

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.453 - MT (2010/0118311-2)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : VIVO S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO
RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : FÁBIO MARCEL VANIN TURCHIARI E OUTRO(S)

EMENTA

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

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, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de junho de 2011(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.453 - MT (2010/0118311-2)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : VIVO S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO
RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : FÁBIO MARCEL VANIN TURCHIARI E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Ordinário interposto contra acórdão assim ementado (fls. 341-342):

MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - CREDITAMENTO INTEGRAL DE ICMS - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA - CARÊNCIA DA AÇÃO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E POR IMPETRAÇÃO GENÉRICA EFEITOS FUTUROS - ANÁLISE EM CONJUNTO COM O MÉRITO - MERCADORIAS REMETIDAS DE OUTRAS UNIDADES FEDERADAS CONTEMPLADAS COM BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS SEM PRÉVIO CONVÊNIO AUTORIZATIVO - APLICABILIDADE DA LEI ESTADUAL Nº 7.098/98 E DO DECRETO Nº 4.540/05 - LEGISLAÇÃO AMPARADA NOS ARTS. 150, § 6º E 155, § 2º, XII, "G", DA CF E NA LEI COMPLEMENTAR Nº 24/75 - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE NÃO CONFIGURADA - INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO - COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA - INEXISTÊNCIA DE LEI AUTORIZATIVA NO ESTADO DE MATO GROSSO - IMPOSSIBILIDADE - SEGURANÇA DENEGADA.

1. O Secretário de Estado de Fazenda de Mato Grosso possui competência para figurar no pólo passivo do mandado de segurança, pois é ele quem responde pelas consequências administrativas do ato impugnado e detém legitimidade para corrigir eventual distorção.

2. O Decreto Estadual nº 4.540/2004 é perfeitamente atacável pela via do mandado de segurança, por trazer em seu bojo a limitação da utilização de créditos de ICMS.

3. Nos termos dos arts. 1º e 8º, I, da Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, a validade de quaisquer benefícios, incentivos ou favores financeiros-fiscais relativos ao ICMS, que resulte em redução ou eliminação, direta ou indireta, do ônus do imposto, condiciona-se à obrigatória celebração e ratificação de convênios autorizativos pelos Estados membros e o Distrito Federal no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ.

4. Com base nessa premissa, não se mostra ilegal ou arbitrária a limitação do aproveitamento do crédito de ICMS ao valor efetivamente pago no Estado de origem das mercadorias, quando elas são remetidas por

Superior Tribunal de Justiça

estabelecimentos contemplados com benefícios fiscais concedidos sem prévio convênio autorizativo, nos termos do art. 24, parágrafo único, da Lei estadual nº 7.098/98 e do Decreto nº 4.540/05, editados com amparo nos arts. 150, § 6º e 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 24/75.

5. A limitação ao creditamento do imposto ao montante do valor que foi efetivamente exigido nas operações anteriores não ofende o princípio da não cumulatividade do ICMS.

6. Ao prever que o aproveitamento do crédito de ICMS será feito na mesma proporção em que o tributo tenha sido efetivamente recolhido à unidade federada de origem, o Decreto nº 4.540/04 não usurpa competência do Poder Judiciário para a fixação da alíquota do ICMS, atua em consonância com a sua própria competência tributária e com vistas a combater a chamada “guerra fiscal”, repudiada pela Carta Magna.

7. De acordo com o art. 170 do Código Tributário Nacional, a compensação tributária somente poderá ocorrer quando houver autorização legislativa. No caso do Estado de Mato Grosso, em virtude de inexistir essa autorização, não há como reconhecer o direito pleiteado pela impetrante.

A contribuinte argumenta que "o único meio adequado e viável para o Estado do Mato Grosso impugnar incentivos fiscais concedidos por outros entes federados é a Ação Direta de Inconstitucionalidade, que pode ser ajuizada pelo Sr. Governador do Estado" (fl. 385). Ademais, o Decreto de Mato Grosso 4.540/2004 "fere patentemente o princípio da uniformidade tributária" (fl. 386).

O MPF opinou pelo não provimento ao Recurso (fl. 461).

É o **relatório**.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.453 - MT (2010/0118311-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): O Recurso Especial foi interposto contra acórdão que ratificou o procedimento do Estado de Mato Grosso para desconsiderar créditos de ICMS fictícios, concedidos pela Unidade Federal de origem sem aprovação por convênio interestadual.

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

- o Estado de origem concede créditos fictícios ou presumidos de ICMS, ou seja, permite destaque, na nota fiscal, de valores que não são efetivamente cobrados e recolhidos ao Erário;
- as operações interestaduais devem ser tributadas pela alíquota de 12% ou 7%, a depender dos Estados de origem e destino, consoante determina a Resolução do Senado 22/1989;
- o benefício fiscal concedido pelo Estado de origem, sem convênio interestadual, é inconstitucional, conforme reiteradamente vem decidindo o STF.

Entre as questões indiscutíveis, a que causa mais espanto é o reconhecimento, por todos, de que o benefício fiscal concedido sem convênio interestadual no âmbito do Confaz 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 da LC 87/1996), e não em relação a tributo fictício. Tampouco é preciso reiterar a antiga e conhecida jurisprudência do STF, acerca da inconstitucionalidade dos benefícios concedidos sem convênio interestadual e, portanto, do creditamento pretendido. De qualquer forma, indico um precedente representativo:

Superior Tribunal de Justiça

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Leis nº 13.212/2001 e 13.214/2001, do Estado do Paraná, que **concederam benefícios fiscais de ICMS de várias espécies (isenção, redução de base de cálculo, créditos presumidos e dispensa de pagamento), sem a observância de lei complementar federal e sem a existência de convênio entre os Estados e o Distrito Federal.** 3. Violação ao art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal. **Inconstitucionalidade. Precedentes.** 4. Ação direta julgada procedente. (ADI 2548, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2006, DJe-037 DIVULG 14-06-2007 PUBLIC 15-06-2007 DJ 15-06-2007 PP-00020 EMENT VOL-02280-01 PP-00190 RTJ VOL-00201-01 PP-00075 RDDT n. 146, 2007, p. 218-219)

Diversos advogados que já ocuparam a tribuna em demandas análogas reconhecem a inconstitucionalidade, mas defendem que o ato normativo do Distrito Federal deveria ser previamente afastado por Adin, sendo indevida a glosa do crédito correspondente antes dessa providência.

Esse raciocínio, é bom ressaltar, já foi acolhido por decisão monocrática da eminente Ministra Ellen Gracie (AC 2.611/MG) e em precedentes da Primeira Turma.

Discordei dessa linha interpretativa. Salientei, ao acompanhar a Ministra Eliana Calmon no julgamento do AgRg no Ag 1.243.662/MG, que o Fisco do destino não é obrigado a observar norma cuja inconstitucionalidade é reconhecida por todos à luz da incontroversa e pacífica jurisprudência do STF.

Coerentemente, se é indiscutível que não houve cobrança do ICMS "cheio" no Estado de origem e que o benefício fiscal foi concedido sem convênio interestadual, o STJ não poderia deixar de aplicar a lei federal, que veda expressamente o creditamento fictício nesse caso (art. 8º, I, da LC 24/1975).

Entretanto, a Segunda Turma acabou por rever 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.

Refiro-me ao julgamento do RMS 31.714/MT (j. 3.5.2011), relatado pelo eminente Ministro Castro Meira.

Em atenção à uniformidade jurisprudencial, passo a acompanhar a novel jurisprudência.

Superior Tribunal de Justiça

Por essas razões, **dou provimento ao Recurso Ordinário.**

É como **voto.**



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2010/0118311-2 **PROCESSO ELETRÔNICO RMS 32.453 / MT**

Números Origem: 535932010 6412009

PAUTA: 07/06/2011

JULGADO: 07/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : VIVO S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO
RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : FÁBIO MARCEL VANIN TURCHIARI E OUTRO(S)

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

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, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.