



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: **1008563-58.2016.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Anulação de Débito Fiscal**
 Requerente: **ELETROLUX DO BRASIL SA**
 Requerido: **FAZENDA PUBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

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

Vistos.

Trata-se de Ação Anulatória, com pedido de antecipação parcial da tutela provisória de urgência, proposta por **ELECTROLUX DO BRASIL S/A**, em face da **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, com o objetivo de anular o AIIM nº 3.150.839-0 que exige suposto débito a título de ICMS em decorrência do estorno de créditos originários da entrada de insumos gerados pela remessa de produtos às Áreas de Livre Comércio e pelo aproveitamento de créditos de ICMS quando de mercadoria a título de bonificação. Alega, ainda, inconstitucionalidade e abusividade do critério de correção adotado quando da lavratura do referido AIIM.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 37-333.

Houve antecipação parcial dos efeitos da tutela, condicionada ao oferecimento de caução idônea (fls. 334-338), a qual foi deferida (fl. 865) diante da concordância da FESP (fls. 859-862).

A FESP acostou aos autos cópia do AIIM 3.150.839-0 (fls. 418-772).

A requerida contestou, às fls. 380-417, arguindo, em síntese, que: **I)** a requerente não faz alusão aos itens 1 e 2 do AIIM, do que se depreende concordância com a exigência do imposto; **II)** é pacífico o entendimento do STJ de que devem ser estornados créditos do ICMS na saída de mercadorias com isenção ao pagamento do aludido tributo; **III)** se as mercadorias vendidas pela autora para ALC estavam isentas do pagamento do imposto, ela deveria proceder ao estorno dos créditos relativos às entradas em seu estabelecimento; **IV)** foi respeitada a decisão do mandado de segurança, tendo sido autuada apenas a falta de estorno dos créditos referentes às saídas bonificadas. Não há, na decisão



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

proferida, nenhuma disposição no sentido de manutenção dos créditos referentes a essas saídas; V) as operações de saídas de bonificações não foram tributadas e, de acordo com o art. 67, III, do RICMS/00, a autuada deveria ter estornado o crédito anteriormente apropriado.

Houve réplica às fls. 845-858.

A autora regularizou a representação processual juntando Procuração (fls. 868-869) e trouxe aos autos os documentos de fls. 872-886.

É O RELATÓRIO.

PASSO A FUNDAMENTAR E DECIDIR.

O processo pode ser julgado no estado em que se encontra, sobretudo porquanto desnecessária a produção de outras provas para convencimento judicial sobre a questão (artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil).

O pedido comporta parcial acolhimento.

A empresa-autora tem como objeto social a industrialização e o comércio de peças e aparelhos, máquinas, motores, componentes e correlatos de fogões, fornos a gás, refrigeradores, aspiradores de pó, enceradeiras, máquinas de lavar, ejetoras de alta pressão para limpeza de instalações industriais, artefatos de plástico e de metal, materiais e artigos elétricos, estamparia, fundição e mecânica, EPIs, além de reparos, manutenção e montagem de tais produtos, destinando-os, dentre outras localidades, às áreas de livre comércio, que gozam de benefícios fiscais, como, por exemplo, a isenção do ICMS incidente sobre a operação de circulação de mercadorias a elas destinados.

Segundo a autora, a peculiaridade dessas unidades territoriais permitiria a equiparação a áreas de exportação, viabilizando, pois, o creditamento do ICMS na origem como forma de garantir a efetivação do princípio da não-cumulatividade, nos termos do art. 155, § 2º, inciso X, *a*, da CF/88.

Contudo, lhe foi imposto o Auto de Infração e Imposição de Multa n.º 3.150.839-0, por infração ao art. 67, inciso III, do RICMS/00, o que deu ensejo ao ajuizamento da presente demanda.

De acordo com o mencionado art. 67, inciso III, “*o contribuinte deve proceder ao estorno do imposto de que se tiver creditado, sempre que o serviço tomado ou*


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

a mercadoria entrada no estabelecimento for integrada ou consumida em processo de industrialização ou produção rural, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto, sendo esta circunstância imprevisível à data de entrada da mercadoria ou à utilização do serviço”.

A Constituição Federal atribuiu à legislação infraconstitucional, por meio de art. 155, §2º, XII, g, a regulamentação dos casos gerais de isenção, incentivos e outros benefícios fiscais relativos aos impostos, que, para o ICMS, apresenta-se na figura dos convênios, consistente em ato de deliberação conjunta dos Estados e do Distrito Federal.

Como forma de conferir concretude às disposições constitucionais relativas às regras de isenção do ICMS, sobreveio a edição da Lei Complementar Federal nº 87/96 (cuja previsão foi incorporado pelo Decreto nº 45.490/00, art. 67, III) e, no âmbito paulista, adveio a Lei Estadual nº 6.374/89, a qual estabeleceu em seu art. 41, inciso III, seguindo a mesma inteligência do art. 21, II, da legislação federal, *in verbis*:

LC nº 87/96, art. 21. *O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:*

(...)

II - for integrada ou consumida em processo de industrialização, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto

LE nº 6.374/89, artigo 41 - *O contribuinte deve proceder ao estorno do imposto de que se tenha creditado, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento para comercialização ou para industrialização ou, ainda, para prestação de serviço, conforme o caso:*

(...)

III - seja integrada ou consumida em processo de industrialização de produto cuja saída não seja tributada ou esteja isenta do imposto.

Infere-se, portanto, que a regra da não cumulatividade disposta no art. 155, §2º, I, da CF/88, foi “excepcionada” quando a operação seguinte da cadeia de circulação da mercadoria/serviço for objeto de isenção fiscal, sendo que, neste caso, o crédito de ICMS gerado para a empresa remetente da mercadoria/serviço deveria ser estornado.


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

Pontuadas essas premissas, imprescindível esclarecer que o Convênio 93/08 estabeleceu a impossibilidade de manutenção dos créditos na origem, nos termos da inserção do parágrafo único da cláusula primeira do Convênio 52/92:

"Cláusula Primeira - Fica acrescentado o parágrafo único à cláusula primeira do Convênio ICMS 52/92, de 25 de junho de 1992, com a seguinte redação: "Parágrafo único. Não será permitida a manutenção dos créditos na origem". [grifei]

Sendo assim, a remessa de mercadorias às Áreas de Livre Comércio não mais permitem a manutenção dos créditos de ICMS nas operações anteriores.

Ademais, o Decreto Federal nº 288/67, que criou a Zona Franca de Manaus, destinou-se, exclusivamente, a lhe dar tratamento fiscal diferenciado, não podendo, dessa forma, ser aplicada, analogicamente, idêntica previsão para os demais territórios de mesma natureza, pois, para estes, foram editadas legislações específicas: Leis Federais nº 8.857/1994, 8.387/1991, 8.256/1991, 8.210/1991 e 7.965/1989.

Frise-se, ainda, que a tese da demandante, no sentido de tentar equiparar as transações efetuadas com as áreas de livre comércio, como se exportações fossem, nos termos do art. 4º, do Decreto Lei 288/66, o que viabilizaria a retenção do imposto gerado nas operações anteriores (art. 155, inciso X, *a*, da CF/88), não prospera em face da incompatibilidade com sistema jurídico.

A Colenda Corte Paulista perfilha este entendimento, como retratam ementas de recentes julgamentos:

AÇÃO DECLARATÓRIA – ESTORNO DE CRÉDITO DE ICMS – OPERAÇÕES DE REMESSA DE MERCADORIAS À ÁREA DE LIVRE COMÉRCIO – Pretensão da autora em promover a manutenção dos créditos de ICMS relativos às operações de remessa de mercadorias para Áreas de Livre Comércio de Estados localizados na Região Norte do País – Impossibilidade – Descabimento da equiparação dos benefícios concedidos à Zona Franca de Manaus às Áreas de Livre Comércio – Quadro normativo de incentivo à Zona Franca de Manaus, constitucionalizado pelo artigo 40 do ADCT, aproxima-se ao conceito de imunidade tributária e difere da isenção legal, nos termos da Adin 310, julgada pelo C. Supremo Tribunal Federal - Dever de estorno que decorre de lei - Ausência de Convênios que permitam a pretendida manutenção dos créditos tributários –



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

Entendimento deste E. Tribunal de Justiça – Sentença de improcedência da ação mantida. Recurso de apelação da autora não provido.

(Apelação nº 1007152- 98.2015.8.26.0053, Relator(a): Leonel Costa; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 15/02/2017; Data de registro: 16/02/2017) [grifei]

APELAÇÃO AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA ICMS - COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS DESTINADOS À ÁREA DE LIVRE COMÉRCIO Pretensão inicial voltada ao reconhecimento do direito de creditamento do ICMS na origem, em operações de comercialização de produtos destinados à área de livre comércio impossibilidade dever de estorno que decorre da lei situação não equivalente às operações de exportação condição peculiar da Zona Franca de Manaus que não serve de paradigma para o caso sub judice respeito ao Pacto Federativo sentença de improcedência mantida. Recurso da autora improvido.

(Apelação nº 0017376-36.2010.8.26.0038, Relator(a): Paulo Barcellos Gatti; Comarca: Araras; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 31/03/2014; Data de registro: 01/04/2014) [grifei]

Por fim, observa-se, pelos itens 3 e 4 do AIIM, que foi observado o Mandado de Segurança nº 543/2006, ajuizado perante a Fazenda Pública de Araraquara, pois foi autuada apenas a falta de estorno referente às saídas bonificadas, nos termos do art. II, § 2º, art. 155, da Carta Magna e do art. 67, do Decreto 45.490/2000.

Desta maneira, não há como afastar a obrigação tributária que recaiu sobre a requerente.

Por outro lado, no tocante à alegação de inconstitucionalidade e abusividade no critério de correção adotado para o crédito tributário, a tese da autora merece guarida. A inconstitucionalidade do índice de juros aplicado pelo Estado de São Paulo é questão reconhecida pelo E. TJSP, como pode ser visto abaixo:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE Arts. 85 e 96 da Lei Estadual nº 6.374/89, com a redação dada pela Lei Estadual nº 13.918/09 Nova sistemática de composição dos juros da mora para os tributos e multas estaduais (englobando a correção monetária) que estabeleceu taxa de 0,13% ao dia, podendo ser reduzida por ato 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**

Secretário da Fazenda, resguardado o patamar mínimo da taxa SELIC Juros moratórios e correção monetária dos créditos fiscais que são, desenganadamente, institutos de Direito Financeiro e/ou de Direito Tributário Ambos os ramos do Direito que estão previstos em conjunto no art. 24, inciso I, da CF, em que se situa a competência concorrente da União, dos Estados e do DF §§ 1º a 4º do referido preceito constitucional que trazem a disciplina normativa de correlação entre normas gerais e suplementares, pelos quais a União produz normas gerais sobre Direito Financeiro e Tributário, enquanto aos Estados e ao Distrito Federal compete suplementar, no âmbito do interesse local, aquelas normas STF que, nessa linha, em oportunidades anteriores, firmou o entendimento de que os Estados-membros não podem fixar índices de correção monetária superiores aos fixados pela União para o mesmo fim (v. RE nº 183.907-4/SP e ADI nº 442) CTN que, ao estabelecer normas gerais de Direito Tributário, com repercussão nas finanças públicas, impõe o cômputo de juros de mora ao crédito não integralmente pago no vencimento, anotando a incidência da taxa de 1% ao mês, "se a lei não dispuser de modo diverso" Lei voltada à regulamentação de modo diverso da taxa de juros no âmbito dos tributos federais que, destarte, também se insere no plano das normas gerais de Direito Tributário/Financeiro, balizando, no particular, a atuação legislativa dos Estados e do DF Padrão da taxa SELIC que veio a ser adotado para a recomposição dos créditos tributários da União a partir da edição da Lei nº 9.250/95, não podendo então ser extrapolado pelo legislador estadual Taxa SELIC que, por sinal, já se presta a impedir que o contribuinte inadimplente possa ser beneficiado com vantagens na aplicação dos valores retidos em seu poder no mercado financeiro, bem como compensar o custo do dinheiro eventualmente captado pelo ente público para cumprir suas funções Fixação originária de 0,13% ao dia que, de outro lado, contraria a razoabilidade e a proporcionalidade, a caracterizar abuso de natureza confiscatória, não podendo o Poder Público em sede de tributação agir imoderadamente Possibilidade, contudo, de acolhimento parcial da arguição, para conferir interpretação conforme a Constituição, em consonância com o julgado precedente do Egrégio STF na ADI nº 442 Legislação paulista questionada que pode ser considerada compatível com a CF, desde que a taxa de juros adotada (que na atualidade engloba a correção monetária), seja igual ou inferior à utilizada pela União para o mesmo fim Tem lugar, portanto, a declaração de inconstitucionalidade da interpretação e aplicação que vêm sendo dada pelo Estado às normas em causa, sem alterá-las gramaticalmente, de modo que seu alcance valorativo fique adequado à Carta Magna (art. 24, inciso I e § 2º) Procedência parcial da arguição. (TJSP. Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000 Suscitante: 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Interessadas: Fazenda do Estado de São Paulo e Distribuidora Automotiva S/A.)

Ante o exposto, julgo extinto o processo, com resolução do mérito e



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

PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para tão somente determinar que os débitos descritos na inicial da execução sejam elaborados nos termos da decisão do Órgão Especial do E. TJSP, excluindo do cálculo os juros previstos nos artigos 85 e 96 da Lei Estadual nº 6.374/1989 com redação dada pela Lei nº 13.918/2009, confirmando-se a tutela antecipada.

Tendo havido sucumbência em menor grau da ré, condeno as partes a ratear as custas, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor dado à causa, tudo na proporção de 90% para a autora e 10% para a requerida, sendo esta isenta de custas, na forma da lei.

P. I.

São Carlos, 17 de abril de 2017.

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