



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.312.486 - MG (2012/0044984-5)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : JOSÉ BENEDITO MIRANDA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MAKRO ATACADISTA S/A
ADVOGADO : MARCELO MAZON MALAQUIAS E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. CONCESSÃO DE CRÉDITO PRESUMIDO AO FORNECEDOR NA ORIGEM. PRETENSÃO DO ESTADO DE DESTINO EM LIMITAR O CREDITAMENTO DO IMPOSTO AO VALOR EFETIVAMENTE PAGO NA ORIGEM. DESCONSIDERAÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Esta Corte reconhece que o benefício fiscal concedido pelo Estado de origem não altera o cálculo do imposto devido, apenas resulta em recolhimento a menor em razão da concessão de crédito presumido; assim, deveria ser autorizado o creditamento devido ao estado destinatário.

2. Diferentemente do entendimento esposado pelo Tribunal de origem, o STJ já asseverou que, segundo orientação do STF, a ADI é 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, e não simplesmente autuar os contribuintes sediados em seu território. Precedentes: RMS 26.334/MT, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 24/5/2012; RMS 31.714/MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 19/9/2011; RMS 32.937/MT, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 13.12.2011; ADI 3312, Rel. Min. Eros Grau, DJ. 9.3.2007; e ADI 3389/MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ. 23.6.2006.

Agravo regimental improvido.

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: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco." Os Srs. Ministros Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques, Diva Malerbi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Desembargadora convocada TRF 3ª Região) e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.312.486 - MG (2012/0044984-5)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : JOSÉ BENEDITO MIRANDA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MAKRO ATACADISTA S/A
ADVOGADO : MARCELO MAZON MALAQUIAS E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo ESTADO DE MINAS GERAIS a desfavor da decisão monocrática de minha relatoria que apreciou recurso especial, com o objetivo de reformar acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 984, e-STJ):

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. AUTUAÇÃO FISCAL. VÍCIOS FORMAIS INEXISTENTES. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. INCENTIVO FISCAL CONCEDIDO POR OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. CONVÊNIO. INEXISTÊNCIA DE RATIFICAÇÃO PELO CONFAZ. APROVEITAMENTO DE CRÉDITO FICTÍCIO. INADMISSIBILIDADE. MULTAS FISCAIS. REGULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE LESÃO AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA CONTRIBUINTE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O auto de infração fiscal é documento público que goza da presunção 'iuris tantum' de veracidade. Assim, o infrator, ao apontar vícios formais, atrai para si o ônus da prova respectiva. Inexistente a prova pré-constituída, prevalece a presunção. 2. O ICMS é imposto não-cumulativo. O art. 2º da Resolução nº 3.166, de 2001, veda o aproveitamento de créditos relativos a operações de mercadorias beneficiadas em sua origem sem amparo em convênios no âmbito do CONFAZ. 3. A compensação com utilização de crédito fictício, representaria enriquecimento sem causa para o contribuinte, circunstância que a ordem jurídica não permite nem tolera. 4. Não se afiguram desproporcionais, desprovidas de razoabilidade ou excessivas, as multas cobradas dentro dos índices fixados pela legislação tributária pertinente. 5. Portanto, a exigência constante da autuação está correta e não lesou direito líquido e certo da contribuinte do ICMS. 6. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que denegou a segurança."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A decisão agravada conheceu em parte e deu parcial provimento ao recurso especial da agravada, nos termos da seguinte ementa (fl. 1178, e-STJ):

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IRREGULARIDADE ALEGADA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. EXORBITÂNCIA E DUPLICIDADE NA COBRANÇA DAS MULTAS. ACÓRDÃO CALCADO EM DIREITO LOCAL. SÚMULA 280/STF. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. CONCESSÃO DE CRÉDITO PRESUMIDO AO FORNECEDOR NA ORIGEM. PRETENSÃO DO ESTADO DE DESTINO DE LIMITAR O CREDITAMENTO DO IMPOSTO AO VALOR EFETIVAMENTE PAGO NA ORIGEM. DESCONSIDERAÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO EM PARTE."

O agravante alega que *"a jurisprudência dominante do âmbito do Supremo Tribunal Federal vem corroborar tese diametralmente oposta, qual seja: não há como um Estado-Membro autorizar o aproveitamento de crédito de ICMS oriundos de operação anterior ocorrida em Estado de origem que, à revelia do CONFAZ, concede ao contribuinte benefício fiscal, com o reflexo, na prática, em redução de alíquota"* (fl. 1196, e-STJ).

Assevera que *"o Fisco do Estado de Minas Gerais, ao glosar parcilamente (sic) o valor do ICMS do qual a Requerente pretendia se valer para fins de aproveitamento de crédito, o fez com espeque na Constituição da República (art. 155, § 2º, e I e XII, g, CR/88), em Lei Complementar (LC n. 24/75, art. 8º, I e II), em Lei Estadual (Lei n. 6.763/75 e em Resolução Estadual (Resolução n. 3.166/2001, art. 1º), todos os aludidos diplomas legais vigentes e destituídos de impugnação acerca de sua validade"* (fl. 1206, e-STJ).

Pugna para que, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, submeta-se o presente agravo à apreciação da Turma.

Dispensada a oitiva da agravada.

É, no essencial, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.312.486 - MG (2012/0044984-5)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. CONCESSÃO DE CRÉDITO PRESUMIDO AO FORNECEDOR NA ORIGEM. PRETENSÃO DO ESTADO DE DESTINO EM LIMITAR O CREDITAMENTO DO IMPOSTO AO VALOR EFETIVAMENTE PAGO NA ORIGEM. DESCONSIDERAÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Esta Corte reconhece que o benefício fiscal concedido pelo Estado de origem não altera o cálculo do imposto devido, apenas resulta em recolhimento a menor em razão da concessão de crédito presumido; assim, deveria ser autorizado o creditamento devido ao estado destinatário.

2. Diferentemente do entendimento esposado pelo Tribunal de origem, o STJ já asseverou que, segundo orientação do STF, a ADI é 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, e não simplesmente autuar os contribuintes sediados em seu território. Precedentes: RMS 26.334/MT, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 24/5/2012; RMS 31.714/MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 19/9/2011; RMS 32.937/MT, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 13.12.2011; ADI 3312, Rel. Min. Eros Grau, DJ. 9.3.2007; e ADI 3389/MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ. 23.6.2006.

Agravo regimental improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Não prospera a pretensão recursal de reforma da decisão prolatada.

Conforme consignado na análise monocrática, esta Corte Superior reconhece que o benefício fiscal concedido pelo Estado de origem não altera o cálculo do imposto devido, apenas resulta em recolhimento a menor em razão da concessão de crédito presumido; assim, deveria ser autorizado o creditamento devido ao estado destinatário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diferentemente do entendimento esposado pelo Tribunal de origem, o STJ já asseverou que, segundo orientação do STF, a ADI é 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, e não simplesmente autuar os contribuintes sediados em seu território.

Nesse sentido, as ementas dos seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. RESTRIÇÃO IMPOSTA POR DECRETO ESTADUAL DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. PRETENSÃO DE SE APROVEITAR CRÉDITOS DECORRENTES DO MECANISMO DA NÃO CUMULATIVIDADE, OS QUAIS NÃO FORAM APROVEITADOS EM MOMENTO OPORTUNO EM RAZÃO DA NORMA ESTADUAL MENCIONADA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO ESTABELECIDO NA SÚMULA 213/STJ.

1. A pretensão contida no presente mandamus refere-se ao aproveitamento de créditos decorrentes do mecanismo da não cumulatividade, sendo que tal aproveitamento é autorizado pelo art. 153, § 2º, I, da CF/88 e, no âmbito do Estado de Mato Grosso, a Lei Estadual 7.098/98 reproduz o preceito constitucional referido, com algumas explicitações. Por meio do Decreto Estadual 989/2003 - declarado inconstitucional pelo STF -, restringiu-se o aproveitamento em questão. Em suma, a impetrante (ora recorrente) comprovou o recolhimento do ICMS com a alíquota de 12%. No entanto, por força da restrição prevista no decreto estadual, utilizou apenas 7% como crédito fiscal.

2. Sobre o tema, as Turmas que integram a Primeira Seção/STJ, com base em orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal, tem entendido que, '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. Vide ainda: ADI 3312, Rel. Min. Eros Grau. DJ. 09.03.07 e ADI 3389/MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ. 23.06.06)' (RMS 31.714/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 19.9.2011; RMS 32.937/MT, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 13.12.2011).

3. Considerando que o pedido inicial é para que os créditos mencionados, não aproveitados no momento oportuno em virtude de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, sejam aproveitados nas operações futuras, é evidente que o aproveitamento dos créditos não encontra óbice nas Súmulas 269 e 271 do STF. Aplica-se o princípio estabelecido na Súmula 213/STJ: 'O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária'. Ressalte-se que 'o creditamento de ICMS na escrituração fiscal constitui espécie de compensação tributária, motivo pelo qual há de ser facultada a via do mandamus para obtenção desse provimento de cunho declaratório, em conformidade com o que dispõe a Súmula 213/STJ' (EREsp 727.260/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 23.3.2009; EREsp 1.020.910/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 8.6.2010).

4. Recurso ordinário provido."

(RMS 26.334/MT, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/5/2012, DJe 24/5/2012.)

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. CONCESSÃO DE CRÉDITO PRESUMIDO AO FORNECEDOR NA ORIGEM. PRETENSÃO DO ESTADO DE DESTINO DE LIMITAR O CREDITAMENTO DO IMPOSTO AO VALOR EFETIVAMENTE PAGO NA ORIGEM. DESCONSIDERAÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. LEI. AUTORIZAÇÃO. AUSÊNCIA.

1. O mandamus foi impetrado contra ato do Secretário de Estado da Fazenda, com o objetivo de afastar a exigência do Fisco de, com base no Decreto Estadual 4.504/04, limitar o creditamento de ICMS, em decorrência de incentivos ou benefícios fiscais concedidos pelo Estado de origem da mercadoria. Deve-se destacar que a discussão travada na lide não diz respeito à regularidade do crédito concedido na origem, mas à possibilidade de o ente estatal de destino obstar diretamente esse creditamento, autuando o contribuinte que agiu de acordo com a legislação do outro ente federativo.

2. Admite-se o mandado de segurança quando a impugnação não se dirige contra a lei em tese, mas contra os efeitos concretos derivados do ato normativo, o qual restringe o direito do contribuinte de efetuar o creditamento do ICMS.

3. Na hipótese, o Secretário de Estado da Fazenda possui legitimidade para figurar no feito, porquanto, nos termos do art. 22 da Lei Complementar Estadual nº 14/92, compete-lhe proceder à arrecadação e à fiscalização da receita tributária, atribuições que se relacionam diretamente com a finalidade buscada na ação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mandamental.

4. *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. Dessa feita, o creditamento do ICMS em regime de não-cumulatividade prescinde do efetivo recolhimento na etapa anterior, bastando que haja a incidência tributária.*

5. *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. Vide ainda: ADI 3312, Rel. Min. Eros Grau. DJ. 09.03.07 e ADI 3389/MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ. 23.06.06).*

6. *A compensação tributária submete-se ao princípio da legalidade estrita. Dessa feita, não havendo lei autorizativa editada pelo ente tributante, revela-se incabível a utilização desse instituto. Precedentes.*

7. *Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte."*

(RMS 31.714/MT, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 3/5/2011, DJe 19/9/2011.)

Ante o exposto, não tendo o agravante trazido argumento capaz de infirmar a decisão agravada, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0044984-5

AgRg no
REsp 1.312.486 /
MG

Números Origem: 01288565201019 10702096667291 10702096667291004 1288565201019
66672914220098130702 702096667291 702096667591

PAUTA: 06/12/2012

JULGADO: 06/12/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MAKRO ATACADISTA S/A
ADVOGADO : MARCELO MAZON MALAQUIAS E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : JOSÉ BENEDITO MIRANDA E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : JOSÉ BENEDITO MIRANDA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MAKRO ATACADISTA S/A
ADVOGADO : MARCELO MAZON MALAQUIAS 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:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques, Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região) e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.