

## **06/17 – Desdobramentos da “Guerra Fiscal” - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (“TJSP”) decide pela não penalização de contribuinte paulista por benefícios fiscais concedidos por outros Estados**

Prezado(a)s Senhore(a)s,

Servimo-nos do presente para informá-los de que, no último dia 06 de março, o TJSP proferiu decisão relevante acerca da chamada “Guerra Fiscal” entre os Estados da Federação, relativamente a concessão unilateral de benefícios fiscais do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (“ICMS”), sem a devida autorização por intermédio de Convênio celebrado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (“CONFAZ”).

Como se sabe, a instituição de benefícios fiscais relativos ao ICMS só pode ser realizada com base em Convênio interestadual firmado pelo CONFAZ, os quais têm competência para delimitar a concessão de isenções, benefícios e incentivos fiscais, nos moldes do artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal de 1988 (“CF/88”) e da Lei Complementar (“LC”) nº. 24, de 07 de janeiro de 1975. Justamente por isso, o Supremo Tribunal Federal (“STF”) tem decidido reiteradamente que não pode um Estado-membro outorgar isenção, incentivo ou benefício fiscal do ICMS, de modo unilateral, sem celebração de Convênio.

Nesse contexto é que os demais entes da Federação, prejudicados pela instituição de benefício irregular, têm a faculdade constitucional de questionar, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (“ADI”) no STF, qualquer benefício fiscal instituído sem deliberação prévia do CONFAZ. No entanto, buscando efeitos mais imediatos em relação à via ordinária da ADI, alguns Estados têm aplicado medidas sancionatórias contra o contribuinte neles estabelecidos, destinatários das mercadorias de outros entes da Federação, a fim de expurgar os efeitos dos benefícios fiscais tidos por irregulares, restringindo-se a escrituração e aproveitamento de créditos de ICMS.

Situações semelhantes ocorriam no caso de importação de mercadorias, quando determinados Estados da Federação, além de ofertarem o diferimento (não pagamento) do ICMS na importação, promoviam a devolução de parte do ICMS incidente sobre a operação interestadual seguinte, de que derivava a absorção do crédito integral pelo Estado de destino –



por exemplo, São Paulo -, mas o pagamento apenas parcial pelo contribuinte no Estado de origem – por exemplo, Espírito Santo -, de que derivou a Resolução do Senado Federal nº. 13, de 25 de abril de 2012, justamente para uniformizar as alíquotas interestaduais de produtos importados (nos casos ali especificados) para 4% (quatro por cento).

Justamente nesse ponto é que se enquadra a decisão em comento, a qual determinou que não pode o Estado de destino, por meio de glosa à apropriação de créditos de ICMS nas operações interestaduais, negar efeitos à não-cumulatividade em função de benefícios fiscais concedidos unilateralmente pelo Estado de origem, sendo que, ainda de acordo com o TJSP, cabe ao Estado de origem levantar a inconstitucionalidade do benefício fiscal concedido pela via da ADI, na forma acima mencionada, assentando, ao fim e ao cabo, que a glosa dos créditos apropriados não seria a via apropriada para tanto.

Veja-se, por oportuno, a ementa do julgado em questão (cujo acórdão ainda não fora publicado pelo TJSP), *verbis*:

*“APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ICMS – Creditamento de imposto recolhido com alíquota reduzida por benefício fiscal concedido pela Lei nº 2.826/2003 do Estado do Amazonas – Admissibilidade – Afronta às normas constitucionais e ausência de convênio com o CONFAZ que deve ser declarada através de Ação Direta de Inconstitucionalidade – Precedentes do C. STJ e desta E. Câmara. Recurso desprovido”* (Apelação nº 0006178-77.2012.8.26.0152. Relatora: Cristina Cotrofe; Comarca: Cotia; órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; data do julgamento: 06/03/2017 - grifamos).

No caso analisado, o Estado de São Paulo acusou o contribuinte nele estabelecido de aproveitamento indevido de créditos presumidos de ICMS originários de operação interestadual (remessa de mercadorias de estabelecimento localizado Estado do Amazonas, com destino ao Estado de São Paulo) em que o Estado do Amazonas outorgava o benefício fiscal chamado de “crédito estímulo”, entretanto, sem autorização prévia do CONFAZ.

Assim, muito embora o benefício do Estado do Amazonas tenha sido concedido sem a autorização prevista pela LC nº. 24/75, conforme determina o regramento constitucional, o TJSP entendeu que não cabe ao Estado de São Paulo impugnar a validade de benefícios fiscais concedidos por lei de outro ente da Federação, outorgado com suposto desrespeito aos artigos 8º, incisos I e II da LC nº. 24/75 e 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da CF/88, salvo por intermédio de ADI.



Em outras palavras, segundo o entendimento adotado, não compete ao Estado credor autuar o contribuinte beneficiado por lei de outro Estado-membro, que se presume válida até eventual declaração de incompatibilidade com a CF/88 em controle concentrado de inconstitucionalidade, desautorizando-se, portanto, a glosa dos créditos vinculados ao benefício fiscal, pelo Estado de destino.

Ressalte-se que a recente decisão do TJSP representa uma mudança de paradigma na jurisprudência da Corte – que vinha se sedimentando pela legalidade das glosas de crédito nas operações beneficiadas sem autorização do CONFAZ –, que, a partir de agora, deve acompanhar o posicionamento, até então solitário, do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), consoante o Recurso em Mandado de Segurança (“RMS”) nº. 31.714/MT, que decretou a vedação à glosa de créditos, ao menos enquanto inexistir declaração formal de inconstitucionalidade quanto aos benefícios concedidos sem autorização do CONFAZ.

Por fim, a despeito da morosidade da ADI alegada pelos Estados, cada vez mais o STF tem buscado barrar os efeitos da “Guerra Fiscal”, declarando inconstitucionais os benefícios fiscais concedidos de forma unilateral, sem autorização do CONFAZ, como, por exemplo, no recente julgamento das ADI nº. 2.663/RS e nº. 3.796/PR, ocorrido no último dia 08 de março, oportunidade em que foram invalidadas normas positivadas pelos Estados do Rio Grande do Sul e do Paraná.

Nada obstante, em ambas as decisões, o Plenário do STF modulou os efeitos da decisão para produza efeito apenas a partir da publicação da ata do julgamento, de forma a não prejudicar os contribuintes que, cumprido os requisitos previstos em leis promulgadas pelos Estados de origem, tenham aproveitado os benefícios de boa-fé, isto é, sem abuso de forma ou de direito.

Diante do exposto, colocamo-nos à inteira disposição de V. Sas. para quaisquer esclarecimentos ou orientações que se mostrem necessárias acerca da questão, inclusive para auxiliá-los na avaliação e/ou implementação das medidas judiciais apropriadas para cessar a aplicação de mencionadas sanções nas operações praticadas por V. Sas..

Atenciosamente,

Passos e Sticca Advogados Associados – PSAA.