste expulsa.

Frise-se que a pretensa aplicação irrestrita do art. 8º da LC 24/75 não se mostra como indicio de legalidade da conduta adotada pelo Estado de São Paulo, manifestada pela autuação ora perpetrada. Isto porque os mandamentos insertos no artigo em questão não são aptos a mitigar o principio da não-cumulatividade

FLS.



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

CAMARA
5ª EFETIVA

PROCESSO Nº
DRT - 638.004/05

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

do ICMS constitucionalmente prescrito, em especial quando sabemos que este admite apenas duas exceções: operações isentas ou não-tributadas.

No entanto, na hipótese dos meus pares não entenderem da mesma maneira, voto pela necessidade de novo AIIM, na medida em que o Fisco Paulista não está autorizado a glosar (se assim os nobres julgadores entenderem possível) a integralidade dos créditos "renunciados" pelo Distrito Federal (11%), posto que é seu dever considerar, para fins de efeitos do impacto da operação, o crédito fiscal que o contribuinte deixa de apurar na entrada da mercadoria no território do Distrito Federal (no importe de 7%).

Como sabido, o TARE ora analisado importa na renúncia do Distrito Federal aos 11% (onze por cento) do débito devido quando da saída das mercadorias de seu território, mas implica, de outro turno, a vedação a qualquer outro crédito fiscal por parte do contribuinte, inclusive o crédito apurado quando da entrada da mercadoria no território (no importe de 7% - de SP ao DF).

Desta forma, se a renúncia fiscal importa em 11% do valor da operação, mas o contribuinte não se beneficia do crédito de 7% na entrada das mercadorias no Distrito Federal, a glosa do montante de 11% representa locupletamento ilícito ao Estado de São Paulo.

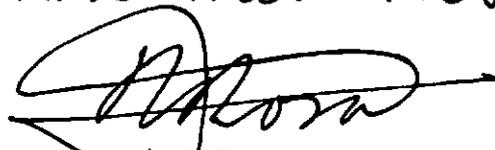
Face ao exposto, sou pelo provimento integral do Recurso Ordinário, sob o fundamento de que, da mesma forma que não cabe a instituição de benefícios fiscais unilaterais por parte dos Estados (sem Convênio Confaz), não cabe ao Estado "prejudicado" (no caso, o Estado de São Paulo) extirpar do ordenamento jurídico, unilateralmente, norma presumivelmente legal, válida e eficaz. No mais, a autuação fulcrada no art. 8º da LC 24/75 carece de legitimidade, eis que a norma em questão não pode se sobrepor aos mandamentos constitucionais, em especial, ao princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Por fim, se assim não entenderem os nobres colegas, voto pela anulação do AIIM, eis que a glosa da integralidade dos créditos renunciados pelo Distrito Federal não cabe ao Estado de São Paulo, mas somente a diferença efetivamente apurada na operação.

Sala de Sessões, 22 de março de 2007.


Vanessa Pereira Rodrigues
Juíza com Vista

Mantenho meu voto.


JOSÉ ROBERTO ROSA

Se muda a unidade medida em voto
vista que propriamente antes, pertencente seja
dentro do mérito.

E no mérito, entendendo inconstituinte o auto baseado
em razão da cobrança de ICMS em percentual de
11%, uma vez que este percentual do imposto não
se divide ao Estado de SP ainda que as operações
tenham ocorrido fora do ambiente jurídico do TARE e
que para glossar créditos em razão do não recolhimento
do imposto no origem precisa afastar a vigência da lei distrital e do TARE firmado, o que
teria de volta a operações com a consideração dos
créditos do imposto da operações anteriores.

Se nos ~~casos~~ acompanhados quanto à inconstituinte,
entendo pelo provimento do recurso para cancelamento do auto, em razão da
falta de norma que deva ser expedida
pelo E. STF para controle da constitucionalidade

O que unjo a existência já não é de.
É como nota, com a visão dos meus
ilustres pais com entendimentos em
centenas.


ANDRÉ ALMEIDA BLANCO

Com o Dr. José Roberto Dora

RUBENS DORA

Não vejo, data seria,
mutildade na decisão recusada,
quanto ao mérito, deu
procedimento ao recurso; a
postura do Estado de São Paulo,
conquanto politicamente justificável,
não tem sustentação jurídica;
há que superar a não-cumulatividade
do tributo, até que se extinga do
sistema a norma aparentemente
inconstitucional que conferiu favor
fiscal ao contribuinte paulista.


LUIZ FERNANDO MUSSOLINI JÚNIOR



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

FOLHA Nº

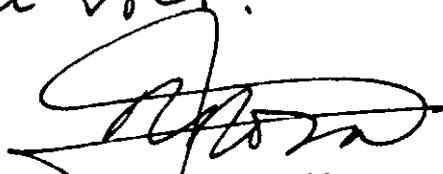
Câmaras

PROCESSO Nº

Com o Sr. Leoni

JRJ

Desempate em favor do
meu voto.



JOSÉ ROBERTO ROSA



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

Página: 2
Data 26/03/2007
Hora 12:58:44
DAP383R

Sessão: 22/03/2007

Processo: DRT-05-638004/2005 - AIIM 3040756-4

QUINTA Câmara Efetiva

Recorrente: REAL MOTOPEÇAS LTDA.

Recorrida: A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO

Relator: Jose Roberto Rosa

Tipo de Recurso: Recurso Ordinário

Advogado: Dr(a). Marco Antônio Gomes Behrnt

Negado provimento. Decisão não unânime

Publicado em:

17 ABR 2007