



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.243.662 - MG (2009/0204596-5)

RELATORA : **MINISTRA ELIANA CALMON**
AGRAVANTE : HC PEÇAS S/A
ADVOGADOS : LAURINDO LEITE JUNIOR
LEANDRO MARTINHO LEITE E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : ELAINE COURA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - ICMS - DIREITO A CREDITAMENTO - OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM FORNECEDORES FAVORECIDOS POR BENEFÍCIOS FISCAIS ILEGÍTIMOS - INEXISTÊNCIA - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - SÚMULA 83/STJ.

1. Não ofende o art. 19 da Lei Complementar 87/96 ato de Governo local (arts. 62, § 1º e 71, VI do RICMS/MG) que restringe o creditamento de ICMS incidente sobre operações interestaduais com bens ou serviços objeto de incentivo fiscal concedido em violação às disposições da Lei Complementar 24/75.

2. A tese recursal implica em afastar por inconstitucionalidade o art. 8º, I da LC 24/75, cuja recepção pela Carta Magna já foi inúmeras vezes ratificada pela Suprema Corte.

3. O Tribunal local assentou que se recolheu na operação interestadual de aquisição de mercadoria alíquota inferior à devida, em razão da celebração de regime especial de apuração de ICMS entre o Distrito Federal e o contribuinte, alíquota esta considerada na legislação mineira para efeito de creditamento do ICMS.

4. Inexiste divergência jurisprudencial se o acórdão da origem aplica o entendimento atualmente em vigor no Superior Tribunal de Justiça.

5. Precedentes da Suprema Corte

6. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin, acompanhando a Sra. Ministra Eliana Calmon, a Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Vencido o Sr. Ministro Castro Meira." Os Srs. Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin (voto-vista) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, nos termos do Art. 162, § 2º, do RISTJ.

Brasília-DF, 1º de março de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.243.662 - MG (2009/0204596-5)

AGRAVANTE : HC PEÇAS S/A
ADVOGADO : LEANDRO MARTINHO LEITE E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : ELAINE COURA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento a recurso especial, nos termos do art. 557 do CPC, por entender que mercadorias adquiridas em desacordo com as normas conveniais de concessão de benefício fiscal não geram direito a crédito do imposto. (fls. 646/651).

Nas razões, defende-se, em síntese, que:

a) ilegalidade do *Regime de Especial de Apuração de ICMS* instituído pelo Distrito Federal por vedar o creditamento integral do imposto devidamente destacado em documento fiscal e incidente nas operações interestaduais de aquisições e transferências de autopeças fora dos lindes constitucionais e legais, implicando em ofensa ao princípio da não-cumulatividade do imposto. Afinal, *se uma empresa se sujeita ao regime habitual de apuração do ICMS, escritura regularmente suas operações, mas ao final do período de apuração do imposto não o recolhe aos cofres públicos, tal fato logicamente não sujeitará o destinatário de suas mercadorias ao estorno do crédito;*

b) para o creditamento do imposto pelo adquirente da mercadoria basta que o imposto tenha incidido na operação anterior;

c) se um Ente Federado abre mão de um crédito tributário perante um contribuinte jurisdicionado e outro se sinta lesado, deverá este buscar resguardo perante o Poder Judiciário e não se voltar contra o adquirente da mercadoria estabelecido em seu território;

d) o art. 8º, I da Lei Complementar 24/75 não foi recepcionado pela Constituição Federal; e

e) demonstrou-se no recurso especial o dissídio interpretativo com os REsp 259.877/RJ e 773.675/RS.

Ao final, postula a reforma da decisão agravada, com o provimento do recurso..

Adiei o julgamento do feito em razão de memoriais apresentados, os quais aduzem basicamente o seguinte:

1) o direito à não-cumulatividade do ICMS emerge da própria Constituição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal e somente esta pode estabelecer-lhe limitações;

2) uma vez fixada a alíquota por Resolução do Senado Federal para as operações interestaduais assiste direito ao contribuinte de se creditar pelo referido montante, não tendo o Estado de Destino direito ao diferencial de alíquota, pertencente ao Estado de origem;

3) o art. 8º, I da LC 24/75 é inconstitucional;

4) precedentes desta Corte reconhecem o direito ao creditamento independente do valor efetivamente cobrado na operação interestadual, pois a não-cumulatividade objetiva o encontro de créditos escriturais, ou seja, o valor devido na operação anterior de entrada com o valor devido na operação posterior, de saída;

5) o Supremo Tribunal Federal, em duas oportunidades - no MS 21.863-1/ES e na ADin 3.312-3/MT,, reconheceu o direito ao creditamento do contribuinte.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.243.662 - MG (2009/0204596-5)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
AGRAVANTE : HC PEÇAS S/A
ADVOGADO : LEANDRO MARTINHO LEITE E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : ELAINE COURA E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora): As premissas que fundamentam o presente recurso foram todas refutadas na decisão agravada, na qual consignei que:

1) o recurso especial interposto com fundamento na alínea *b* do permissivo constitucional não merece conhecimento porque não se declarou a validade da norma federal ou aplicou-se a legislação local em seu detrimento. Considerou-se que tanto a legislação local (o regulamento) quanto à legislação federal (lei complementar) estão em harmonia, ou seja, ambas são convergentes com a finalidade do sistema e, portanto, ambas são válidas;

2) inexistentes as violações ao art. 19 da Lei Complementar 87/96 que dispõe:

Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

A não-cumulatividade é princípio e regra. É princípio quando visa concretizar o valor *justiça tributária*, através do respeito à capacidade contributiva para evitar a incidência em cascata de tributos incidentes sobre uma cadeia produtiva e de circulação de bens e serviços.

É regra porque a não-cumulatividade aparelha-se pelas normas infraconstitucionais, que seguem o regime do crédito físico, pelo qual se exige que o creditamento exista quando há a cobrança efetiva do tributo na etapa anterior à saída das mercadorias ou serviços, no caso do ICMS. E não só. Exige-se que o crédito de ICMS incidente na operação anterior tributada seja idôneo e legítimo, ou seja, esteja expresso em documento fiscal idôneo ou atenda às normas da legislação tributária aplicáveis.

Neste contexto, é válido citar os arts. 23 da Lei Complementar 87/96 e o art. 8º, I, da Lei Complementar 24/75:

Lei Complementar 87/96:

Art. 23. O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

Lei Complementar 24/75:

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

I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria;

Da transcrição percebe-se que os arts. 62, § 1º e 71 do RICMS/MG encontram-se em consonância com a norma complementar e com a Constituição Federal, na medida em que esta exige a celebração de convênio para a instituição de isenção ou qualquer outra medida de incentivo fiscal de ICMS, com vistas a afastar a chamada *guerra fiscal*.

Portanto, créditos oriundos de operações interestaduais com mercadorias ou serviços objeto de incentivo fiscal concedido em desacordo com o Sistema Constitucional Tributário é nulo e não gera direito ao creditamento. Tal restrição de modo algum ofende a regra e o princípio da não-cumulatividade, pois de uma ilegalidade não se pode derivar direitos.

3) No caso concreto, o Tribunal assentou o seguinte quanto à matéria fática:

(...) Analisando os autos extrai-se que a apelante firmou, em 22 de setembro de 2003, um "termo de acordo de regime especial" com o Distrito Federal, por intermédio da Subsecretaria da Receita da Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal, cuja validade expirou em 30 de junho de 2006.

Constata-se, então, que a apelante, ao realizar operações sobre as quais incide o ICMS, é beneficiada por um regime especial.

A Resolução 3.661/2001 trouxe para o seu sistema normativo tributário a alíquota cobrada no Distrito Federal para conferir direito ao crédito até o montante recolhido na operação de aquisição de mercadorias;

4) ao aceitar-se o creditamento de ICMS no percentual de 12%, por ser esta a alíquota fixada na Resolução 22/89 do Senado Federal, independentemente da comprovação no caso concreto da alíquota vigente na operação de aquisição da mercadoria, o feito deve ser remetido ao Pleno desta Corte, por implicar em juízo de inconstitucionalidade do art. 8º, I da LC 24/75, reiteradamente declarado pela Suprema Corte como recepcionado pela atual Carta Magna;

5) prejudicialidade quanto a divergência jurisprudencial, diante do entendimento atual da 2ª. Turma, traduzido na ementa seguinte:

TRIBUTÁRIO - ICMS - VEDAÇÃO A CREDITAMENTO - AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS OU SERVIÇOS OBJETO DE INCENTIVOS FISCAIS ILEGÍTIMOS -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL - CABIMENTO PELA ALÍNEA "B".

1. Inviável o conhecimento de recurso especial pela alínea "b" do permissivo constitucional se o Tribunal local não valida a legislação local em detrimento da legislação federal.

2. Não ofende o art. 19 da Lei Complementar 87/96 ato de Governo local (arts. 62, § 1º e 71, VI do RICMS/MG) que restringe o creditamento de ICMS incidente sobre operações interestaduais com bens ou serviços objeto de incentivo fiscal concedido em violação às disposições da Lei Complementar 24/75.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

(REsp 925794/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/04/2009, DJe 08/05/2009)

Em aditamento, colaciono aresto da lavra do Ministro Herman Benjamin no mesmo sentido da decisão agravada:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE. ICMS. SAÍDA ISENTA. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

1. Os Embargos de Declaração não são instrumento para rediscussão do mérito da decisão impugnada.

2. Aclaratórios recebidos como Agravo Regimental. Aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal.

3. Nos termos do art. 155, § 2º, II, "b", da CF, a isenção na saída da mercadoria implica anulação do crédito relativo às operações anteriores. Inexiste ofensa ao Princípio da Não-Cumulatividade. Precedentes do egrégio STF.

4. Subsidiariamente, a contribuinte argumenta que a isenção de ICMS é inválida, porquanto veiculada por decreto do Executivo. A empresa aproveitou-se da isenção no momento da saída, visto que não recolheu o ICMS sobre a venda da mercadoria. Posteriormente alega que tem direito ao creditamento, pois esse benefício fiscal foi irregularmente concedido.

5. Para que o pleito mandamental pudesse prosperar, com base nessa linha argumentativa, seria necessária a prova pré-constituída do direito suscitado, ou seja, que a contribuinte comprovasse ter recolhido o ICMS na saída da mercadoria. Isso porque o direito ao creditamento somente existe quando a saída é tributada, vale dizer, quando o contribuinte submete-se à exação correspondente.

6. Agravo Regimental não provido.

(EDcl no RMS 23.159/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 21/08/2009).

Portanto, cabível a aplicação da Súmula 83/STJ.

6) O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a vigência do art. 8º, I da LC 24/75, que condiciona o creditamento do ICMS à validade do benefício fiscal concedido pelo Ente tributário, ou seja, se houve a precedência de acordo dos titulares do CONFAZ sobre a legitimidade daquele benefício, como se revela na seguinte ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 1.798/97; E ART. 8.º DO DECRETO N.º 9.115/98, DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 150, § 6.º; E 155, § 2.º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O primeiro ato normativo estadual, instituindo benefícios



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relativos ao ICMS sem a prévia e necessária celebração de convênio entre os Estados e o Distrito Federal, contraria os dispositivos constitucionais sob enfoque. Alegação de inconstitucionalidade igualmente plausível no tocante ao art. 8.º do Decreto n.º 9.115/98, que, extrapolando a regulamentação da mencionada lei, fixa, de forma autônoma, incentivos fiscais sem observância das mencionadas normas da Carta da República. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade das normas em questão.

(ADI 2439, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2002, DJ 21-02-2003 PP-00027 EMENT VOL-02099-01 PP-00192)

Na ADin 3.312/MT, embora tenha a Suprema Corte declarado a inconstitucionalidade formal de dispositivo da legislação mato-grossense que fixou a alíquota de operação interestadual em 7%, quando as mercadorias transacionadas fossem provenientes do Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás e Pernambuco, por ofender o art. 155, IV da CF/88, ratificou o entendimento já pacífico naquela Corte pela impossibilidade de creditamento superior ao valor do tributo efetivamente recolhido na operação de aquisição de mercadorias, sendo ilegítimo o benefício fiscal concedido unilateralmente por um Estado-Membro, sem submissão do tema ao órgão competente: o CONFAZ.

Destaco alguns trechos do voto:

(...)

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

(...)

7. O Estado do Mato Grosso, como se vê, pretende fixar a alíquota do ICMS, em relação aos produtos adquiridos nos Estados do Espírito Santo, de Goiás, de Pernambuco e no Distrito Federal, no mesmo patamar da fixada no que tange aos produtos oriundos das regiões Sul e Sudeste. Isso, no entanto, compete ao Senado Federal.

8. (...) Aponto, não obstante, a correção do quanto afirmou o Procurador Geral da República: o texto normativo objeto da presente ADI efetivamente viola o disposto no artigo 155, incisos IV e V, da Constituição do Brasil ao fixar "alíquota do ICMS de 7%, i. e., em valor inferior ao percentual de 12% prescrito pela Resolução n. 22/89 do Senado Federal", sendo "pacífico o entendimento jurisprudencial de que a concessão unilateral de benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a prévia celebração de convênio intergovernamental, nos termos do que dispõe a LC 24/75, afronta o artigo 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal.

9. Precisamente nesse sentido pronunciou-se o Pleno, recentíssimamente, no julgamento da ADI 2.548, Sessão de 11 de novembro de 2006. Disse em seu voto o Relator, Ministro GILMAR MENDES: "(é) certo que esta Corte tem-se manifestado, em sede cautelar ou definitiva, quanto à inconstitucionalidade da concessão unilateral pelo Estado-membro ou pelo Distrito Federal de isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a celebração de convênios intergovernamentais".

No mesmo sentido é o seguinte acórdão da Suprema Corte:

EMENTA: Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Caráter normativo autônomo e abstrato dos dispositivos impugnados. Possibilidade de sua submissão ao controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes. 3. ICMS. Guerra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fiscal. Artigo 2º da Lei nº 10.689/1993 do Estado do Paraná. Dispositivo que traduz permissão legal para que o Estado do Paraná, por meio de seu Poder Executivo, desencadeie a denominada "guerra fiscal", repelida por larga jurisprudência deste Tribunal. Precedentes. 4. Artigo 50, XXXII e XXXIII, e §§ 36, 37 e 38 do Decreto Estadual nº 5.141/2001. Ausência de convênio interestadual para a concessão de benefícios fiscais. Violação ao art. 155, §2º, XII,g, da CF/88. A ausência de convênio interestadual viola o art. 155, § 2º, incisos IV, V e VI, da CF. A Constituição é clara ao vedar aos Estados e ao Distrito Federal a fixação de alíquotas internas em patamares inferiores àquele instituído pelo Senado para a alíquota interestadual. Violação ao art. 152 da CF/88, que constitui o princípio da não-diferenciação ou da uniformidade tributária, que veda aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. 5. Medida cautelar deferida. (ADI 3936 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/2007, DJe-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007 DJ 09-11-2007 PP-00030 EMENT VOL-02297-02 PP-00215)

A Resolução 3.661/2001 não cuidou de fixar alíquota em operação interestadual (daí a diferença da presente questão jurídica com relação ao que restou decidido na ADIn 3.312/MT) mas de prever a situação concreta para deferir o creditamento do imposto nas operações internas de saída até o montante do tributo recolhido na operação de aquisição de mercadoria.

7) A pretensão da contribuinte, portanto, é de declaração de inconstitucionalidade da Resolução 3.661/2001, sequer sindicável nesta instância, e não de aproveitamento do crédito, pois se recolheu 12% da operação realizada sequer tem interesse processual na demanda.

Portanto, as razões do agravo interno não infirmam os fundamentos da decisão agravada.

Com essas considerações, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0204596-5 **PROCESSO ELETRÔNICO Ag** **AgRg no 1.243.662 / MG**

Números Origem: 10079063070829 10079063070829003 10079063070829004 10079063070829005
10079063070829007

PAUTA: 03/08/2010

JULGADO: 05/08/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : HC PEÇAS S/A
ADVOGADO : LEANDRO MARTINHO LEITE E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : ELAINE COURA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : HC PEÇAS S/A
ADVOGADO : LEANDRO MARTINHO LEITE E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : ELAINE COURA E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto da Sra. Ministra-Relatora, negando provimento ao agravo regimental, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Castro Meira."

Aguardam os Srs. Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 05 de agosto de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.243.662 - MG (2009/0204596-5)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
AGRAVANTE : HC PEÇAS S/A
ADVOGADO : LEANDRO MARTINHO LEITE E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : ELAINE COURA E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. CONCESSÃO DE CRÉDITO PRESUMIDO AO FORNECEDOR NA ORIGEM. NOTO FISCAL EMITIDA COM DESTAQUE INTEGRAL DO ICMS. PRETENSÃO DO FISCO MINEIRO (ESTADO DE DESTINO) DE LIMITAR O CREDITAMENTO DO IMPOSTO AO VALOR EFETIVAMENTE PAGO NA ORIGEM. DESCONSIDERAÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A impetrante é pessoa jurídica que se dedica à comercialização de autopeças e, para tanto, realiza regularmente operações de compra e venda com empresas situadas no território do Distrito Federal.

2. Algumas operações provenientes do Distrito Federal contam com o benefício fiscal de crédito presumido. Assim, a nota fiscal é escriturada com a incidência do imposto à alíquota de 12%, mas o vendedor, sediado no DF, recebe um crédito presumido equivalente à alíquota de 9,5%. Em outras palavras, o ICMS incide com alíquota de 12%, sendo que 9,5% constituem crédito presumido e apenas 2,5% são efetivamente recolhidos. Nada obstante, para observância da Resolução do Senado e da legislação de regência, a nota fiscal é emitida com destaque do imposto relativo à alíquota cheia (12%).

3. Na chegada da mercadoria em Minas Gerais, a impetrante credita os 12% destacados na nota fiscal, atitude considerada ilegal pelo Fisco mineiro que, rotineiramente, tem autuado a empresa, glosando os 9,5% relativos ao crédito presumido aproveitado pela fornecedora na origem, com base no que dispõe a Resolução Estadual n.º 3.166/01.

4. Segundo essa norma tributária estadual – que não está em discussão e se encontra transcrita no aresto recorrido – o creditamento, nas operações interestaduais, deve observar o que foi efetivamente recolhido na origem, independentemente do valor do imposto destacado na nota fiscal, sempre que benefícios fiscais tenham sido concedidos sem autorização do CONFAZ e com desrespeito às normas da LC 24/75.

5. Contra essa sistemática ditada pela Resolução Estadual 3.166/01, a ora agravante impetrou mandado de segurança, objetivando afastar as restrições impostas ao creditamento integral do ICMS regularmente destacado em documento fiscal idôneo. A sentença denegou a ordem, decisão que foi mantida pelo acórdão recorrido.

6. No apelo, a recorrente indica violação ao disposto nos arts. 19 e 20 da LC 87/96, dispositivos que regulamentam, no plano infraconstitucional, o princípio da não-cumulatividade do ICMS e que foram expressamente examinados pelo acórdão recorrido. Também aponta divergência jurisprudencial com aresto desta Corte, especificamente o REsp 259.877/RJ. Defende que o direito ao creditamento, por força do princípio constitucional da não-cumulatividade, somente admite restrições no caso de isenção ou de não-incidência tributária, o que não é o caso dos autos, não podendo ser limitado por mera resolução estadual.

7. A nobre Relatora conheceu do agravo de instrumento para negar seguimento ao recurso especial. Na sequência, negou provimento ao agravo regimental.

8. Pedi vista dos autos para melhor examinar a matéria e chego a conclusão oposta por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razões que me parecem muito simples:

(a) o benefício de crédito presumido não impede o creditamento pela entrada nem impõe o estorno do crédito já escriturado quando da saída da mercadoria, pois tanto a CF/88 (art. 155, § 2º, II) quanto a LC 87/96 (art. 20, § 1º) somente restringem o direito de crédito quando há isenção ou não-tributação na entrada ou na saída, o que deve ser interpretado restritivamente;

(b) ainda que isenção existisse, ou qualquer outro caso de não-incidência, é fato que essas operações não foram traduzidas na nota fiscal, na qual vem destacada, por determinação da legislação de regência e da própria Resolução do Senado n.º 22/89, a alíquota cheia de 12%. Assim, como é a nota fiscal que instrumentaliza a relação tributária e, no caso concreto, ela foi emitida em perfeita harmonia com as normas tributárias, não pode ser desconsiderada sob o simples argumento de que o imposto destacado não foi recolhido integralmente na origem;

(c) o crédito presumido concedido na origem é aproveitado integralmente pela empresa fornecedora, de modo que a impetrante, adquirente das mercadorias, é onerada pela alíquota cheia (12%), como consta da nota fiscal que instrumentaliza a operação interestadual, não podendo ser penalizada pelo estorno de crédito por força de benefício fiscal concedido na origem e que não lhe aproveita;

(d) o creditamento do ICMS em regime de não cumulatividade não depende do efetivo recolhimento na etapa anterior, mas apenas da incidência tributária; e

(e) pretende o Fisco mineiro, por via transversa, evitar os prejuízos advindos da política fiscal de outra unidade federada através da autuação dos contribuintes sediados em seu território. Se outro Estado da Federação concede benefícios fiscais de ICMS sem a observância das regras da LC 24/75 e sem autorização do CONFAZ, cabe ao Estado lesado obter junto ao Supremo, por meio de ADIn, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo de outro Estado – como aliás foi feito pelos Estados de São Paulo e Amazonas nos precedentes citados pela Ministra Eliana Calmon – e não simplesmente autuar os contribuintes sediados em seu território. Precedentes da Primeira Turma.

9. Agravo regimental provido, divergindo da Relatora.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA: A impetrante é pessoa jurídica que se dedica à comercialização de autopeças e, para tanto, realiza regularmente operações de compra e venda com empresas situadas no território do Distrito Federal, em que algumas "operações interestaduais", nele originadas contam com o benefício fiscal do crédito presumido.

A nota fiscal é escriturada com a incidência do imposto à alíquota de 12% (como determina a Resolução do Senado n.º 22/89 para as operações interestaduais), mas o vendedor, sediado no DF, recebe um crédito presumido equivalente à alíquota de 9,5%.

Em outras palavras, o ICMS incide com alíquota de 12%, sendo que 9,5% viram crédito presumido e apenas 2,5% são recolhidos efetivamente. Nada obstante, para observância da Resolução do Senado, a nota fiscal é emitida com destaque do imposto relativo à alíquota cheia (12%).

Quando a mercadoria chega em Minas Gerais, a impetrante credita os 12% destacados na nota fiscal, atitude considerada ilegal pelo Fisco mineiro que, rotineiramente, tem autuado a empresa, glosando os 9,5% relativos ao crédito presumido aproveitado pela fornecedora na origem, com base no que dispõe a Resolução Estadual n.º 3.166/01, que assim dispõe:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 1º - O crédito do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) correspondente à entrada de mercadoria remetida a estabelecimento localizado em território mineiro, a qualquer título, por estabelecimento que se beneficie de incentivos indicados no Anexo Único, será admitido na mesma proporção em que o imposto venha sendo efetivamente recolhido à unidade da Federação de origem, na conformidade do referido Anexo.

Parágrafo único - O crédito do ICMS relativo a qualquer entrada de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação somente será admitido, ou deduzido para os efeitos do Micro Geraes, na conformidade do disposto no caput, ainda que as operações estejam beneficiadas por incentivos decorrentes de atos normativos não listados no Anexo Único desta Resolução.

Art. 2º - Revogado

Art. 3º - Quando da verificação fiscal de mercadorias objeto dos benefícios fiscais citados nos artigos anteriores, a fiscalização aporá, no documento acobertador, a título de esclarecimento ao destinatário, a informação, conforme o caso, da vedação ao creditamento do Imposto relativo à operação e/ou da parcela que este está autorizado a se creditar ou a deduzir para os efeitos do Micro Geraes.

Parágrafo único - A falta no documento acobertador da informação prevista neste artigo não autoriza o destinatário a se creditar ou se deduzir do ICMS destacado em desacordo com os preceitos desta Resolução.

Art. 4º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º - Revogam-se as disposições em contrário.

Por sua vez, o anexo V da referida resolução determina:

5 - DISTRITO FEDERAL

ITEM 5.15

MERCADORIA: Atacadista ou distribuidor de outras mercadorias não relacionadas nos subitens 5.1 a 5.14

BENEFÍCIO: Crédito presumido de 9,5% (Dec. 20.322/99 e Portaria 293/99)

CRÉDITO ADMITIDO/PERÍODO: 2,5% s/ BC

NF: emitida a partir de 23/06/99

Segundo a norma tributária estadual – que não está em discussão e se encontra transcrita no aresto recorrido – o creditamento, nas operações interestaduais, deve observar o que foi efetivamente recolhido na origem, independentemente do valor do imposto destacado na nota fiscal, sempre que benefícios fiscais tenham sido concedidos sem autorização do CONFAZ e com desrespeito às normas da LC 24/75.

No caso do DF, a Resolução somente admite o creditamento da alíquota de 2,5% incidente sobre a base de cálculo da operação interestadual, devendo o fiscal da receita estornar, mediante auto de infração, a diferença de alíquota de 9,5%, correspondente ao crédito presumido aproveitado na origem pelo fornecedor das mercadorias.

Contra essa sistemática, ditada pela já transcrita Resolução Estadual 3.166/01, a ora agravante impetrou mandado de segurança, objetivando afastar as restrições impostas ao creditamento integral do ICMS regularmente destacado em documento fiscal idôneo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A sentença denegou a ordem, decisão que foi mantida pelo acórdão recorrido, nos termos da seguinte ementa:

EMENTA: APELAÇÃO - ICMS - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO - RESOLUÇÃO 3.166/01 - Se a operação não for tributada pelo ICMS, quer seja por isenção, não incidência e, por analogia, por imunidade, ela não irá gerar crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes. Então, considerando que a Resolução 3.166/01 vedou o aproveitamento integral de créditos de ICMS quando a operação que antecede ou precede o creditamento for beneficiada por incentivos (dentre os quais se incluem a isenção e a imunidade) e considerando que a própria LC 87/96 determina a ausência do direito ao crédito no caso de entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, tem-se que a referida resolução em nada afronta o princípio da não cumulatividade. (e-STJ fl. 336)

No apelo, a recorrente indica violação ao disposto nos arts. 19 e 20 da LC 87/96, dispositivos que regulamentam, no plano infraconstitucional, o princípio da não-cumulatividade do ICMS e que foram, expressamente, examinados pelo acórdão recorrido. Também aponta divergência jurisprudencial com aresto desta Corte, especificamente o REsp 259.877/RJ.

Defende que o direito ao creditamento, por força do princípio constitucional da não-cumulatividade, somente admite restrições no caso de isenção ou de não-incidência tributária, o que não é o caso dos autos, não podendo ser limitado por mera resolução estadual.

A nobre Relatora conheceu do agravo de instrumento para negar seguimento ao recurso especial. Na sequência, negou provimento ao agravo regimental.

Pedi vista dos autos para melhor examinar a matéria e chego a conclusão oposta pelas razões que passo a expor:

(a) o benefício de crédito presumido não impede o creditamento na entrada nem impõe o estorno do crédito já escriturado quando da saída da mercadoria, pois a LC 87/96 (art. 20, § 1º), em harmonia com a CF/88 (art. 155, § 2º, II), somente restringe o direito de crédito quando há isenção ou não-tributação na entrada ou na saída, o que deve ser interpretado restritivamente;

(b) ainda que isenção existisse, ou qualquer outro caso de não-incidência, é fato que essas operações não foram traduzidas na nota fiscal, na qual vem destacada, por determinação da legislação de regência e da própria Resolução do Senado n.º 22/89, a alíquota cheia de 12%. Assim, como é a nota fiscal que instrumentaliza a relação tributária e, no caso concreto, ela foi emitida em perfeita harmonia com as normas tributárias, não pode ser desconsiderada sob o argumento de que o imposto destacado não foi recolhido integralmente na origem;

(c) o crédito presumido concedido na origem é aproveitado integralmente pela **empresa fornecedora**, de modo que a impetrante, adquirente das mercadorias, é onerada pela alíquota cheia (12%), como consta da nota fiscal que instrumentaliza a operação interestadual, não podendo ser penalizada pelo estorno de crédito por força de benefício fiscal concedido na origem e que não lhe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aproveita;

Ao vender as mercadorias à impetrante, a empresa fornecedora calcula o imposto relativo às operações respectivas pela alíquota cheia (12%), como manda a legislação de regência, inclusive a Resolução do Senado n.º 22/89, destacando a totalidade do imposto nas notas fiscais de venda. Assim, indiscutivelmente, embutiu ela, no preço cobrado, a integralidade do imposto, repassando todo ônus fiscal para a adquirente dos produtos, no caso a impetrante, ora recorrente.

Esse "custo tributário", que é o valor do imposto destacado na nota fiscal, pode e deve ser creditado pela impetrante, já que foi por ela suportado na cadeia de circulação da mercadoria, ainda que a totalidade do imposto não tenha sido recolhida na etapa anterior por força de um crédito presumido concedido ao fornecedor pelo Estado de origem.

É absurdo admitir que o Estado destinatário da mercadoria restrinja o aproveitamento do crédito ao comprador por força de um benefício fiscal concedido ao vendedor pelo Estado de origem, se o imposto incidiu em sua integralidade e assim foi destacado na nota fiscal que instrumentaliza a operação.

(d) o creditamento do ICMS em regime de não cumulatividade não depende do efetivo recolhimento na etapa anterior, mas apenas da incidência tributária;

Nos termos do art. 155, § 2º, I, da CF/88, o ICMS será não-cumulativo, devendo ser compensado o que for "**devido**" em cada operação com o montante "**cobrado**" nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal, *verbis*:

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for **devido** em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante **cobrado** nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

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

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

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

No plano infraconstitucional, o art. 19 da LC 87/96 também utiliza os termos "devido" e "cobrado", como se observa de sua redação:

Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for **devido** em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante **cobrado** nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado. (sem grifos no original)

Segundo a orientação majoritária, a expressão "imposto devido" ou "montante cobrado" não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deve ser confundida com "imposto efetivamente recolhido". A esse respeito, ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA ensina:

3.1 A desnecessidade da "efetiva cobrança" nas anteriores operações ou prestações

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

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

Isto significa que o direito à compensação permanece íntegro ainda que um dos contribuintes deixe de recolher o tributo ou a Fazenda Pública de lançá-lo (salvo, é claro, por motivo de *isenção* ou *não-incidência*). Basta que as leis de ICMS tenham incidido sobre as operações ou prestações anteriores para que o abatimento seja devido.

Em suma, a expressão "montante cobrado", contida na segunda parte do art. 155, § 2º, I, da CF, deve ser juridicamente entendida como "montante devido" e, não, como "montante efetivamente exigido".

Lamentavelmente, porém, empresas estão sendo "punidas" com a perda de créditos de ICMS, apenas por haverem adquirido, em outras unidades federadas, mercadorias comercializadas sob a égide de incentivos fiscais, que entrariam em testilhas com o disposto no art. 155, § 2º, XII, "g", da Constituição Federal. E, tudo, nada obstante as operações interestaduais estarem documentadas em notas fiscais formalmente em ordem.

[...]

Nada disso se sustenta, ao lume de nosso direito positivo.

II - Com efeito, os adquirentes de mercadorias (ou fruidores de serviços de transporte transmunicipal ou de comunicação) têm de aproveitar por inteiro créditos de ICMS advindos de operações (ou prestações) interestaduais, independentemente de os fornecedores estarem, ou não, sendo alvo de incentivos fiscais concedidos em consonância com o disposto no art. 155, § 2º, XII, "g", da Carta Suprema.

[...] é certo que benefícios fiscais (isenções, remissões, anistias, reduções de bases de cálculo ou de alíquotas, concessão de créditos presumidos, concessão de parcelamentos etc.) e financeiros (subvenções, financiamentos para aquisição de bens a serem incorporados ao ativo permanente, empréstimos, "a fundo perdido", para o recolhimento do próprio tributo etc) só podem advir de convênios, celebrados e ratificados por todos os Estados-membros e pelo Distrito Federal, como, de resto, determina o art. 155, § 2º, XII, "g", da Constituição Federal.

Todavia, é igualmente certo que, tendo amparo em documentos formalmente em ordem, quem adquire mercadorias (ou contrata serviços de transporte transmunicipal ou de comunicação) em outras unidades federadas, não pode ter negado o direito ao crédito de ICMS, pela pessoa política que se julgue prejudicada. Esta, ao invés de transformar seu contribuinte em controlador da regularidade do crédito de ICMS relativo a qualquer entrada de mercadoria adquirida em outra unidade federada (ou fruição de serviço de transporte transmunicipal ou de comunicação, contratado em outra unidade federada), deve recorrer, nos termos do art. 102, I, "a", da Lei Maior, ao Supremo Tribunal Federal, para, mediante ação direta de inconstitucionalidade, anular tais benefícios, que estimulam a indesejável "guerra fiscal". (ICMS, São Paulo: Malheiros Editores, 14ª ed., pp. 358-361)

Assim, basta que o imposto tenha incidido na etapa anterior, ainda que não tenha sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

efetivamente recolhido, para que surja o direito ao crédito na etapa seguinte, que somente não será creditado, ou será estornado, se houver isenção ou não incidência na entrada ou na saída da mercadoria do estabelecimento comercial.

No caso, houve a incidência do imposto na etapa anterior, que não foi integralmente recolhido por força de um crédito presumido concedido pelo Estado de origem ao vendedor situado em seu território.

A hipótese de crédito presumido difere substancialmente dos casos de isenção ou não-incidência, pois nessas situações não há, de fato, "imposto devido", já que não há incidência tributária.

Assim, constatado que o benefício fiscal concedido pelo Estado de origem não altera o cálculo do imposto devido, mas, apenas, resulta em recolhimento a menor em face da concessão de crédito presumido, deve ser autorizado o creditamento do percentual de 12% do ICMS devido ao Estado destinatário. Do contrário, haveria a possibilidade de o Estado de destino, em prejuízo do contribuinte, apropriar-se da totalidade do incentivo fiscal concedido pelo Estado de origem, tornando-o sem efeito, situação que conspira contra a autonomia fiscal dos entes federados e que só pode ser regulada por norma de caráter nacional.

(e) pretende o Fisco mineiro, por via transversa, evitar os prejuízos advindos da política fiscal de outra unidade federada através da autuação dos contribuintes sediados em seu território;

Se outro Estado da Federação concede benefícios fiscais de ICMS sem a observância das regras da LC 24/75 e sem autorização do CONFAZ, cabe ao Estado lesado obter junto ao Supremo, por meio de ADIn, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Estado de onde se originam as mercadorias – como aliás foi feito pelos Estados de São Paulo e Amazonas nos precedentes citados pela Ministra Eliana Calmon – e não simplesmente autuar os contribuintes sediados em seu território.

Os seguintes precedentes da Suprema Corte apontam para a ADIn como o único meio judicial de que deve valer-se o Estado lesado para obter a declaração de inconstitucionalidade da lei de outro Estado que concede benefício fiscal do ICMS sem autorização do CONFAZ:

ADIn proposta pelo Estado do Amazonas contra o Estado do Paraná

EMENTA: Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Caráter normativo autônomo e abstrato dos dispositivos impugnados. Possibilidade de sua submissão ao controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes. 3. ICMS. Guerra fiscal. Artigo 2º da Lei nº 10.689/1993 do Estado do Paraná. Dispositivo que traduz permissão legal para que o Estado do Paraná, por meio de seu Poder Executivo, desencadeie a denominada "guerra fiscal", repelida por larga jurisprudência deste Tribunal. Precedentes. 4. Artigo 50, XXXII e XXXIII, e §§ 36, 37 e 38 do Decreto Estadual nº 5.141/2001. Ausência de convênio interestadual para a concessão de benefícios fiscais. Violação ao art. 155, § 2º, XII, g, da CF/88. A ausência de convênio interestadual viola o art. 155, § 2º, incisos IV, V e VI, da CF. A Constituição é clara ao vedar aos Estados e ao Distrito Federal a fixação de alíquotas internas em patamares inferiores àquele instituído



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo Senado para a alíquota interestadual. Violação ao art. 152 da CF/88, que constitui o princípio da não-diferenciação ou da uniformidade tributária, que veda aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. 5. Medida cautelar deferida. (ADI 3936 MC, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 09.11.2007)

ADIn proposta pelo Distrito Federal contra o Estado do Mato Grosso

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO N. 989/03, EDITADO PELO GOVERNADOR DO ESTADO DO MATO GROSSO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SENADO FEDERAL PARA FIXAR A ALÍQUOTA DO ICMS, NOS TERMOS DO PRECEITO DO ARTIGO 155, § 2º, INCISOS IV E V, DA CB/88. ICMS. IMPOSTO NÃO-CUMULATIVO. A CONCESSÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIOS FISCAIS, SEM A PRÉVIA CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO INTERGOVERNAMENTAL, AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 155, § 2º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O decreto n. 989/03, do Estado do Mato Grosso, considera como não tendo sido cobrado o ICMS nas hipóteses em que a mercadoria for adquirida nos Estados do Espírito Santo, de Goiás, de Pernambuco e no Distrito Federal 2. O contribuinte é titular de direito ao crédito do imposto pago na operação precedente. O crédito há de ser calculado à alíquota de 7% se a ela efetivamente corresponder o percentual de tributo incidente sobre essa operação. Ocorre que, no caso, a incidência dá-se pela alíquota de 12%, não pela de 7% autorizada ao contribuinte mato-grossense. 3. Pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que a concessão unilateral de benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a prévia celebração de convênio intergovernamental, nos termos do que dispõe a LC 24/75, afronta ao disposto no artigo 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal". Precedentes. 4. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucional o decreto n. 989/2003, do Estado do Mato Grosso. (ADI 3312, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ de 09.03.2007)

ADIn proposta pelo Estado do Rio de Janeiro contra o Estado de Minas Gerais

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LIMINAR CONCEDIDA NO RECESSO PELA PRESIDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REFERENDO DA DECISÃO PELO PLENÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA CONDICIONADA À ORIGEM DA INDUSTRIALIZAÇÃO DA MERCADORIA. SAÍDAS INTERNAS COM CAFÉ TORRADO OU MOÍDO. DECRETO 35.528/2004 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. VIOLAÇÃO DO ART. 152 DA CONSTITUIÇÃO. É plausível a alegação de contrariedade à vedação ao estabelecimento de tratamento tributário diferenciado, em face da procedência ou do destino de bens ou serviços de qualquer natureza (art. 152 da Constituição), pois o Decreto 35.528/2004 do estado do Rio de Janeiro condiciona a concessão de benefício fiscal de redução da carga tributária à origem da industrialização das mercadorias ali especificadas. Medida cautelar referendada pelo Plenário. (ADI 3389 MC, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 23.06.2006)

ADIn proposta pelo Estado de São Paulo contra o Estado do Mato Grosso do Sul



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 1.798/97; E ART. 8.º DO DECRETO N.º 9.115/98, DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 150, § 6.º; E 155, § 2.º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O primeiro ato normativo estadual, instituindo benefícios relativos ao ICMS sem a prévia e necessária celebração de convênio entre os Estados e o Distrito Federal, contraria os dispositivos constitucionais sob enfoque. Alegação de inconstitucionalidade igualmente plausível no tocante ao art. 8.º do Decreto n.º 9.115/98, que, extrapolando a regulamentação da mencionada lei, fixa, de forma autônoma, incentivos fiscais sem observância das mencionadas normas da Carta da República. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade das normas em questão. (ADI 2439, Relator Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 21.02.2003)

Recentemente, a Ministra Ellen Gracie concedeu antecipação de tutela em ação cautelar (AC 2611/MG) para suspender a exigibilidade de tributo cobrado pelo Estado de Minas Gerais decorrente da glosa ao creditamento realizado por contribuinte sediado em seu território que adquiriu mercadorias oriundas do Estado de Goiás.

No *decisum*, a eminente Relatora deixa claro que o único caminho possível a ser percorrido pelos Estados que se sintam prejudicados pela chamada "Guerra Fiscal" é a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra as normas locais de outra unidade federada que não respeitem as disposições constitucionais e legais relativas à concessão de benefícios fiscais no âmbito do ICMS.

Para melhor compreensão do que ficou decidido, transcrevo o seguinte excerto do julgado:

É que o Estado de Minas Gerais, inconformado com a inconstitucionalidade de crédito de ICMS concedido pelo Estado de Goiás, teria glosado parcialmente a apropriação de créditos nas operações interestaduais, com isso ofendendo a sistemática da não-cumulatividade desse imposto e a alíquota interestadual fixada pelo Senado, ambas com assento constitucional.

Entendo, pois, que há relevante discussão de índole constitucional, de modo que é caso de reconsiderar a decisão recorrida e de conhecer do pedido de liminar.

4. A pretensão de suspensão da exigibilidade do crédito, com a conseqüente suspensão da execução fiscal, merece acolhida.

Há forte fundamento de direito na alegação de que o Estado de destino da mercadoria não pode restringir ou glosar a apropriação de créditos de ICMS quando destacados os 12% na operação interestadual, ainda que o Estado de origem tenha concedido crédito presumido ao estabelecimento lá situado, reduzindo, assim, na prática, o impacto da tributação.

Note-se que o crédito outorgado pelo Estado de Goiás reduziu o montante que a empresa teria a pagar, mas não implicou o afastamento da incidência do tributo, tampouco o destaque, na nota, da alíquota própria das operações interestaduais.

Ainda que o benefício tenha sido concedido pelo Estado de Goiás sem autorização suficiente em Convênio, mostra-se bem fundada a alegação de que a glosa realizada pelo Estado de Minas Gerais não se sustenta. Isso porque a incidência da alíquota interestadual faz surgir o direito à apropriação do ICMS destacado na nota, forte na sistemática de não-cumulatividade constitucionalmente assegurada pelo art. 155, § 2º, I, da Constituição e na alíquota estabelecida em Resolução do Senado, cuja atribuição decorre do art. 155, § 2º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV.

Não é dado ao Estado de destino, mediante glosa à apropriação de créditos nas operações interestaduais, negar efeitos aos créditos apropriados pelos contribuintes.

Conforme já destacado na decisão recorrida, o Estado de Minas Gerais pode argüir a inconstitucionalidade do benefício fiscal concedido pelo Estado de Goiás em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, sendo certo que este Supremo Tribunal tem conhecido e julgado diversas ações envolvendo tais conflitos entre Estados, do que é exemplo a ADI 2.548, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 15.6.2007.

Mas a pura e simples glosa dos créditos apropriados é descabida, porquanto não se compensam as inconstitucionalidades, nos termos do que decidiu este tribunal quando apreciou a ADI 2.377-MC, DJ 7.11.2003, cujo relator foi o Min. Sepúlveda Pertence:

"2. As normas constitucionais, que impõem disciplina nacional ao ICMS, são preceitos contra os quais não se pode opor a autonomia do Estado, na medida em que são explícitas limitações.

3. O propósito de retaliar preceito de outro Estado, inquinado da mesma balda, não valida a retaliação: inconstitucionalidades não se compensam."

O risco de dano está presente no fato de que a sede administrativa da Requerente está na iminência de ser leiloada.

5. A pretensão manifestada pela Requerente não equivale, propriamente, à simples atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário. Para que seja obstado o curso da Execução Fiscal, faz-se necessária a concessão de tutela com tal efeito, conforme já destacado por este Tribunal por ocasião do julgamento da AC 2.051 MC-QO, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe 9.10.2008. A pretensão, pois, em verdade, exige a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

6. Ante o exposto, **reconsidero a decisão anterior, conheço da ação cautelar e concedo medida liminar** para suspender a exigibilidade do crédito tributário em cobrança, nos termos do art. 151, V, do CTN, sustando, com isso, a execução e os respectivos atos expropriatórios.

Em sua decisão, a nobre Ministra assevera que a glosa "pura e simples" dos créditos apropriados pelos contribuintes situados no Estado de Minas Gerais é ilegítima, pois não é aceitável que um erro seja compensado com outro erro. Em outras palavras, afirmou que "não se compensam as inconstitucionalidades", devendo o "equivoco" cometido pelo Estado de origem – ao conceder benefícios de ICMS ao arrepio das normas constitucionais que exigem autorização do CONFAZ – ser solucionado no Judiciário por meio da propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

Tamanha foi a repercussão desse julgado no cenário jurídico que recebeu matéria de meia página no jornal Valor Econômico, de 30 de agosto de 2010. Transcrevo em parte a reportagem:

Uma liminar obtida pela BRF Brasil Foods no Supremo Tribunal Federal (STF) sinaliza uma possível mudança de cenário nas discussões sobre guerra fiscal. Pela decisão, em vez de restringir o uso de créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pelas empresas, os Estados devem resolver entre si, no Judiciário, questões de benefícios fiscais concedidos indevidamente.

No caso da Brasil Foods, a Secretaria da Fazenda de Minas Gerais restringiu o uso de créditos de ICMS quando a empresa adquiriu produtos originados de Goiás. O objetivo de Minas era neutralizar o benefício fiscal concedido pelo governo goiano.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segundo o processo, a Fazenda de Goiás permite a redução do ICMS com a concessão de um crédito do imposto.

Como é um tributo não-cumulativo, o ICMS a ser recolhido deve ser calculado sobre o produto vendido, com a dedução do imposto pago nas compras feitas pela empresa. No caso da Brasil Foods, a empresa pediu liminar para usar integralmente o crédito de 12% aplicado para as mercadorias vindas de Goiás. A alíquota de 12% de ICMS é a aplicada nas operações interestaduais.

A Fazenda mineira, porém, não queria permitir o crédito de 12%.

Segundo Minas Gerais, essa dedução não seria devida porque os produtos adquiridos pela empresa aproveitaram crédito de 2% concedido por Goiás e, portanto, não foram pagos os 12% de imposto. A Fazenda mineira impôs a restrição sob o argumento de que o benefício fiscal de Goiás é irregular, já que não foi autorizado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), órgão que reúne as Secretarias de Fazenda.

A liminar obtida pela Brasil Foods foi concedida pela ministra Ellen Gracie. Com a decisão, a empresa conseguiu suspender a cobrança judicial de ICMS pela Fazenda de Minas. A decisão é considerada o primeiro precedente favorável do Supremo sobre o assunto. Em seu voto, a ministra diz que a restrição ao aproveitamento de créditos de ICMS é "descabida".

A ministra destaca que o caminho seria Minas Gerais discutir a constitucionalidade do benefício de Goiás no Judiciário.

Tiago Guarnieri Feracioli, advogado do Levy & Salomão, lembra que as empresas tem perdido essa disputa nos tribunais estaduais, que sempre julgam válida a restrição ao crédito de ICMS imposta pelo governo local.

Recentemente, lembra o advogado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) chegou a dar uma decisão favorável às empresas, com conclusão semelhante. A expectativa, porém, explica Feracioli, esta voltada para o Supremo, que deve dar a decisão final para o assunto. Entre os julgamentos mais recentes, o precedente era desfavorável. O advogado lembra que em decisão do ano passado o ministro Joaquim Barbosa entendeu que quando beneficiado por incentivo fiscal ilegal, a mercadoria perdia o direito do crédito integral do imposto.

Apesar da ministra Ellen Gracie ser apenas um voto entre os onze ministros do STF, a decisão pode sinalizar uma mudança de rumo do Judiciário para um cenário mais favorável aos contribuintes, diz a advogada Fernanda Possebon Barbosa, do escritório Braga & Marafon.

"A nova decisão aborda exatamente os argumentos que vinham sendo defendidos pelas empresas e que não estavam entrando no centro das discussões", diz Paulo Vaz, do Vaz, Barreto, Shingaki & Oioli Advogados.

Para ele, se esse entendimento for consolidado, poderá haver mudança na forma como os Estados lidam com os incentivos indevidos concedidos em outros locais. "Hoje, quando se deparam com benefício que não foi aprovado pelo Confaz, Estados como Minas Gerais, São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná e Minas Gerais resolvem a questão restringindo o crédito para o contribuinte.

Por fim, registro que a egrégia Primeira Turma já teve a oportunidade de examinar casos semelhantes, como se observa dos seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. REDUÇÃO DO DESCONTO DA ALÍQUOTA INTERESTADUAL (ICMS/ST) PELO ESTADO DE DESTINO EM FACE DE INCENTIVO FISCAL (CRÉDITO PRESUMIDO) CONCEDIDO PELO ESTADO DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 8º, § 5º, DA LC 87/96.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RETENÇÃO DAS MERCADORIAS COMO FORMA DE COERÇÃO AO RECOLHIMENTO DE TRIBUTO INDEVIDO. NÃO CABIMENTO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO.

1. Recurso especial no qual se discute o percentual a ser deduzido do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços em Regime de Substituição Tributária - ICMS/ST devido ao estado de destino (Mato Grosso), na medida em que o estado de origem (Mato Grosso do Sul) concede benefício fiscal na forma de crédito presumido de 60% do valor do imposto apurado na operação de saída.

2. Emerge dos autos que o recorrido, Estado de Mato Grosso, apreende a mercadoria da recorrente, retendo seus caminhões na fronteira, ao fundamento de que a empresa não recolhe a diferença de ICMS/ST tal como determinado no Decreto Estadual 4.540/2004, que, segundo o consignado pela sentença, permite, apenas, que a contribuinte se credite da alíquota de 2% do valor devido na operação anterior.

3. As instâncias ordinárias reconheceram a ilegitimidade do mencionado decreto para conceder parcialmente a segurança, permitindo à impetrante que ela descontasse da operação de entrada no Estado de Mato Grosso o percentual de 4,8%, ao fundamento de que, em razão de benefício fiscal concedido pelo estado de Mato Grosso do Sul, essa é a fração efetivamente recolhida na origem.

4. Dispõe o § 5º do art. 8º da LC 87/96: "O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II do caput, corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações ou prestações internas do Estado de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto".

5. Para solucionar a presente controvérsia, à luz do princípio da legalidade estrita, que é norteador à interpretação das normas de direito tributário, mostra-se imprescindível diferenciar as expressões "valor do imposto devido" e "imposto efetivamente recolhido".

6. No caso concreto, impõe-se reconhecer que o imposto devido junto ao estado de origem corresponde à totalidade da alíquota de 12% (doze por cento) relativa à substituição tributária nas operações interestaduais. Isso porque o creditamento concedido pelo Estado de Mato Grosso do Sul pressupõe a existência de imposto devido; ou, por outro prisma, não é possível creditar-se de algo que não é devido.

7. A hipótese de creditamento difere substancialmente dos casos de isenção ou não-incidência, pois nessas situações não há, de fato, "imposto devido".

8. Assim, constatado que o benefício fiscal concedido pelo estado de origem não altera o cálculo do imposto devido, mas, apenas, resulta em recolhimento a menor em face da concessão de crédito presumido, deve ser descontado o percentual de 12% do ICMS/ST devido ao estado destinatário. Pensar diferente resultaria, no caso concreto, na possibilidade de o estado de destino, em prejuízo ao contribuinte, apropriar-se da totalidade do incentivo fiscal concedido pelo estado de origem, tornando-o sem efeito, situação essa que conspira contra a autonomia fiscal dos entes federados, que só pode ser regulada por norma de caráter nacional.

9. A presente impetração não busca provimento mandamental de caráter normativo, mas providência judicial que lhe assegure a não apreensão de mercadoria como forma de coerção ao pagamento de diferenças de ICMS previstas em decreto estadual cuja imperatividade, inclusive, já fora afastada pelas instâncias ordinárias. Assim, mostra-se perfeitamente possível conceder a presente ordem no sentido de determinar que a autoridade coatora se abstenha de apreender as mercadorias da impetrante como instrumento de cobrança de diferenças de ICMS determinadas pelo Decreto estadual 4.540/2004, podendo proceder livremente à fiscalização e à autuação fiscal se encontradas outras irregularidades eventualmente praticadas pela contribuinte.

10. Recurso especial provido. (REsp 1.125.188/MT, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 28.05.2010)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS EMITIDAS PELA FORNECEDORA. DIREITO AO CREDITAMENTO. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. DEMANDA DECLARATÓRIA QUE RECONHECERA A NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE OS SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA NAS EMBALAGENS PERSONALIZADAS. ESTORNO DOS CRÉDITOS PELOS ADQUIRENTES DAS MERCADORIAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O direito de crédito do contribuinte não decorre da regra-matriz de incidência tributária do ICMS, mas da eficácia legal da norma constitucional que prevê o próprio direito ao abatimento (regra-matriz de direito ao crédito), formalizando-se com os atos praticados pelo contribuinte (norma individual e concreta) e homologados tácita ou expressamente pela autoridade fiscal. Essa norma constitucional é autônoma em relação à regra-matriz de incidência tributária, razão pela qual o direito ao crédito nada tem a ver com o pagamento do tributo devido na operação anterior.

2. Deveras, o direito ao creditamento do ICMS tem assento no princípio da não-cumulatividade, sendo assegurado por expressa disposição constitucional, verbis: "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...) § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

(...)" (grifo nosso) 3. O termo "cobrado" deve ser, então, entendido como "apurado", que não se traduz em valor em dinheiro, porquanto a compensação se dá entre operações de débito (obrigação tributária) e crédito (direito ao crédito). Por essa razão, o direito de crédito é uma moeda escritural, cuja função precípua é servir como moeda de pagamento parcial de impostos indiretos, orientados pelo princípio da não-cumulatividade.

4. Destarte, o direito à compensação consubstancia um direito subjetivo do contribuinte, que não pode ser sequer restringido, senão pela própria Constituição Federal. Evidenciado resulta que a norma constitucional definiu integralmente a forma pela qual se daria a não-cumulatividade do ICMS, deixando patente que somente nos casos de isenção e não-incidência não haveria crédito para compensação com o montante devido nas operações seguintes ou exsurgiria a anulação do crédito relativo às operações anteriores (artigo 155, § 2º, II).

5. Ressoa inequívoco, portanto, que o direito de abatimento, quando presentes os requisitos constitucionais, é norma cogente, oponível ao Estado ou ao Distrito Federal. A seu turno, os sucessivos contribuintes devem, para efeito de calcular o imposto devido pela operação de saída da mercadoria do seu estabelecimento, abater o que antes e, a título idêntico, dever-se-ia ter pago, a fim de evitar a oneração em cascata do objeto tributado, dando, assim, plena eficácia à norma constitucional veiculadora do princípio da não-cumulatividade. Percebe-se, assim, que o creditamento não é mera faculdade do contribuinte, mas dever para com o ordenamento jurídico objetivo, não lhe sendo possível renunciar ao lançamento do crédito do imposto, mesmo que tal prática lhe fosse conveniente.

Sequer a própria lei poderia autorizá-lo a tanto, sob pena de patente inconstitucionalidade.

6. Nesse diapasão, não se afigura legítima a exigência de estorno dos créditos de ICMS, porquanto a empresa agiu no estrito cumprimento da regra-matriz de direito ao crédito, uma vez ter-lhe sido regularmente repassado o tributo pela empresa fornecedora quando da aquisição das embalagens personalizadas, consoante destacado nas notas fiscais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- documentos idôneos para tanto -, gerando a presunção de incidência da exação na operação anterior.

7. Deveras, a relação fiscal se estabelece entre o sujeito com competência tributária e o contribuinte, de sorte que o eventual crédito do fisco em relação ao primeiro contribuinte do imposto não pode ser exigido de outrem, o qual pela lei não é seu substituto tributário nem sucessor. In casu, a recorrente pagou o tributo e o primeiro contribuinte depositou-o, levantando-o após, com a anuência do Estado, que não pode pretender reavê-lo de quem implementou o seu dever (Precedente da Primeira Turma: REsp 782987/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.03.2007, DJ 09.04.2007).

8. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.065.234/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 01.07.2010)

Assim, se o imposto incidiu na operação anterior, ainda que não tenha sido efetivamente recolhido, deve ser autorizado o creditamento na etapa subsequente. Se o Estado de destino da mercadoria entende que o Fisco da origem concedeu um benefício indevido deve procurar a via judicial, por meio de ação direta, para obter declaração de inconstitucionalidade do preceito legal que entende violador do pacto federativo, e não adotar o caminho "mais fácil", que é o de autuar o contribuinte situado em seu território, que não mantém relação tributária com o Estado de origem nem se beneficia do crédito lá concedido.

Ante o exposto, **peço vênia à eminente Relatora para dar provimento ao agravo regimental.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0204596-5 **PROCESSO ELETRÔNICO Ag** **AgRg no 1.243.662 / MG**

Números Origem: 10079063070829 10079063070829003 10079063070829004 10079063070829005
10079063070829007

PAUTA: 02/09/2010

JULGADO: 02/09/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : HC PEÇAS S/A
ADVOGADO : LEANDRO MARTINHO LEITE E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : ELAINE COURA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : HC PEÇAS S/A
ADVOGADO : LEANDRO MARTINHO LEITE E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : ELAINE COURA E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira, divergindo da Sra. Ministra-Relatora, dando provimento ao agravo regimental e do voto do Sr. Ministro Humberto Martins, acompanhando a Sra. Ministra-Relatora, negando provimento ao agravo regimental, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Herman Benjamin."

O Sr. Ministro Humberto Martins votou com a Sra. Ministra Relatora.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, nos termos do Art. 162, § 2º, do RISTJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 02 de setembro de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.243.662 - MG (2009/0204596-5)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
AGRAVANTE : HC PEÇAS S/A
ADVOGADOS : LAURINDO LEITE JUNIOR
LEANDRO MARTINHO LEITE E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : ELAINE COURA E OUTRO(S)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Trata-se de Agravo de Instrumento relativo a Recurso Especial interposto contra acórdão que ratificou o procedimento do Estado de Minas Gerais para desconsiderar créditos de ICMS fictícios, concedidos pela Unidade Federal de origem (Distrito Federal, no caso) sem aprovação por convênio interestadual.

Para que fique claro, é importante que sejam fixados diversos pontos incontroversos nesta demanda:

- o Distrito Federal cobra apenas 2,5% de ICMS sobre as operações interestaduais em análise, embora permita que o remetente indique, na nota fiscal de saída, o crédito "cheio" de 12%;
- essas operações interestaduais devem ser tributadas pela alíquota de 12% nas saídas para Minas Gerais, consoante determina a Resolução do Senado 22/1989;
- o benefício fiscal concedido pelo Distrito Federal, sem convênio interestadual, é inconstitucional, conforme reiteradamente vem decidindo o STF e reconhecido pela contribuinte.

Entre as questões indiscutíveis, a que causa mais espanto é o reconhecimento, por todos, inclusive pela contribuinte, de que o benefício fiscal concedido pelo Distrito Federal é inconstitucional.

Desnecessário repetir, nesse contexto, que somente existe crédito de ICMS no que se refere ao imposto **cobrado** nas operações anteriores (art. 155, § 2º, I, da CF e art. 19



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da LC 87/1996), e não em relação a tributo fictício. Tampouco é preciso reiterar a antiga e conhecida jurisprudência do STF, citada pelos Ministros que me antecederam, acerca da inconstitucionalidade dos benefícios concedidos sem convênio interestadual e, portanto, do creditamento pretendido.

O patrono da empresa, a exemplo de outros que já ocuparam a tribuna em demandas análogas, reconhece a inconstitucionalidade, mas defende que o ato normativo do Distrito Federal deveria ser previamente afastado por Adin, sendo indevida a glosa do crédito correspondente antes dessa providência (fl. 799).

É esse o raciocínio adotado pelo eminente Ministro Castro Meira, ao inaugurar a divergência, lastreado, é bom ressaltar, em decisão monocrática da eminente Ministra Ellen Gracie (AC 2.611/MG) e em precedentes da Primeira Turma.

Não posso concordar com essa linha argumentativa.

Antes de mais nada, reitero meu espanto em face de contribuintes que reconhecem a inconstitucionalidade desses benefícios fiscais concedidos ao arrepio do art. 155, § 2º, XII, "g", da CF (que exige convênio interestadual), no âmbito da chamada "guerra fiscal", mas agem como se não tivessem nada com isso.

Partem da premissa de que a inconstitucionalidade e, portanto, a invalidade do creditamento pretendido, embora certas, devem ser ignoradas por todos, incluindo o STJ, até que o STF manifeste-se em Adin, mais uma vez, contra a malandragem.

Caso o Judiciário ratifique esse entendimento, não há reforma tributária que resolva a "guerra fiscal", pois a demora na tramitação das Adins validará, na prática, os benefícios fiscais concedidos ao arrepio da Constituição.

De fato, é cediço que, após a manifestação do STF pela invalidade do benefício e, portanto, do creditamento, o DF poderá tranquilamente conceder outra vantagem análoga (redução de alíquota, percentual fictício etc.), sem convênio interestadual, a qual, segundo a linha de raciocínio defendida pela contribuinte, deverá ser observada por todos, inclusive pelo STJ, até que a Suprema Corte volte a manifestar-se por sua inconstitucionalidade.

É esse o círculo vicioso que vem sendo observado há décadas, corroendo a sistemática nacional do ICMS e o federalismo fiscal brasileiro.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ocorre que o Fisco mineiro não é obrigado a observar norma cuja inconstitucionalidade é reconhecida por todos, inclusive pelos contribuintes, à luz da incontroversa e pacífica jurisprudência do STF!

Coerentemente, se é indiscutível que não houve cobrança do ICMS "cheio" (foi cobrado apenas 2,5% da alíquota de 12%) e que o benefício fiscal foi concedido sem convênio interestadual, o STJ não pode deixar de aplicar a lei federal, que veda expressamente o creditamento fictício nesse caso.

Essa constatação afasta, de pronto, o argumento de que os contribuintes seriam injustamente prejudicados pelo não reconhecimento dos montantes fictícios pelos Estados de destino. Ao adquirirem as mercadorias ou serviços sabiam, pelo texto constitucional e legal, que o creditamento refere-se ao montante efetivamente **cobrado** nas operações anteriores (art. 155, § 2º, I, da CF e art. 19 da LC 87/1996) e que benefícios concedidos sem autorização do Confaz são nulos (art. 155, § 2º, XII, *g*, da CF e art. 8º, I, da LC 24/1975).

Com efeito, não existe possibilidade de acolher o pleito da contribuinte sem declarar inconstitucional o disposto no art. 8º, I, da LC 24/1975, que dispõe expressamente ser ineficaz o creditamento de ICMS decorrente de benefício fiscal concedido sem convênio interestadual:

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

I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria;

(...)

É bom que não se perca de vista que toda a construção argumentativa da contribuinte depende, logicamente, da declaração de inconstitucionalidade dessa norma federal, o que é inviável sem observação do disposto na Súmula Vinculante 10/STF.

Também por essa razão, não há como acolher o pleito da contribuinte.

Impossível o creditamento de ICMS fictício, que todos sabemos inconstitucional, nos termos da jurisprudência pacífica do STF, apenas porque ainda não houve manifestação da Suprema Corte em Adin específica contra o ato normativo do Distrito Federal tratado nestes autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Concluo ressaltando que a decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie, citada pelo Ministro Castro Meira, é liminar isolada, concedida no âmbito de Ação Cautelar, que não indica orientação estável da Suprema Corte, diferentemente dos diversos acórdãos em ADIn que reiteradamente têm reconhecido a inconstitucionalidade de benefícios fiscais de ICMS concedidos sem convênio interestadual e a invalidade do creditamento fictício correspondente.

Por essas razões, pedindo vênia à divergência do Ministro Castro Meira, alinho-me ao entendimento da eminente Relatora, Ministra Eliana Calmon, e do Ministro Humberto Martins, que a acompanhou, para **negar provimento ao Agravo Regimental e manter a decisão que desproveu o Agravo de Instrumento.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0204596-5 **PROCESSO ELETRÔNICO Ag** **AgRg no 1.243.662 / MG**

Números Origem: 10079063070829 10079063070829003 10079063070829004 10079063070829005
10079063070829007

PAUTA: 01/03/2011

JULGADO: 01/03/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : HC PEÇAS S/A
ADVOGADOS : LAURINDO LEITE JUNIOR
LEANDRO MARTINHO LEITE
AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : ELAINE COURA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : HC PEÇAS S/A
ADVOGADOS : LAURINDO LEITE JUNIOR
LEANDRO MARTINHO LEITE E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : ELAINE COURA E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin, acompanhando a Sra. Ministra Eliana Calmon, a Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Vencido o Sr. Ministro Castro Meira."

Os Srs. Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin (voto-vista) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, nos termos do Art. 162, § 2º, do RISTJ.