



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1003514-02.2017.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Anulação de Débito Fiscal**
 Requerente: **Textil Rossignolo Ltda**
 Requerido: **"Fazenda Pública do Estado de São Paulo"**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Gabriela Müller Carioba Attanasio**

Vistos.

Trata-se de Ação Anulatória de Débito Fiscal ajuizada por **FIAÇÃO ROSSIGNOLO LTDA** em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, alegando, em síntese, que: dentre suas atividades, dedica-se à preparação, fiação e comercialização de fibras de algodão e, para tanto, adquire insumos de fornecedores situados em diversos Estados, dentre os quais, os Estados do Mato Grosso e Tocantins; em 14/03/2017, foi cientificada do AIIM nº 4.090.474-0, lavrado em 13/03/2017, por agentes fiscais da fazenda pública ré, sob a alegação de creditamento parcialmente indevido de ICMS, no período de 03/2013 a 02/2015, referente ao ICMS devido pela entrada de mercadorias no seu estabelecimento, oriundas de fornecedores do Mato Grosso; o ICMS destacado nos documentos fiscais o foi sob a alíquota de 12%, todavia, os fornecedores do Mato Grosso foram beneficiados com crédito presumido de modo que a carga tributária final foi equivalente a 3% sobre o valor da operação, tendo essa alíquota efetivamente sido cobrada naquele ente federativo; foi, ainda, cientificada, em 14/03/2017, do AIIM nº 4.090.391-6, lavrado em 13/03/2017, por agentes fiscais da FESP, sob a alegação de creditamento parcialmente indevido de ICMS do mês de agosto de 2013, referente ao ICMS devido pela entrada de mercadorias no seu estabelecimento, oriundas de fornecedores de Tocantins; o benefício fiscal autorizado pelo Estado de Tocantins permite que o contribuinte aproprie-se de crédito fiscal presumido de 75% sobre o valor apurado do ICMS, tendo havido benefício fiscal correspondente a 16.24% do ICMS.

Ocorreu, contudo, que os benefícios fiscais dos Estados de Mato Grosso e de Tocantins foram concedidos sem aprovação pelo CONFAZ, de maneira que o crédito fiscal que lhe foi atribuído, como recebedora das mercadorias, foi considerado ineficaz, nos


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

termos do art. 8º, I da LC 24/1975, pois somente poderia ter se creditado com base na alíquota efetivamente cobrada. O levantamento fiscal, contudo, é nulo, pois fundado em uma mera presunção de que houve o crédito presumido nos Estados de Mato Grosso e de Tocantins, porquanto nenhuma prova documental foi produzida, administrativamente, nesse sentido; há caráter confiscatório da exigência do ICMS à vista do princípio constitucional da não-cumulatividade; não houve infringência do art. 59, § 2º do RICMS, pois os agentes fiscais não comprovaram que efetivamente os benefícios fiscais do Mato Grosso e do Tocantins foram utilizados pelas fornecedoras da autora; a única exceção é a hipótese prevista no art. 155, § 2º, II da CF, ou seja, de isenção ou não incidência, não sendo o caso dos autos, sendo que a regra do art. 8º, I da LC 24/1975, por sua vez, não foi recepcionada pela CF, já que o art. 155, § 2º, XXII não atribuiu ao legislador complementar a possibilidade de vedar a apropriação de créditos do ICMS e a LC 87/96 somente afasta o creditamento no caso de isenção ou não incidência. Além disso, não pode o Estado de São Paulo presumir a inconstitucionalidade dos benefícios concedidos pelos referidos Estados e glosar unilateralmente o creditamento efetivado, pois isso depende de declaração de inconstitucionalidade pelo STF; subsidiariamente, sustenta que a multa imposta deve ser relevada, pois agiu sem culpa, dolo ou fraude, aplicando-se o disposto nos arts. 92 e 527-A da Lei Estadual nº 6.374/89; ou minorada, com fundamento nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade; ainda, subsidiariamente, que os juros moratórios devem ser limitados à taxa SELIC, vez que os juros previstos na legislação estadual devem respeitar o teto daqueles aplicados pela União Federal.

Pela decisão de pp. 365, foi suspensa a exigibilidade do crédito tributário, ante o seu depósito integral pela autora.

Contestação às pp. 379/411, alegando a ré: (a) ausência de interesse processual pois não exaurida a via administrativa; (b) a validade dos autos de infração, porquanto as concessões, pelos Estados de Mato Grosso e Tocantins, de crédito presumido aos fornecedores da autora, outra coisa não são que concessão de isenção, nos termos do art. 155, § 2º, II da CF. A glosa efetivada está amparada no art. 8º, I da LC nº 24/1975, que foi recepcionada pela CF. Não se viola a não-cumulatividade, vez que, para que exista o direito ao crédito, é necessário que o tributo tenha sido efetivamente devido ao Estado de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

origem. Quanto à multa, foi imposta regularmente. E os juros cobrados tem previsão legal em norma não inconstitucional.

Réplica apresentada às pp. 414/438.

É o relatório. Decido.

Julgo o pedido na forma do art. 355, I do CPC-15, uma vez que não há necessidade de produção de outras provas, valendo lembrar que, "presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder" (STJ, REsp 2.832-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 04/12/91).

Adota-se como fundamentos para decidir os utilizados pelo i. Juiz auxiliar, Dr. Daniel Felipe Scherer Borborema, quando do julgamento da Ação Anulatória de Débito Fiscal ajuizada pela requerente contra a FESP (Proc. nº1012722-44.2016.8.26.0566), envolvendo situação idêntica à tratada nestes autos, conforme se verá a seguir.

Há **interesse processual**, vez que, nos termos do art. 38, parágrafo único da LEF, a propositura desta ação anulatória acarretou a "renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto", ou seja, passou a discussão a ser estritamente judicial, o que é admitido. Se não bastasse, a fazenda pública, após a preliminar, veio a sustentar a correção, no mérito, do lançamento tributário, de modo que se faz presente a pretensão resistida, autorizando a intervenção judicial para a solução da controvérsia.

Ingresso no mérito.

A questão em debate será objeto de julgamento pelo STF no RExt nº 628.075, cuja **repercussão geral** foi reconhecida pelo colegiado em julgado de 13.10.2011; até lá, cabe a este juízo examinar a matéria, em conformidade com a legislação e a jurisprudência majoritária.

É bem provável, e praticamente certo, que os benefícios fiscais de crédito presumido concedidos pelos Estados de Mato Grosso e de Tocantins sejam inconstitucionais, ante a jurisprudência pacífica do STF no sentido de que "**não pode o Estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, de modo unilateral, mediante**


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio intergovernamental no âmbito do CONFAZ" (ADI 3803, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 01/06/2011).

Todavia, o fato de o crédito presumido concedido pelos referidos Estados ser ilegal ou inconstitucional, de qualquer modo indevido, **não significa que seja legítima a conduta do fisco paulista de não aceitar o creditamento efetivado pela autora.**

Sobre o ICMS, estabelece o art. 155, § 2º, I da CF o **princípio da não-cumulatividade**, segundo o qual o imposto “será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado e pelo Distrito Federal”.

O uso da expressão “cobrado”, pelo dispositivo, é atécnico e impreciso.

A doutrina esclarece que **“a compensação não se dá por força do imposto cobrado na operação anterior mas do imposto incidente. O imposto poderá nunca ser cobrado, mas gerará direito a crédito, posto que a incidência é aquela determinadora do crédito”**. (MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. Vol. 6. Tomo I. Saraiva. São Paulo: 1990. p. 397).

A impropriedade da linguagem, convém ressaltar, repetiu-se no dispositivo equivalente do IPI, qual seja, o art. 153, § 3º, II (“será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores”), a propósito do qual ensina PAULO DE BARROS CARVALHO: **“A literalidade da interpretação do vocábulo cobrado, utilizado no dispositivo da epígrafe, induz o exegeta a pensar que o direito ao crédito decorre da extinção da obrigação tributária. A asserção é falsa (...). A regra-matriz de incidência tributária e a regra-matriz de direito ao crédito incidem sobre o acordo de vontades que perfaz o negócio jurídico de compra e venda. Desse suporte fático, propiciador de dois cortes diferentes, suscitando fatos jurídicos distintos, é que surgem, respectivamente, a obrigação tributária e a regra-matriz de direito ao crédito. Fique certo, todavia, que o pagamento dos valores correspondentes, cobrados ou não, é irrelevante para a fenomenologia normativa. Alás, tanto é assim que próprio Código Tributário Nacional, no art. 118, determina que a validade do fato gerador independe da validade jurídica e dos efeitos dos atos**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

efetivamente praticados pelo contribuinte. É despiciendo saber se houve ou não o cálculo do IPI embutido no valor do produto para justificar o direito ao crédito. Este não decorre da cobrança, nem da incidência, nem do pagamento do imposto; nasce da **percussão da regra de direito ao crédito.**” (in Isenções Tributárias do IPI em face do Princípio da Não-Cumulatividade. RDDT nº 33, junho/98).

Temos, portanto, que não é relevante perquirir se no Mato Grosso e no Tocantins o ICMS foi efetivamente cobrado e recolhido do contribuinte com sede naqueles estados, que forneceu às mercadorias à autora. **O direito da autora de creditar-se do montante equivalente à etapa anterior leva em conta o imposto incidente – não o cobrado ou recolhido - naquela etapa.**

Mas poderia surgir dúvida sobre o que se deve entender por “imposto incidente” no caso de o Estado de origem instituir **benefícios fiscais** que reduzem o montante efetivamente recolhido pelo contribuinte.

A solução para essa questão deve ser buscada **no próprio texto constitucional**, a fim de que encontrar resposta que atenda a parâmetros **jurídicos**, e não econômicos, políticos ou estritamente morais de interpretação.

Para tal análise, três parâmetros devem ser considerados.

Em primeiro lugar, a consideração de que **a não-cumulatividade é considerada a regra, e não a exceção**, na sistemática arrecadatória do ICMS, a recomendar cautela no uso de expedientes analógicos para ampliar hipóteses de cumulatividade.

Em segundo lugar, a circunstância de que, como visto acima a partir dos ensinamentos da doutrina, **o norte de interpretação da não-cumulatividade está sobre a incidência ou o nascimento da relação jurídico-tributária, e não sobre o lançamento, a cobrança ou o recolhimento.** Ora, não há dúvida de que no caso de crédito presumido, favor fiscal concedido aqui ao alienante da mercadoria, ocorre a incidência da regra-matriz e nasce a relação jurídico-tributária. O imposto não deixa de incidir.

Em terceiro lugar, e alinhando-se aos dois fundamentos precedentes, o fato de que a própria Constituição Federal trouxe a situação em que a não-cumulatividade é afastada, qual seja, a da **isenção e da não incidência**, no art. 155, § 2º, II, “a”,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

inconfundíveis com o crédito presumido em discussão nos autos.

Por tal razão, **a regra prevista no art. 8º, I da LC nº 24/75 não foi recepcionada pela CF**, vez que estabelece uma hipótese de não-cumulatividade em incompatível com o regramento constitucional e, por conseguinte, com o princípio da não-cumulatividade.

Se não bastasse, há que se levar em conta, no contexto da guerra fiscal, **a ausência de fundamento jurídico válido para o adquirente do imposto ter que suportar encargo tributário não recolhido pelo alienante por força de benefício fiscal concedido a este por seu ente federativo, normalmente com base em lei.**

Exigir do adquirente, por ocasião do negócio privado, a investigação da constitucionalidade da lei que amparou benefício fiscal concedido ao alienante no Estado deste é **romper com a lógica das relações privadas** numa medida inaceitável.

A **guerra fiscal** é fenômeno que envolve os entes federativos e **o fardo por ela gerado não deve ser suportado pelos particulares**, mormente os de boa-fé.

Reporto-me aos fundamentos apresentados com propriedade pelo Min. BENEDITO GONÇALVES, do STJ, no RMS nº 38.041/MG, cuja leitura é indispensável.

Não há nenhum empecilho para que o Estado prejudicado com o benefício fiscal concedido por outro **ajuíze a ADIN necessária, junto ao STF**, objetivando inclusive a suspensão liminar dos efeitos da norma inconstitucional porque não amparada em convênio autorizado no âmbito do CONFAZ. **O problema em pauta envolve o pacto federativo e deve ser disputado por aqueles que o integram.**

Sem contar, ademais, que a adoção sistemática da glosa de creditamentos na forma em discussão dos autos, usualmene acompanhada de pesadas multas punitivas ou moratórias que costumam dobrar o encargo tributário, gera o **efeito perverso de o adquirente da mercadoria ser fomentado ou compelido a discriminar seus fornecedores levando em contra a sua origem**, em descompasso com um dos objetivos fundamentais da República, inscrito no art. 3º, IV da Constituição Federal.

Acompanho, pois, o entendimento atualmente prevalecente no Superior Tribunal de Justiça, conforme precedentes a seguir:


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

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. (AgRg no REsp 1312486/MG, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2ªT, j. 06/12/2012)

TRIBUTÁRIO. ICMS. GUERRA FISCAL. BENEFÍCIO CONCEDIDO SEM CONVÊNIO INTERESTADUAL. NULIDADE. ART. 8º, I, DA LC 24/1975.


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

INEXISTÊNCIA DE ADIN. RECONHECIMENTO DO CRÉDITO. 1. É conhecida a jurisprudência do egrégio STF pela inconstitucionalidade de normas estaduais que admitem benefícios sem convênio autorizativo. Os créditos presumidos ou fictícios assim concedidos são nulos, nos termos do art. 8º, I, da LC 24/1975. 2. A Segunda Turma reconheceu a impossibilidade de aproveitamento desses créditos, ao julgar o AgRg no Ag 1.243.662/MG (Rel. Min. Eliana Calmon, j. 1º.3.2011). 3. **Entretanto, o colegiado reviu esse entendimento para impor a observância do crédito fictício pelo Estado de destino, acolhendo a tese de que a inconstitucionalidade deve ser previamente declarada em ADIn específica, relativa à lei do Estado de origem** (RMS 31.714/MT, j. 3.5.2011, rel. Min. Castro Meira). 4. Recurso Ordinário provido. (RMS 32.453/MT, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ªT, j. 07/06/2011)

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


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

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 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.


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

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, 2ªT, j. 03/05/2011)

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. GUERRA FISCAL. TENSÃO CRIADA ENTRE OS SISTEMAS TRIBUTÁRIOS DOS ESTADOS FEDERADOS DO BRASIL. CONFAZ. NECESSIDADE DE SOLUÇÃO PELA VIA JURISDICIONAL, COM AFASTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. RECURSO PROVIDO. 1. A impropriamente denominada guerra fiscal é um mecanismo legítimo dos Estados periféricos do capitalismo brasileiro, para tornar atraentes as operações econômicas com as empresas situadas em seus territórios; a exigência de serem as Resoluções do CONFAZ aprovadas por unanimidade dá aos Estados centrais o poder de veto naquelas deliberações, assim criando a tensão entre os sistemas tributários dos Estados Federados do Brasil. 2. **Somente iniciativas judiciais, mas nunca as apenas administrativas, poderão regular eventuais conflitos de interesses (legítimos) entre os Estados periféricos e os centrais do sistema tributário nacional, de modo a equilibrar as relações econômicas entre eles, em condições reciprocamente aceitáveis.** 3. Recurso provido. (RMS 38.041/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Ac. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1ªS, j. 28/08/2013)

No mesmo sentido, os seguintes precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual reconhece-se que o debate não está pacificado:


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. Pretensão voltada à anulação de Auto de Infração e Imposição de Multa, constituído sob o fundamento de ter a autora se creditado integralmente do ICMS destacado em documento fiscal emitido por empresa de Santa Catarina, beneficiária de crédito presumido, equivalente a 75% sobre as saídas de mercadorias importadas. Cabimento. **"Se o 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 Tribunal Federal, por meio de ADIn, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo de outro Estado e não simplesmente autuar os contribuintes sediados em seu território"**. STJ, precedentes. Não obstante a polêmica que atualmente envolve a questão, até que o STF venha a dar a última palavra, em sede repercussão geral, já admitida no RE 628.075, a orientação emanada da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça impõe-se como a mais acertada ao caso, pois, **nessa situação de verdadeira guerra fiscal, descabe penalizar o contribuinte cumpridor de suas obrigações tributárias**. Sentença de improcedência. Decisório que não merece subsistir. Recurso da autora provido, prejudicado o recurso da FESP (TJSP, 0032994-68.2013.8.26.0053, Rel. Paulo Dimas Mascaretti, 8ª Câmara de Direito Público, j. 11/02/2015)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - Auto de Infração e Imposição de Multa - DIREITO TRIBUTÁRIO - ICMS - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - Benefício fiscal outorgado pelo Distrito Federal - Creditamento de ICMS considerado indevido pela Fazenda do Estado - Créditos presumidos do ICMS - **Benefício**


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

fiscal concedido pelo Estado de origem da mercadoria aos contribuintes do imposto situados no seu território, sem apreciação pelo CONFAZ – Creditamento da totalidade do ICMS destacado nas notas fiscais de mercadorias entradas no estabelecimento – Atuação do fisco que carece de legitimidade – Contribuinte do imposto que não pode ser penalizado pela concessão de benefícios fiscais por outro Estado, sem observância da legislação aplicável à espécie – O Estado que se sentir prejudicado pela concessão de benefício fiscal por outro ente federativo, de forma unilateral, deve questionar o benefício em ação própria – Precedentes jurisprudenciais do STJ e desta Câmara de Direito Público – Honorários advocatícios fixados em R\$50.000,00, nos termos do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil - Sentença reformada – Recurso de apelação da autora provido e julgado prejudicado o recurso de apelação da FESP. (TJSP, 1021214-46.2015.8.26.0053, Rel. 8ª Câmara de Direito Público, j. 19/10/2016)

AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – ICMS – OPERAÇÃO INTERESTADUAL – guerra fiscal – CONCESSÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIOS FISCAIS SEM PRÉVIA CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO INTERGOVERNAMENTAL, nos termos da Lei Complementar 24/75 – AUTUAÇÃO FISCAL PAULISTA pelo creditamento tido como indevido. ICMS – MECANISMO DE REAÇÃO À GUERRA FISCAL – ILEGITIMIDADE – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CUMULATIVIDADE – Creditamento do imposto oriundo de incentivo fiscal concedido por outro Estado da Federação ao contribuinte – Não é dado ao Estado de destino, mediante glosa



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

à apropriação de créditos nas operações interestaduais, negar efeitos aos créditos apropriados pelos contribuintes – "Se o 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 Tribunal Federal, por meio de ADIn, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo de outro Estado e não simplesmente autuar os contribuintes sediados em seu território" – Orientação consolidada nos Tribunais Superiores – Ilegitimidade da glosa imediata dos créditos de ICMS sem a propositura de ADI – Violação ao princípio da não-cumulatividade. Sentença de improcedência reformada por acórdão não unânime. Embargos Infringentes Fazenda do Estado de São Paulo não providos. (TJSP, 0013493-36.2010.8.26.0053, Rel. Leonel Costa, 8ª Câmara de Direito Público, j. 15/06/2016)

Julgo procedente o pedido, para anular integralmente os débitos fiscais objeto dos Autos de Infração e Imposição de Multa nºs 4.090.474-0 e 4.090.391-6, condenando a ré em custas e despesas de reembolso e honorários advocatícios, que fixo, nos moldes do art. 85, §§3º e 5º do CPC, em 10% sobre o valor atualizado da causa na faixa inicial prevista no art. 85, §4º, I do CPC; em 08% sobre o valor atualizado da causa na faixa prevista no art.85, §4º, II do CPC e em 5% sobre o valor atualizado da causa na faixa prevista no art. 85, §4º,III do CPC.

P. I.

São Carlos, 19 de junho de 2017.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
 CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**