

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI
PRESIDENTE DO AUGUSTO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Supremo Tribunal Federal

08/06/2015 16:21 0028572



Suspensão de Segurança nº. 3482

SINDICATO DO COMÉRCIO ATACADISTA, IMPORTADOR, EXPORTADOR E DISTRIBUIDOR DE PEÇAS, ACESSÓRIOS E COMPONENTES PARA VEÍCULOS EM GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO – “SICAP”, já devidamente qualificado nos autos do processo em epígrafe, vem, respeitosa e tempestivamente, à presença de Vossa Excelência, por seus advogados que esta subscrevem, interpor o presente

AGRAVO

com fulcro no artigo 4º, § 3º¹, da Lei nº. 8.437/1992 e nos artigos 297, § 2º² e 317³ do Regimento Interno dessa A. Suprema Corte, em face da r. decisão proferida pelo Exmo. Sr. Presidente desse A. Supremo Tribunal Federal que deu provimento ao Agravo Regimental do Estado de São Paulo para reconsiderar a decisão então recorrida e deferir o seu pedido de suspensão dos efeitos do acórdão prolatado pelo E. Tribunal de Justiça nos autos da Apelação Cível nº. 9191850-83.2006.8.26.000, com base nas inclusas razões de fato e de direito.

I – TEMPESTIVIDADE

01. A r. decisão recorrida foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico no dia 01 de junho de 2015 (segunda-feira). Considerando-se o primeiro dia útil subsequente à data mencionada, nos termos do art. 4º, §§ 3º e 4º, da Lei nº 11.419/06, a r. decisão foi publicada no dia 02 de junho de 2015 (terça-feira). Assim, tendo em vista o prazo de 05 (cinco) dias para a interposição do presente agravo, o prazo final para a interposição do presente Agravo se encerraria no dia 07 de junho de 2015 (domingo), sendo prorrogado para o próximo dia útil subsequente, qual seja, o dia 08 de junho de 2015 (segunda-feira). Portanto, não restam dúvidas quanto à tempestividade do presente recurso.

¹ Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. (...)

§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

² Art. 297. Pode o Presidente, a requerimento do Procurador-Geral, ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar, ou da decisão concessiva de mandado de segurança, proferida em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais.

(...) § 2º Do despacho que conceder a suspensão caberá agravo regimental.

³ Art. 317. Ressalvadas as exceções previstas neste Regimento, caberá agravo regimental, no prazo de cinco dias de decisão do Presidente do Tribunal, de Presidente de Turma ou do Relator, que causar prejuízo ao direito da parte.

II – SÍNTESE DOS FATOS

02. O ora Agravante impetrou Mandado de Segurança Preventivo contra ato a ser praticado pelo Delegado Regional da Administração Tributária de São Paulo, em razão da edição do Comunicado CAT 36/2004, que decretou a ilegitimidade dos créditos apropriados por contribuintes do Estado de São Paulo, relativos ao ICMS destacado nas respectivas notas fiscais pelos estabelecimentos remetentes localizados em outros Estados da Federação, quando a esses estabelecimentos tiver sido concedido, pelos respectivos Estados de sua localização, suposto benefício fiscal não previsto em Convênio ICMS.

03. O Agravante, em sua petição inicial, demonstrou a ilegitimidade do Comunicado CAT 36/2004, pois:

(A) o Comunicado CAT 36/2004: (i) indevidamente classifica os regimes de apuração do ICMS outorgados pelos Estados da Federação que especifica como incentivos fiscais, sendo que, na verdade, eles são meros regimes simplificados de apuração de ICMS, não necessitando, portanto, ser veiculados por meio de Convênio entre os Estados; (ii) contraria o princípio da presunção de legalidade das normas; (iii) viola frontalmente o princípio da tripartição de poderes, no momento em que faz às vezes do Poder Judiciário julgando inconstitucional determinada norma; (iv) ignora o veículo próprio previsto na Constituição Federal para contestar norma de outro Estado da Federação, qual seja, a propositura direta de ADIN perante esse A. Supremo Tribunal Federal; e, por fim, (v) contraria norma do CONFAZ e jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores sobre o tema;

(B) a vedação ao crédito do imposto incidente na operação interestadual, prevista pelo Comunicado CAT 36/04, viola o princípio constitucional da não-cumulatividade e representa verdadeiro locupletamento indevido do Estado, além do que pune os contribuintes em razão da guerra fiscal que é travada entre os Estados da Federação.

04. A liminar foi deferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública e, posteriormente, foi proferida sentença julgando extinto o feito por suposta ilegitimidade ativa, sob o entendimento de que o ora Agravante deveria ter indicado na petição inicial todos os beneficiários da ordem, ou seja, seus filiados.

05. O Agravante interpôs Recurso de Apelação contra a r. sentença, no qual demonstrou a sua legitimidade ativa para representar em Juízo os seus filiados e, no mérito, as inconstitucionalidades das restrições previstas no Comunicado CAT nº 36/2004.

06. O E. Tribunal de Justiça “a quo”, por maioria de votos, deu integral provimento ao Recurso de Apelação do ora Agravante para, afastando a sua suposta ilegitimidade, declarar ilegítimas e inconstitucionais as restrições do comunicado CAT 36/2004. Em suma, entendeu o v. acórdão o quanto segue:

“Todavia, o fundamento legal do diploma não autoriza que a Administração Fazendária Bandeirante interfira unilateralmente e ao seu próprio talante na política financeira dos demais Estados da Federação.

Sim, pois as leis discriminadas no anexo I do comunicado instituíram benefícios financeiros, benefícios estes que não dependem de edição de Lei Complementar conforme exige o art. 155, § 2º, inciso XII alínea “g” da Constituição Federal (que se refere à hipótese outra, de benefícios fiscais). Assim sendo, incide na órbita de

autonomia dos Estados a disciplina daqueles, de forma a lhes possibilitar concessão dos referidos favores;

(...) Outro aspecto que também cobra relevo é o de que o comunicado, tal como editado, pretende fazer as vezes de provimento jurisdicional e mais, usurpar o mister constitucional do controle de constitucionalidade de leis deferido ao Supremo Tribunal Federal.

Os supostos benefícios “fiscais” instituídos por lei devem ser impugnados pela via própria, e não obviados por mero ato normativo infra-legal. Tanto é assim que os inúmeros diplomas constantes do anexo I (os quais a apelada pretende não reconhecer) são objetos de diversas ações declaratórias de inconstitucionalidade intentadas pelo Estado de São Paulo. A exceção de liminar deferida pela Excelsa Corte, ou julgamento definitivo destas Adins, contam as leis com plena aplicabilidade, em face a presunção de constitucionalidade que detém.

*Desse modo, por estas razões e ousando divergir do Exmo. Desembargador relator sorteado para o feito, voto no sentido de **provimento** do recurso para conceder a segurança e afastar as restrições do comunicado CAT 36/2004.”*

07. Em face desse v. acórdão, o Estado de São Paulo interpôs Recurso Extraordinário, com fundamento no artigo 102, III, alínea “a”, da Constituição Federal, sob o argumento de que o v. acórdão proferido pelo Tribunal “a quo” teria violado a disposição contida no artigo 155, parágrafo 2º, XII, “g” da Constituição Federal c/c o artigo 1º, parágrafo único, incisos II e IV, da Lei Complementar nº 24/75, pois teria considerado que o Comunicado CAT 36/2004 não encontraria fundamento de validade na Constituição, sendo que, segundo seu entendimento, o instrumento normativo em comento teria sua sede Constitucional no aludido dispositivo havido por violado.

08. O Agravante apresentou contrarrazões ao Recurso Extraordinário do Estado, nas quais demonstrou, preliminarmente, que não haveria como ser admitido o recurso interposto pelo Estado, uma vez que houve o trânsito em julgado do v. acórdão prolatado pelo E. Tribunal “a quo” e, no mérito, mereceria ser mantido integralmente o aresto proferido.

09. Paralelamente, foi proposta pelo Estado de São Paulo, perante esse A. Tribunal Constitucional, a presente ação de Suspensão de Segurança objetivando suspender a execução do acórdão prolatado pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao fundamento de que os efeitos da referida decisão gerariam grave lesão à ordem e à economia públicas do Estado sem, em verdade, qualquer comprovação desses argumentos.

10. Ato contínuo, foi acolhido o pedido de suspensão de segurança pela ex-Ministra Presidente Ellen Gracie, nos seguintes termos:

“Encontra-se devidamente demonstrada a grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, pois a segurança concedida estabelece situação de privilégio às empresas filiadas ao Sindicato do Comércio Atacadista, Importador, Exportador e Distribuidor de Peças, Acessórios e Componentes para Veículos em Geral do Estado de São Paulo - SICAP, propiciando a prática de concorrência desleal entre as empresas atacadistas do setor de autopeças, o que provoca, conforme atestado pelas autoridades fazendárias estaduais, “o fenômeno da sonegação endêmica, isto é, todas as empresas do segmento aderem a esta prática ou não conseguirão sobreviver” (fl. 133). Além disso, entendo que a ordem judicial impugnada poderá trazer transtornos ao sistema de controle e arrecadação do ICMS, dificultando a prevenção e a repreensão da sonegação fiscal, de evidente interesse público. Observo, ainda, a ocorrência da grave lesão à economia pública, porquanto a arrecadação estadual perde vultosa quantia em decorrência do afastamento das restrições estabelecidas pelo Comunicado CAT nº 36/04, fato esse que se encontra devidamente comprovado na análise de impacto realizada pela Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda (fls.

132-134). Poderá haver, também, no presente caso, o denominado "efeito multiplicador" (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de outros contribuintes em situação potencialmente idêntica àquela dos filiados do sindicato impetrante. Ademais, como bem asseverado pelo Procurador-Geral da República, "os tributos, sobretudo os impostos, correspondem à quase totalidade dos influxos do capital formador das receitas dos entes da federação. A supressão ou redução de sua arrecadação resultam, por certo, em graves prejuízos à pessoa jurídica de direito público instituidora, principalmente porque, tomados em seu conjunto, os reflexos das concessões de liminares em casos análogos podem representar o embaraço de parcela significativa" (fl. 140). Finalmente, ressalte-se que os argumentos deduzidos no mandado de segurança em apreço, no sentido da inconstitucionalidade das restrições criadas pelo Comunicado CAT nº 36/04, não podem ser aqui sopesados e apreciados, porque dizem respeito ao mérito do writ. É dizer, não cabe, em suspensão de segurança, "a análise com profundidade e extensão da matéria de mérito analisada na origem" (SS 1.918-AgR/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 30.4.2004), domínio reservado ao juízo recursal. 5. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Apelação Cível nº 518.847-5/5-00, que concedeu a ordem pleiteada nos autos do Mandado de Segurança nº 053.05.005391-4. Comunique-se. Publique-se. Brasília, 07 de fevereiro de 2008."

11. Em suma, entendeu a ex-Presidente desse A. Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie que, com a prolação do v. acórdão, que afastou as disposições do Comunicado CAT nº 36/04, haveria se configurado a grave lesão à ordem pública, o que motivaria a determinação da suspensão da execução do v. acórdão.

12. O ora Agravante interpôs Agravo em face dessa decisão demonstrando, em suma, que o presente caso não se inclui na previsão excepcional que autoriza a suspensão dos efeitos do v. acórdão prolatado pelo E. Tribunal "a quo", na medida em que: (i) há posicionamento pacífico desse E. Supremo Tribunal sobre o tema favorável ao Agravante (ADIN 3312), e (ii) houve o trânsito em julgado do v. acórdão prolatado pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo, o que afasta a possibilidade de propositura da presente medida extrema, uma vez que não há mais qualquer matéria *sub judice*, não havendo, portanto, nenhuma decisão pendente de julgamento a ser objeto de suspensão.

13. Ainda, em relação ao mérito, demonstrou o ora Agravante que não houve qualquer lesão à economia pública ou ao Erário porque o Estado de São Paulo continuou a autuar os contribuintes paulistas que não obedecem à regra inconstitucional prevista no Comunicado CAT 36/04; e, ainda, porque o Comunicado CAT 36/2004 tem o objetivo de estabelecer um mecanismo de sanção ao contribuinte, para que ele não promova operações interestaduais como estabelecimentos localizados em Estados que tenham concedido, a juízo da Administração Tributária paulista, benefícios fiscais ilegítimos. O mecanismo consiste em o Estado não reconhecer o crédito destacado na nota fiscal do remetente, se, também a juízo da Administração paulista, o Estado do remetente renunciou parcial ou integralmente a esse imposto. Não reconhecendo o crédito, o Estado de São Paulo tenta neutralizar o benefício que entende ilegítimo, punindo o contribuinte que realizou operações com estabelecimentos supostamente beneficiados.

14. Diante dos substanciais fundamentos despendidos pelo Agravante que comprovaram a impossibilidade de acolhimento da presente Suspensão de Segurança, o ex-Presidente dessa A. Suprema Corte César Peluso reconsiderou a decisão anterior da Ex-Presidente Ellen Gracie para negar seguimento à presente Suspensão de Segurança, com fulcro, entretanto, apenas no argumento de que "a questão relativa às restrições impostas pelo

Comunicado CAT n. 36/2004 da Coordenadoria da Administração Tributária do Estado de São Paulo, relativamente à vedação ao aproveitamento de créditos de ICMS resultantes de operações interestaduais amparadas por benefícios fiscais não autorizados por convênio, não possui natureza constitucional apta a desencadear a competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento deste pedido de contracautela". Isto é, deixou o Exmo. ex-Presidente César Peluso de apreciar os demais fundamentos despendidos pelo ora Agravante em seu Agravo Regimental que comprovam a impossibilidade de acolhimento da Suspensão de Segurança ajuizada pelo Estado de São Paulo.

15. Em face da decisão que negou seguimento à Suspensão de Segurança, o Estado de São Paulo interpôs Agravo Regimental, em 06 de março de 2012, sustentando, em síntese, que o tema ora debatido já teve sua repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº. 628.075, pendente de julgamento.

16. Ocorre que, por meio de decisão publicada em 02 de junho de 2015, esse Exmo. Ministro Presidente Ricardo Lewandowski deu provimento ao Agravo Regimental do Estado de São Paulo para reconsiderar a decisão então recorrida e deferir o seu pedido de suspensão dos efeitos do acórdão prolatado pelo E. Tribunal de Justiça nos autos da Apelação Cível nº. 9191850-83.2006.8.26.000, nos seguintes termos:

"(...) Verifico, assim, que o writ apresenta a mesma questão de fundo do RE 628.075-RG/RS, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo plenário, conforme ementa que, por pertinente, reproduzo: (...) Dessa forma, restou devidamente comprovado pelo Agravante a identidade da matéria entre o leading case e o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça paulista, uma vez que ambos enfrentam a possibilidade de aproveitamento dos créditos de ICMS resultantes de operações interestaduais provenientes da concessão de benefício fiscal não autorizado por convênio celebrado nos termos da Lei Complementar 24/75. Portanto, existindo a comprovação do risco de grave lesão à ordem e à economia públicas e, tratando-se que questão constitucional, cabível o restabelecimento do deferimento do pedido de contracautela. Isso posto, no exercício do juízo de retratação, insito a todo agravo regimental, reconsidero a decisão ora recorrida, deferindo o pedido para suspender os efeitos da decisão proferida na apelação nº 9191850-83.2006.8.26.0000 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo."

17. Em síntese, entendeu o D. Presidente desse A. Supremo Tribunal Federal que o Estado de São Paulo teria comprovado a identidade do tema debatido nesse feito com a matéria discutida no Recurso Extraordinário nº. 628.075, cuja repercussão geral foi reconhecida, uma vez que ambos discutem a possibilidade de aproveitamento dos créditos de ICMS resultantes de operações interestaduais provenientes da concessão de benefício fiscal não autorizado por convênio celebrado nos termos da Lei Complementar 24/75.

18. Ainda, afirmou esse Exmo. Presidente que, existindo a comprovação do risco de grave lesão à ordem e à economia públicas, e tratando-se de questão constitucional, seria cabível o restabelecimento da ordem de suspensão dos efeitos do acórdão prolatado pelo E. Tribunal de Justiça nos autos da Apelação Cível nº. 9191850-83.2006.8.26.000, que afastou as restrições do Comunicado CAT 36/2004.

19. Entretanto, conforme será demonstrado, data máxima vênia, não há como prosperar a r. decisão que acolheu a Suspensão de Segurança do Estado de São Paulo, haja vista que, não obstante o reconhecimento da matéria ora em debate envolver questão

constitucional, não encontram-se presentes as demais condições para o acolhimento da Suspensão de Segurança do Estado de São Paulo. É o que se passa a demonstrar.

III – A NECESSIDADE DE REFORMA DA R. DECISÃO AGRAVADA

III.1 – O FATO DE A MATÉRIA EM DEBATE TER REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NÃO SIGNIFICA QUE SERÁ DECLARADA A CONSTITUCIONALIDADE DO COMUNICADO CAT 36/2004 - O TEMA EM DEBATE JÁ FOI PACIFICADO PELA JURISPRUDÊNCIA DESSE A. STF E DO A. STJ NO EXATO SENTIDO DO QUE DECIDIU O E. TRIBUNAL “A QUO”

20. Como visto acima, esse Exmo. Presidente entendeu que o Estado de São Paulo teria comprovado a identidade do tema debatido nesse feito com a matéria discutida no Recurso Extraordinário n.º 628.075, cuja repercussão geral foi reconhecida, uma vez que ambos discutem a possibilidade de aproveitamento dos créditos de ICMS resultantes de operações interestaduais provenientes da concessão de benefício fiscal não autorizado por convênio celebrado nos termos da Lei Complementar 24/75. Ademais, esse Exmo. Presidente aduziu que, tratando-se de questão constitucional, seria cabível o restabelecimento da ordem de suspensão dos efeitos do acórdão prolatado pelo E. Tribunal de Justiça nos autos da Apelação Cível n.º 9191850-83.2006.8.26.000, que afastou as restrições do Comunicado CAT 36/2004.

21. Contudo, o Agravante entende ser oportuno demonstrar, primeiramente, que o fato de a matéria ora em debate envolver questão constitucional, inclusive com repercussão geral reconhecida, não significa, ou sequer serve de indício, de que essa A. Suprema Corte julgará o aludido Comunicado CAT 36/2004 constitucional, até mesmo porque o atual cenário jurisprudencial desse A. Supremo Tribunal Federal e do A. Superior Tribunal de Justiça indicam justamente o contrário, qual seja, que esse ato administrativo será declarado, definitivamente, ilegítimo.

22. Isso porque essa atitude do Estado de São Paulo de combater, por meio de mero ato administrativo (Comunicado CAT 36/2004), benefícios supostamente ilegítimos, postura afastada pelo E. Tribunal de Justiça “a quo”, não é nova, tendo em vista que outros Estados da Federação também já editaram atos semelhantes, os quais foram posteriormente rechaçados pelo A. Superior Tribunal de Justiça e por esse A. Supremo Tribunal Federal.

23. De fato, o próprio Estado de São Paulo editou a Portaria CAT n.º 85/1993⁴ e, posteriormente, a Resolução SF n.º 52/1993, para limitar o crédito do imposto nas

⁴ “O Coordenador da Administração Tributária, considerando que por intermédio do Ofício GS/CAT 865/93, de 14-6-93 foi denunciado o protocolo que fora firmado pelos Secretários da Fazenda dos Estados de São Paulo e do Espírito Santo, 6-85, considerando que os incentivos outorgados pelo Estado do Espírito Santo, por meio do FUNDAP, aos importadores estabelecidos naquele Estado contrariam a regra do artigo 155, § 2º inciso XII, “g”, da Constituição Federal; considerando que tais incentivos fazem reverter àqueles contribuintes 61,67% do ICMS calculado à alíquota de 12% sobre o valor de saída das mercadorias e recolhido ao tesouro capixaba (à exceção do trigo, cujo benefício é de 50%), considerando o disposto no parágrafo 3º do artigo 36 da Lei 6.374 de 1º -3-89, expede a seguinte portaria:

Art. 1º - Na entrada, em estabelecimento situado em território paulista, de mercadoria de procedência estrangeira em decorrência de remessa interestadual efetuada por estabelecimento localizado no Estado do Espírito Santo, 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) é admitido somente até a importância correspondente a 4,6% da respectiva base de cálculo.

Parágrafo único - Tratando-se de trigo, o limite é de 6% (seis por cento) da base de cálculo do imposto.

Art. 2º - O disposto no artigo anterior não se aplica a mercadoria importada que, desembarcada em porto ou aeroporto situado no Estado de São Paulo e, sem transitar fisicamente por estabelecimento localizado no Estado do Espírito Santo, seja remetida a estabelecimento situado em território paulista, hipótese em que o ICMS relativo à importação cabe ao Estado de São Paulo, nos termos da cláusula final do artigo 155, § 2º, inciso IX, “a”, da Constituição Federal.

Art. 3º - Esta portaria entrará em vigor na data da sua publicação, retroagindo seus efeitos a 26-8-93, ficando revogada, a partir de 15-6-93, a Portaria CAT-54, de 14-6-93.”

operações interestaduais praticadas com contribuintes do Estado de Espírito Santo, ao fundamento de que os incentivos outorgados aos importadores estabelecidos naquele Estado, por meio do FUNDAP, supostamente violariam a regra do artigo 155, § 2º, inciso XII, "g", da CF/88 e a Lei Complementar nº 24/1975.

24. Em decisão liminar, esse A. Supremo Tribunal Federal, nos autos do Mandado de Segurança nº 21.863-1, acatando a existência de vícios gritantes, determinou a suspensão dos efeitos da Portaria CAT nº 85/1993 e da Resolução SF nº 52/1993:

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.863-1/160 IMPETRANTES: ESTADO DO ESPÍRITO SANTO E OUTROS IMPETRADO: GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO COMUNICO QUE O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE, RELATOR DO PROCESSO EM EPÍGRAFE, DEFERIU A LIMINAR REQUERIDA PARA SUSPENDER, ATÉ DECISÃO FINAL DO "WRIT", OS EFEITOS DA PORTARIA CAT N º 85/93 E DA RESOLUÇÃO SF Nº 52/93, DEVENDO VOSSA EXCELÊNCIA, ENQUANTO REPRESENTANTE MAIOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, ABSTER-SE DE ADOTAR E PROVIDENCIAR PARA QUE AS DEMAIS AUTORIDADES QUE LHES SÃO SUBORDINADAS SE ABSTENHAM DE ADOTAR QUAISQUER MEDIDAS TENDENTES A IMPEDIR O CREDITAMENTO INTEGRAL DO ICMS, EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA, REMETIDAS POR ESTABELECIMENTOS LOCALIZADOS NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO A ESTABELECIMENTOS SITUADOS EM TERRITÓRIO DESSE ESTADO. CORDIAIS SAUDAÇÕES. MINISTRO OCTÁVIO GALLOTTI. PRESIDENTE DO STF.

25. Como se vê, esse A. Supremo Tribunal Federal reconheceu, ainda que *in limine*, a inconstitucionalidade de atos que preveem mandamentos em tudo e por tudo análogos àqueles do Comunicado CAT nº 36/2004.

26. Além disso, é importante destacar que em julgamento bastante semelhante ao caso ora discutido, esse A. Supremo Tribunal Federal confirmou a impossibilidade de o Estado de destino limitar o direito de crédito de ICMS por supostamente entender que a lei do Estado de origem da operação concederia benefício à margem da CF/88.

27. É o que se verifica do julgamento da ADI nº 3312, em que esse A. Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da norma do Estado do Mato Grosso do Sul que limitara a apropriação, pelo seu contribuinte, dos créditos de ICMS de produtos provenientes dos Estados do Espírito Santo, Goiás, Pernambuco e do Distrito Federal, ao fundamento de que as referidas leis estaduais concederiam benefícios sem base em Convênio Confaz. Confira-se a ementa do julgamento da ADI nº 3312:

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, julgado em 16/11/2006, DJ 09/03/2007)

28. Ainda, é importante destacar que esse A. Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida pela ex-Ministra Ellen Gracie, deferiu liminar na Medida Cautelar nº 2611, por entender que, em atenção ao princípio da não-cumulatividade, é direito do contribuinte a apropriação integral do imposto destacado na nota fiscal, mesmo que o Estado de destino entenda que parcela desse valor destacado seja ilegítimo, por se tratar de concessão unilateral de benefício fiscal, exatamente a hipótese de que ora se trata. Confira-se, *in verbis*:

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.(...)

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, 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 arguir 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.

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.

(STF, Ac Mc 2611, data da decisão 21/06/2010 – destaques nossos)

29. Na mesma oportunidade, a Ministra Ellen Gracie também expressamente se manifestou no sentido de que o Estado que se sentir prejudicado por determinado benefício fiscal inconstitucional deve ajuizar ADI perante esse A. Supremo Tribunal Federal, e não unilateralmente limitar o direito de crédito do contribuinte. Como se vê, o crédito tributário de que ora se trata está em confronto com o entendimento pacífico dessa A. Supremo Tribunal Federal, manifestado em diversas ocasiões, como nos precedentes acima citados.

30. Ainda, convém mencionar que a C. Primeira Turma do A. Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento consolidado dessa A. Suprema Corte acerca do tema, também se manifestou no sentido de que o benefício fiscal concedido pelo Estado de origem não altera o cálculo do imposto nas operações interestaduais, razão pela qual deve ser considerado o valor do imposto destacado na nota fiscal para fins de creditamento, hipótese

que também coincide com o caso ora sob análise. Veja-se as ementas dos acórdãos proferidos no **Resp nº 1.125.188** e no **RMS nº 32.937**:

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. 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.

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.(...)

10. Recurso especial provido.

(Resp nº 1.125.188 – MT, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJU: 28/05/2010 – destaques nossos)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. RESTRIÇÃO AO CREDITAMENTO DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL (ICMS) PELO ESTADO DE DESTINO EM FACE DE INCENTIVO FISCAL CONCEDIDO PELO ESTADO DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 155, § 2º, I, DA CF E 8º, § 5º, DA LC 87/96. DIFERENCIAÇÃO ENTRE IMPOSTO DEVIDO E RECOLHIDO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO.

1. Recurso ordinário no qual se discute o percentual a ser creditado do ICMS devido ao estado de destino (Mato Grosso), na medida em que a Unidade de origem (Distrito Federal) concede incentivo creditício de repercussão fiscal, na forma de empréstimo para o pagamento do imposto devido, o que, na prática, importa diferimento no pagamento do tributo (Pró-DF).

2. Emerge dos autos que o recorrido, Estado de Mato Grosso, em face do benefício concedido pelo Distrito Federal, não permite o creditamento da totalidade da alíquota

interestadual devida (12%), mas, apenas, do montante que entende efetivamente recolhido na origem (2,5%).

(...) 4. Dispõe o art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal que o ICMS "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 operações anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal".

5. No caso concreto, impõe-se reconhecer que o imposto devido junto à Unidade de origem corresponde à totalidade da alíquota de 12% (doze por cento) relativa à substituição tributária nas operações interestaduais. Isso porque o incentivo concedido pelo Distrito Federal não pressupõe dispensa do pagamento do tributo, diferindo substancialmente das hipóteses de isenção ou de não-incidência, pois nessas situações não há, de fato, "imposto devido".

6. Assim, constatado que o benefício fiscal concedido pelo estado de origem não altera o cálculo do imposto devido, mas, apenas, retarda seu recolhimento, à luz do princípio da não-cumulatividade, deve ser assegurado o creditamento no percentual de 12% como abatimento do ICMS devido ao estado destinatário. Nessa mesma linha, já decidiu o STJ : RMS 31.714/MT, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 19/9/2011; REsp 1.125.188/MT, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 28/05/2010; AgRg no REsp 1.065.234/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 01/07/2010.

7. "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, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 19/9/2011).

8. Recurso ordinário provido.

(RMS 32937/MT, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06/12/2011, DJe 13/12/2011 – destaques nossos)

31. Da mesma forma, a C. Segunda Turma do A. Superior Tribunal de Justiça também consagrou o mesmo entendimento (**Recurso em Mandado de Segurança nº 31.714 e Recurso em Mandado de Segurança nº 32.453**), ressaltando, ainda, que se um Estado considera indevido determinado benefício fiscal concedido por outro Ente da Federação, deve procurar a via jurídica pela ação direta de inconstitucionalidade (ADI), e não simplesmente autuar os contribuintes sediados em seu território glosando os créditos apropriados:

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.

(...) 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 Constituição (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).

(...) 7. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte.

(RMS nº 31.714 - MT, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgamento em 03/05/2011 – destaques nossos)

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.

(RMS 32453/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07/06/2011, DJe 10/06/2011 – destaques nossos)

32. Ainda, é importante ressaltar que, recentemente, a E. 1ª Seção do A. Superior Tribunal de Justiça referendou e pacificou definitivamente o entendimento que já vinha sendo adotado por essa A. Suprema Corte.

33. Foi o que aconteceu no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 38041 e do Recurso em Mandado de Segurança nº 33524, ocorridos em 28 de agosto de 2013. Confira-se a ementa do v. acórdão, *in verbis*:

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 38041/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 28/08/2013, DJe 04/11/2013 – destaques nossos)

34. Vale transcrever algumas passagens elucidativas do Voto proferido pelo Ilmo. Ministro Mauro Campbell Marques no julgamento acima:

É certo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que a concessão de favor fiscal em desacordo com a LC 24/75 ofende a Constituição Federal — nesse aspecto, não merece reparo o entendimento da Ministra Relatora. Contudo, a verificação de uma norma indicativa de "guerra fiscal" não autoriza ao Estado-membro tido por prejudicado utilizar-se de mecanismo que flagrantemente viola os princípios da legalidade tributária e da não cumulatividade, entre outros. (...) A análise do caso só permite uma conclusão: em operações interestaduais, o valor efetivamente recolhido na operação anterior" (acórdão do STF) — correspondente ao "montante cobrado" (art. 19 da LC 87/96) ou "imposto devido" (REsp 1.125.188/MT) — não pode levar em consideração elementos extrínsecos à operação anterior (como é o caso da concessão de favor fiscal ao alienante da mercadoria), equivalendo este valor ao imposto constante da nota fiscal apresentada pelo adquirente da mercadoria.” (destaques nossos)

35. Ainda, vale transcrever os seguintes trechos do Voto proferido pelo Ilmo. Ministro Benedito Gonçalves:

“Nessa esteira, as expressões "imposto devido" e "montante cobrado" não devem ser confundidas com "imposto efetivamente recolhido". (...) Assim, nos casos em que o benefício fiscal concedido não importa isenção ou não-incidência, o contribuinte faz jus o crédito integral do ICMS devido junto ao estado de origem. (...) Não se discute, pois, que o estado de destino possa glosar créditos que foram concedidos pelo estado de origem com base em legislação já declarada inconstitucional. Todavia, enquanto essa referida lei do estado de origem não for expungida do ordenamento jurídico e pela via processual adequada, não pode o estado de destino ignorar os seus efeitos, sob pena de violação ao princípio federativo. Desse modo, a questão relativa à inconstitucionalidade da lei local que instituiu o benefício fiscal em comento e eventuais compensações financeiras, notadamente em face do que dispõe o art. 155, § 2º, XII, g, da CF e a LC 24/75, deve ser discutida diretamente entre os entes federados envolvidos e em foro apropriado, não sendo o caso de impingir sanções ao contribuinte por esse impasse institucional.” (destaques nossos)

36. Em síntese, a E. Primeira Seção do A. Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que o Estado da Federação que se sentir prejudicado por benefício fiscal supostamente ilegítimo concedido por outro Estado deve buscar as vias corretas para questionar a legislação alheia (propositura de ADI perante esse A. Supremo Tribunal Federal antes da lavratura de auto de infração glosando os créditos), e não, por si só, tomar medidas administrativas, que negam efeitos à lei de outro Estado.

37. Em outras palavras, a Primeira Seção do A. Superior Tribunal de Justiça, que trata de Direito Público, já se manifestou de forma uníssona contra a postura do Estado de São Paulo adotada no presente caso.

38. Ainda a esse respeito, vale destacar que, em recentíssima decisão, proferida em 06 de novembro de 2014 nos autos do **RMS nº 44.350**, o Exmo. Ministro Benedito Gonçalves deu provimento ao recurso interposto pelo contribuinte em caso análogo

ao presente, com base justamente no entendimento pacificado em agosto/2013 pela E. Primeira Seção do A. Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. RESTRIÇÃO AO CREDITAMENTO DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL (ICMS) PELO ESTADO DE DESTINO EM FACE DE INCENTIVO FISCAL CONCEDIDO PELO ESTADO DE ORIGEM (RESOLUÇÃO 3.166/2001 DA SECRETARIA DE FAZENDA DE MINAS GERAIS). IMPOSSIBILIDADE. DIFERENCIAÇÃO ENTRE IMPOSTO DEVIDO E RECOLHIDO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

(...) Discute-se neste recurso ordinário se o estado de destino pode, com base em ato normativo por ele expedido (Resolução 3.166/2001 da Secretaria de Fazenda de Minas Gerais), glosar o crédito de ICMS relativo a entrada de mercadoria vinda de outra Unidade da Federação que deixa de recolher efetivamente o imposto na origem em face da concessão de benefício fiscal instituído por lei estadual e que não fora previamente autorizado Confaz.

(...) Quanto ao mérito, já tive oportunidade de registrar meu entendimento acerca da matéria ora controvertida, por ocasião dos julgamentos do RMS 32.937/MT e do REsp 1.125.188/MT.

Reza o art. 155, § 2º, I, da Constituição que o ICMS "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". Dispõe, ainda, em seu inciso II, que "a isenção ou não-incidência [...] não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes".

Em face do princípio da legalidade estrita, que é norteador à interpretação das normas de direito tributário, mostra-se imprescindível interpretar as expressões imposto devido e montante cobrado contidas no texto constitucional.

No caso em comento, tenho que o imposto devido junto ao estado de origem corresponde à totalidade da alíquota relativa à substituição tributária nas operações interestaduais. Isso porque o benefício concedido pelo estado de origem pressupõe a existência de imposto devido; já que não é possível conceber a idéia de benesse fiscal em face de tributo que não é devido.

Nessa esteira, as expressões "imposto devido" e "montante cobrado" não devem ser confundidas com "imposto efetivamente recolhido".

Vale destacar, por oportuno, que o creditamento está obstado, apenas, às limitações constitucionais referentes aos casos de isenção ou não-incidência, pois nessas situações não há, de fato, "imposto devido".

(...) Assim, nos casos em que o benefício fiscal concedido não importa isenção ou não-incidência, o contribuinte faz jus o crédito integral do ICMS devido junto ao estado de origem.

Lado outro, pensar diferente resultaria 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.

Não se discute, pois, que o estado de destino possa glosar créditos que foram concedidos pelo estado de origem com base em legislação já declarada inconstitucional. Todavia, enquanto essa referida lei do estado de origem não for expungida do ordenamento jurídico e pela via processual adequada, não pode o estado de destino ignorar os seus efeitos, sob pena de violação ao princípio federativo.

Desse modo, a questão relativa à inconstitucionalidade da lei local que instituiu o benefício fiscal em comento e eventuais compensações financeiras, notadamente em face do que dispõe o art. 155, § 2º, XII, g, da CF e a LC 24/75, deve ser discutida diretamente entre os entes federados envolvidos e em foro apropriado, não sendo o caso de impingir sanções ao contribuinte por esse impasse institucional.

(...) Por fim, cumpre salientar que esse posicionamento veio a ser confirmado pela Primeira Seção, consoante se depreende do seguinte julgado: (...) (RMS 38.041/MG, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 04/11/2013).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário, para conceder a ordem.
(RMS nº 44.350, decisão proferida em 06/11/2014 e publicada em 10/11/2014)

39. A decisão acima foi confirmada pela C. Primeira Turma do A. STJ, em julgamento realizado em 25 de novembro de 2014⁵.

40. Diante do amplo panorama jurisprudencial acima exposto, não há dúvidas de que esse A. Supremo Tribunal Federal possui entendimento pacífico contrário à tese sustentada pelo Estado de São Paulo, o qual vem sendo corroborado pelo A. Superior Tribunal de Justiça em recentes julgamentos.

41. E o fato de a matéria ora em debate envolver questão constitucional, cuja repercussão geral foi reconhecida, não significa, em absoluto, que sua tese será acolhida por essa A. Suprema Corte, até mesmo porque tudo leva a crer que no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 628.075 (*leading case*) será definitivamente reconhecida a ilegitimidade do Comunicado CAT 36/2004.

42. Por essa primeira razão, não merece sequer conhecimento a presente Suspensão de Segurança, uma vez que os efeitos que ela pretende suspender são os de uma decisão que está na mesma esteira da jurisprudência consolidada desse A. Supremo Tribunal Federal e do A. Superior Tribunal de Justiça, independentemente de debater matéria constitucional.

III.2 – A AUSÊNCIA DE GRAVE LESÃO À ECONOMIA ALEGADA PELO ESTADO

43. Sustenta o Estado de São Paulo que a prolação do v. acórdão, o qual afastou as determinações contidas no Comunicado CAT nº 36/04, acarretaria grave lesão à ordem e à economia pública do Estado de São Paulo, uma vez que haveria sensível diminuição na arrecadação do imposto, o que impossibilitaria ao erário receber o imposto previsto em seu orçamento, em prejuízo estimado em mais de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais). Aduz, ainda, o “efeito multiplicador” da demanda, considerando o universo de filiadas do Agravante.

⁵ “*TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. RESOLUÇÃO 3.166/2001 DA SECRETARIA DE FAZENDA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. RESTRIÇÃO AO CREDITAMENTO DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL (ICMS) PELO ESTADO DE DESTINO EM FACE DE INCENTIVO FISCAL CONCEDIDO PELO ESTADO DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. DIFERENCIAÇÃO ENTRE IMPOSTO DEVIDO E RECOLHIDO.*”

1. *Discute-se neste recurso ordinário se o estado de destino pode, com base em ato normativo por ele expedido (Resolução 3.166/2001 da Secretaria de Fazenda de Minas Gerais), glosar o crédito de ICMS relativo a entrada de mercadoria vinda de outra Unidade da Federação que deixa de recolher o imposto na origem em face da concessão de benefício fiscal. (...)*

4. *Reza o art. 155, § 2º, I, da Constituição que o ICMS “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”. “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 (CARRAZZA, Roque Antonio, in ICMS, 13ª ed., Malheiros, São Paulo: 2009, pg. 358-361). Assim, nos casos em que o benefício fiscal concedido não importa isenção ou não-incidência, o contribuinte faz jus ao crédito integral do ICMS devido junto ao estado de origem. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.312.486/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17/12/2012; EDcl no RMS 32.937/MT, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 09/03/2012; RMS 31.714/MT, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 19/09/2011; RMS 32.453/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10/06/2011; REsp 1.125.188/MT, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 28/05/2010.*

5. *“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” (RMS 38.041/MG, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 04/11/2013).*

6. *Agravo regimental não provido.” (AgRg no RMS 44.350/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/12/2014)*

44. A decisão não produz os efeitos afirmados pelo Estado de São Paulo.

45. **Primeiro**, o v. acórdão proferido nos autos do mandado de segurança originário não afasta a possibilidade de fiscalizações e autuações, porque estas são atribuições típicas da Administração, que não podem ser tolhidas pelo Judiciário. A decisão apenas suspende a exigibilidade dos créditos tributários constituídos pelo Estado de São Paulo, até decisão final administrativa.

46. **Em outras palavras, o v. acórdão não impede o Estado de São Paulo de continuar a proceder autuações fiscais constituindo crédito tributário que assim entender legítimo.**

47. **É o que está atualmente ocorrendo! O próprio Estado de São Paulo confirma o quanto exposto ao asseverar que “até o presente, momento já foram constituídos, através de autos de infração e imposição de multas – AIIM créditos tributários consistentes de impostos em encargos, no montante de R\$ 631.000.000,00 (seiscentos e trinta e um milhões de reais)”.**

48. Assim, muito ao contrário do sustentado, o v. acórdão não criou nenhuma situação que tenha gerado graves prejuízos ao Erário Paulista, podendo o Estado de São Paulo proceder à execução desses supostos créditos após o julgamento final do seu Recurso Extraordinário, sem qualquer prejuízo.

49. **Segundo**, porque não há um centavo sequer de imposto devido ao Estado de São Paulo pelos contribuintes filiados ao Agravante que esteja deixando de ser recolhido por força dessa decisão.

50. A situação aqui em debate é muito peculiar, e não se confunde com autorização para não pagar tributo devido ao Estado de São Paulo. Os créditos que o Estado de São Paulo quer glosar dizem respeito ao imposto destacado pelos estabelecimentos situados em outros Estados da Federação **cujo encargo foi efetivamente suportado pelo contribuinte situado neste Estado**. O contribuinte aqui situado continuará a pagar o imposto devido ao Estado de São Paulo nas operações de saída que promover. Nada se mexe na relação jurídica existente entre o Estado de São Paulo e o contribuinte aqui situado.

51. Não se pode jamais falar em prejuízo ao Erário quando o que o Governo do Estado está fazendo é se apropriar de receitas que reconhecidamente não são suas, mas que foram, em seu entendimento, indevidamente renunciadas pelo Estado de origem, tudo como mecanismo voltado para punir o contribuinte paulista que transaciona com estabelecimentos de outros Estados que supostamente tenham sido agraciados com benefícios fiscais por estes.

52. Melhor explicando: nas operações interestaduais, o estabelecimento remetente deve destacar na nota fiscal o imposto incidente – alíquota de 12% ou 7%, dependendo da região –, sendo que este imposto é pago pelo remetente ao Estado onde está localizado (Estado de origem).

53. Tendo em vista o princípio da não-cumulatividade, e considerando que quem arca com o efetivo encargo desse imposto é o estabelecimento destinatário da mercadoria, já que o ICMS integra o preço desta, o estabelecimento destinatário, na qualidade de contribuinte, credita-se desse imposto cujo encargo suportou.

54. É esse o entendimento – repita-se – desse A. Supremo Tribunal nos autos da ADIN nº 3312⁶, já comentado em tópico anterior.

55. O que quer fazer a Administração fazendária paulista por meio do Comunicado CAT 36/2004? Glosar o crédito do contribuinte paulista relativo ao encargo do imposto que suportou em relação às operações interestaduais, sempre que, a seu exclusivo juízo (do Governo Estadual) o remetente não tenha efetivamente pago ao Estado de origem a integralidade do imposto que destacou, em virtude de estar supostamente beneficiado por algum programa de incentivo fiscal reputado inconstitucional pela própria Administração do Estado de São Paulo.

56. Ou seja: o Estado de São Paulo está usando esse mecanismo de glosa de créditos não para preservar receitas suas, fruto do próprio imposto que lhe seja devido pelo contribuinte paulista, mas sim como mecanismo para manifestar seu repúdio contra as atitudes de Estados que, a seu ver, concedem benefícios à margem da Constituição, renunciando a receitas próprias. O instrumento que encontrou para tornar ineficazes esses benefícios foi se apropriar da receita supostamente renunciada pelo Estado de origem, e assim “desincentivar” os contribuintes a gozarem desses benefícios, porque, se não pagarem ao Estado concedente do benefício, terão que pagar ao Estado destinatário, por meio da vedação ao crédito.

57. É um recado claro aos demais Estados: não concedam supostos benefícios com os quais o Estado de São Paulo não concorde, porque se isso ocorrer, este Estado não reconhecerá o crédito e, portanto, desprezará o fato de que o contribuinte paulista arcou com o ônus desse imposto.

58. A arbitrariedade desse exercício de autotutela e do desprezo pelos atos legislativos e administrativos editados por outros Estados da Federação, bem como o desprezo pela autoridade da A. Suprema Corte para definir essas situações, serão tratados no item seguinte. O que interessa aqui é constatar que o Estado não está deixando de receber nenhuma receita a que faria jus, pois o Comunicado CAT 36/2004 tem o exclusivo objetivo de apropriação de receitas supostamente renunciadas pelos Estados de origem como mecanismo de sanção à guerra fiscal, no qual se ataca não o Estado supostamente concedente do benefício, mas sim o contribuinte que acredita na validade e eficácia das normas editadas pelos Legislativos e Executivos Estaduais, não declaradas inválidas pelo Poder Judiciário.

59. Por todas as alegações acima, comprovado está que não deve prevalecer as razões expostas no recurso da Fazenda, o qual foi acatado na r. decisão agravada, uma vez que a apropriação na integralidade dos créditos de ICMS pelos filiados do Agravante não

⁶“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 / MT - MATO GROSSO, Relator(a): Min. EROS GRAU, Julgamento: 16/11/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

gerará qualquer lesão ao Erário Público. **Mais do que isso: Vale lembrar que existem procedimentos de cobrança de créditos tributários, autuações fiscais, devido processo legal, inscrições em dívida ativa e posterior ajuizamento fiscal, nos termos da Lei 6.830/80. O simples fato de o contribuinte se apropriar de crédito de ICMS indevido, o que não é o caso, não dá direito ao Estado de imediato ressarcimento desse indébito. Há a necessidade, para tanto, do cumprimento de todas as etapas acima mencionadas. Portanto, por mais esse motivo, demonstrado está que não há prejuízo ao Erário.**

60. O **terceiro** motivo pelo qual não merece amparo a alegação do Estado de São Paulo está muito ligado ao anterior. É evidente que os créditos não reconhecidos unilateralmente pelo Comunicado CAT 36/2004 não poderiam estar previstos como receita orçamentária a justificar a alegada lesão. Isso, por dois motivos fundamentais:

(i) não poderia constituir receita orçamentária do Estado aquilo que não lhe pertence e que não é fruto de uma relação jurídica tributária que mantenha com o contribuinte, mas que antes representa uma tomada para si das receitas que supostamente foram renunciadas pelo Estado de origem, como forma de sanção ao contribuinte que aceita ou adere a programas instituídos por outros Estados, de forma a neutralizar o benefício;

(ii) o que está ocorrendo com base no Comunicado CAT 36/2004, como demonstrado na petição inicial do mandado de segurança, é principalmente a glosa de créditos já escriturados no passado pelos contribuintes em função de suas operações interestaduais, e que agora estão sendo submetidos a questionamento, no período de até cinco anos para trás. Portanto, não é concebível – e nem foi demonstrado pelo Estado – que a previsão orçamentária pudesse levar em conta créditos apropriados pelos contribuintes em relação a operações ocorridas nos últimos cinco anos. O que a previsão orçamentária contempla é a estimativa de impostos para receber em um dado ano, fruto de fatos geradores neste mesmo ano ocorridos.

61. O **quarto** fundamento alegado pelo Estado de São Paulo para demonstrar que a decisão proferida em sede de acórdão prolatado pelo E. Tribunal local trará enormes prejuízos à economia estadual, consubstanciou-se em suposta reiteração de demandas de mesmo objeto.

62. Ora Excelências, para que se alegue que o v. acórdão trará enormes prejuízos à economia estadual **é mister que se faça prova do alegado**, o que não o fez o Estado de São Paulo, por todos os motivos acima apresentados.

63. Além disso, o simples fato de gerar “inúmeras” demandas em todo o território estadual só vem a demonstrar os relevantes fundamentos que sustentam a presente ação judicial contra as disposições do indigitado Comunicado CAT 36/04.

64. Ademais, se o Estado de São Paulo está convicto acerca da constitucionalidade do Comunicado CAT 36/2004, não há razão para se preocupar com tais ações judiciais, tendo em vista que, após o julgamento do Recurso Extraordinário nº. 628.075 (*leading case*), o entendimento então lá consignado será aplicado às demais medidas judiciais.

65. Em **quinto e último lugar** é de se destacar que faz prova da inexistência de prejuízo ao Erário, a verificação do orçamento do Estado de São Paulo nos últimos anos (doc. anexo⁷). Isso porque, é de conhecimento público e notório que a receita estadual vem crescendo substancialmente, mesmo estando diante de matéria em que, como visto acima, discute a legitimidade de créditos oriundos de legislações pretéritas de outros Estados da Federação.

66. E é importante salientar que, por meio de uma leitura detida do orçamento do Estado de São Paulo, verifica-se que desde o 2012 (ano em que o Estado interpôs o Agravo contra a decisão que havia rejeitado sua Suspensão de Segurança) até o presente momento (quando a Suspensão de Segurança foi concedida), as receitas do Estado de São Paulo aumentaram significativamente.

67. Ora, se em 06 de março de 2012, data em que o Estado de São Paulo interpôs seu Agravo Regimental, ela afirmou estar sofrendo grave lesão à sua economia em razão do v. acórdão que objetiva suspender, como pode, após mais de 03 (três) anos, mesmo sem a suspensão da aludida decisão, ter obtido um aumento tão considerável na arrecadação? Essa situação deixa evidente que a vigência do v. acórdão proferido pelo E. Tribunal “a quo” jamais ocasionou qualquer lesão ao Erário Estadual, o corrobora a desnecessidade de sua concessão nesse momento.

68. Por todas as razões acima, resta evidente que não estão presentes os pressupostos autorizadores para a suspensão dos efeitos do v. acórdão prolatado pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo, razão pela qual deve ser integralmente reformada a r. decisão agravada que acolheu a Suspensão de Segurança do Estado de São Paulo.

III.3 – O TRÂNSITO EM JULGADO DO V. ACÓRDÃO PROFERIDO PELO E. TRIBUNAL “A QUO” – QUESTÃO PREJUDICIAL AO CONHECIMENTO DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

69. Não fosse o acima exposto, não há, ainda, como ser admitida a presente Suspensão de Segurança ajuizada pelo Estado de São Paulo uma vez que **houve o trânsito em julgado do v. acórdão que se busca a suspensão dos efeitos.**

70. Isso porque, da análise do v. acórdão proferido, verifica-se que quatro foram as razões do E. Tribunal “a quo” para sustentar a ilegitimidade do Comunicado CAT 36/2004, cada qual autônomo e suficiente ao acolhimento da pretensão, a saber:

(i) ausência de fundamento legal ou constitucional para instituição da vedação à apropriação de créditos de ICMS como proposto pelo instrumento infralegal, uma vez que o artigo 155, § 2º, inciso XII alínea “g” da Constituição Federal somente impõe a necessidade de existência de Convênio entre os Estados para a instituição de benefícios fiscais, o que não é o caso dos benefícios listados no Comunicado CAT 36/2004, que são benefícios financeiros;

(ii) a imposição de restrições à apropriação integral de créditos de ICMS pelo Estado de São Paulo viola o princípio da separação dos poderes, uma vez que pretende fazer as

⁷ O Agravante junta apenas parte do Orçamento de 2015, porém, a íntegra pode ser obtida no seguinte site: <http://www.al.sp.gov.br/leis/orcamento/>

vezes de provimento jurisdicional, o que implica na usurpação do controle de constitucionalidade das Leis, reservado ao Poder Judiciário;

(iii) viola o princípio da presunção de legitimidade das leis editadas pelos outros Estados da Federação, já que é necessário primeiro que a lei seja declarada nula pelo Poder Judiciário e só depois podem ser aplicadas as consequências dessa nulidade; e

(iv) configura meio ilegítimo para questionar os regimes jurídicos do ICMS instituídos pelas unidades federadas, uma vez que somente a decisão proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade legitimaria a conduta adotada pela Fazenda do Estado de São Paulo.

71. De fato, este próprio A. Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida nesses autos pela Exma. Ex-Presidente Ellen Gracie, expressamente reconheceu a existência de diversos fundamentos constitucionais autônomos, que embasaram as razões de decidir do v. acórdão recorrido. Veja-se:

“Inicialmente, reconheço que a controvérsia deduzida na origem evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de violação aos princípios da separação dos poderes e da presunção de legitimidade dos atos administrativos, além da inconstitucionalidade das restrições criadas pelo Comunicado CAT nº 36/2004 (petição inicial, fls. 22-52; e acórdão impugnado, fls. 96-109).”

72. O Estado de São Paulo, no entanto, sustenta a incorreção do entendimento proferido pelo v. acórdão recorrido, ao exclusivo fundamento de que teria havido violação ao artigo 155, parágrafo 2º, XII, “g” da Constituição Federal cc o artigo 1º, parágrafo único, incisos II e IV, da Lei Complementar nº 24/75.

73. Decorre do exposto, com a devida vênia, que o Estado de São Paulo não atacou todos os fundamentos constitucionais e legais autônomos e suficientes para a manutenção do v. acórdão recorrido, ocorrendo, por consequência, o trânsito em julgado da decisão proferida pelo E. Tribunal “a quo”. Explica-se.

74. Qualquer um dos fundamentos expostos no v. acórdão é suficiente para mantê-lo, por constituir razão autônoma ao acolhimento da pretensão. Ou seja, decidiu-se pela ilegitimidade do Comunicado CAT 36/2004, pois o instrumento (i) não encontra fundamento legal ou constitucional para instituir a vedação a que se propôs, (ii) viola o princípio da separação dos poderes, (iii) viola o princípio da presunção de legitimidade das leis editadas pelos outros Estados da Federação e (iv) configura meio ilegítimo para questionar os regimes jurídicos do ICMS instituídos pelas unidades federadas, uma vez que somente a decisão proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade legitimaria a conduta adotada pelo Estado de São Paulo.

75. O Estado de São Paulo pretende, porém, a reforma do v. acórdão “a quo” ao exclusivo argumento de que o Comunicado CAT 36/2004 encontraria fundamento de validade no artigo 155, parágrafo 2º, XII, “g” da Constituição Federal cc o artigo 1º, parágrafo único, incisos II e IV, da Lei Complementar nº 24/75.

76. No entanto, tal argumento, ainda que fosse acolhido por este A. Supremo Tribunal Federal, não teria o condão de alterar as premissas de que o Comunicado CAT 36/2004 violaria os princípios da Separação dos Poderes e da presunção da legitimidade

das normas Estaduais, além do que revela instrumento jurídico impróprio para questionar o tema a que se propôs, uma vez que é de competência exclusiva do Poder Judiciário (e especificamente deste A. Supremo Tribunal Federal) o controle de constitucionalidade das Leis.

77. Não teria também o condão de afastar a inegável constatação de que o que o Estado de São Paulo pretende é discutir também suposta violação a dispositivos da LC 24/75, mas não interpôs Recurso Especial.

78. Portanto, o v. acórdão se assentou em fundamentos constitucionais e legais suficiente à sua manutenção e que não foram objeto de recurso pelo Estado de São Paulo, o que acarretou no seu trânsito em julgado. Isso porque quando a decisão se baseia em fundamentos autônomos, cada qual suficiente à sua manutenção, se um deles não for impugnado, a decisão transita em julgado com base naqueles fundamentos suficientes à sua manutenção, exatamente o que ocorreu no caso presente. A doutrina bem esclarece o quanto sustentado acima:

"Naturalmente, quanto a este último quesito, se a decisão se funda em mais de um fundamento, sendo um deles correto, poderá não haver espaço para o recurso de índole excepcional, se o fundamento correto revelar-se necessário e suficiente para colocar a salvo o julgado. É a lição de Calamandrei: "Affinchè la sentenza basata su più motivi sia valida occorre dunque che il motivo non erroneo sia tale da escludere e neutralizzare il motivo o i motivi viziati d'errore."

Essa é, de resto, a doutrina do fundamento suficiente, acolhida na Súmula 283 do STF:..."

(Rodolfo de Camargo Mancuso, Recurso Extraordinário e Recurso Especial, 9º ed., Ed. Revista dos Tribunais, 2004)

"Se a decisão do tribunal "a quo" encontra-se amparada em mais de um fundamento, não complementares entre si mas suficientes, autonomamente considerados, para sustentar a conclusão do julgamento, o recurso que se pretende interpor atacando apenas uma ou mais desses fundamentos, mas não todos aqueles em que se apóia a decisão, não pode trazer qualquer benefício para o recorrente, já que, ainda que provido no que respeita ao fundamento impugnado, a conclusão ainda se manteria pelos demais, que não foram objeto de recurso ou em relação aos quais o recurso não é cabível."

(Nelson Luiz Pinto, Manual dos Recursos Cíveis, 3º ed., Malheiros Editores, 2004, pag 291)

79. Nesse sentido também já se consolidou a jurisprudência desse A. Supremo Tribunal Federal, conforme se nota do verbete consagrado da Súmula 283:

Súmula 283/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles."

80. Oportuno colacionar alguns julgados desse A. Supremo Tribunal Federal decretando o não conhecimento de Recursos Extraordinários que não atacaram os fundamentos suficientes dos acórdãos recorridos:

"Recurso extraordinário: descabimento: fundamento constitucional do acórdão recorrido - necessidade de lei autorizando o creditamento presumido de ICMS à luz do art. 150, § 6º, da Constituição -, suficiente à sua manutenção, não impugnado no recurso extraordinário: incidência da Súmula 283. 2. Decisão judicial: motivação

suficiente: improcedência das alegações de negativa de prestação jurisdicional e de inexistência de motivação do acórdão recorrido. Precedente (RE 140.370, Pertence, RTJ 150/269).

(AI-AgR 621718 / RS, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ 10-08-2007)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEGISLAÇÃO LOCAL. LEI N. 92/90. SÚMULA N. 280 DO STF. FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS E SUFICIENTES. SÚMULA N. 283 DO STF. 1. Para dissentir-se do acórdão impugnado seria necessária a análise da legislação local que disciplina a espécie. Incidência do óbice da Súmula n. 280 do STF. 2. Se a decisão agravada tem dois fundamentos autônomos e suficientes para a sua manutenção e a parte impugna apenas um deles, incide, no caso, o óbice da Súmula n. 283 do STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE-AgR 376453 / DF, Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJ 28-09-2007)

81. Portanto, não tendo o Estado de São Paulo apresentado Recurso Extraordinário contra os fundamentos suficientes à manutenção do v. acórdão recorrido, impõe-se a aplicação da Súmula nº. 283 deste A. Supremo Tribunal Federal.

82. À evidência, operou-se o fenômeno da preclusão com o consequente trânsito em julgado da decisão recorrida, pois o Recurso Extraordinário interposto não se dirigiu a todas as questões constitucionais debatidas e decididas nos autos, nem tampouco impugnou os seus fundamentos. Se o Estado entendeu apenas injusta a decisão, olvidou-se de que os Recursos Extraordinários *lato sensu* não se prestam a corrigir eventuais (porém inexistentes, em concreto) injustiças. Neste sentido, o magistério de Nelson Nery Junior:

"Os recursos especial e extraordinário são meios excepcionais de impugnação das decisões judiciais, não se configurando como terceiro ou quarto graus de jurisdição. Não se prestam a correções de injustiças e se destinam à uniformização do entendimento da lei federal no país (REsp) e à salvaguarda dos comandos emergentes da CF (RE)"⁸⁸

83. Frise-se que todo o fundamento exposto neste tópico foi detalhado nas contrarrazões apresentadas pelo Agravante em face do Recurso Extraordinário interposto pelo Estado de São Paulo.

84. Assim, não estando mais a matéria *sub judice*, uma vez que houve o trânsito em julgado do v. acórdão objeto do pleito de suspensão de segurança, não há qualquer efeito do mesmo a ser suspenso, carecendo, portanto, de interesse processual a Fazenda do Estado de São Paulo para deduzir a presente suspensão de segurança, conforme será demonstrado no tópico a seguir.

(A) NÃO CONHECIMENTO DA PRESENTE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA EM RAZÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE SE OBJETIVA SUSPENDER

85. O Agravante demonstrou acima que houve o trânsito em julgado do v. acórdão recorrido, o qual foi objeto de Recurso Extraordinário interposto pelo Estado, recurso este que devolveria a matéria *sub judice* para apreciação desse A. Supremo Tribunal Federal.

⁸⁸"Princípios Fundamentais - TEORIA GERAL DOS RECURSOS", Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, pg. 246

86. Entretanto, tendo ocorrido o trânsito em julgado do v. acórdão, em vista da existência de fundamentos constitucionais suficientes à sua manutenção não atacados pela Fazenda Paulista, resta evidente que o Recurso Extraordinário interposto não teria o condão de alterar a decisão prolatada pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo.

87. É dizer, a decisão que o Estado de São Paulo busca suspender não é mais passível do veículo extremo da suspensão de segurança, pois os efeitos mandamentais oriundos do v. acórdão prolatado pelo E. Tribunal “a quo” já são definitivos, por força da coisa julgada.

88. Nesse passo, é importante frisar que a ação de Suspensão de Segurança possui natureza cautelar e como tal é sempre ação acessória, sendo dependente, portanto, da ação principal, que nesse caso seria o mandado de segurança originário, que já conta com trânsito em julgado de decisão lá proferida.

89. Por esse motivo, como a decisão proferida no mandado de segurança já é definitiva, sendo que o Recurso Extraordinário interposto pelo Estado de São Paulo não terá o condão de alterar esta realidade, não há como prosperar a Suspensão de Segurança, por ser essa última dependente da ação principal, conforme determina o art. 796 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Art. 796 – O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.” (destacamos)

90. Assim, finda a discussão travada na ação principal, por força do trânsito em julgado, fica prejudicado o prosseguimento de qualquer discussão em ação acessória daquela.

91. Nesse particular, o Agravante pede vênia para transcrever trecho do voto esclarecedor proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, nos autos do Agravo Regimental em Suspensão de Segurança nº 817-1/PR, que reforça o todo acima exposto:

“A suspensão de segurança, malgrado suas singularidades, é medida cautelar, por isso, “sempre dependente” do processo principal, na linguagem do art. 796 C.Pr.Civil: extinto este, com o trânsito em julgado da decisão concessiva da segurança, é óbvio o descabimento da suspensão de sua eficácia, que só se defere para salvaguardar, das lesões que a execução provisória acarretaria, o efeito útil de eventual decisão de recurso contra o impetrante.”

92. Assim, tendo em vista que houve o trânsito em julgado do v. acórdão objeto de Recurso Extraordinário interposto pelo Estado de São Paulo, não há como prosperar a suspensão de segurança proposta.

93. Além disso, de se ver que a **inocorrência do trânsito em julgado** já foi alçada por este A. Supremo Tribunal como **requisito de admissibilidade da suspensão de segurança.**

94. É o que pode ser verificado no trecho da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, nos autos da Suspensão de Segurança nº 817-1/PR:

“...impende destacar – a partir da informação ministrada pela própria parte ora requerente (fls. 6) – a ocorrência, no caso, de uma peculiaridade que se reveste de

inquestionável relevo jurídico-processual. Trata-se da circunstância de que, na espécie, operou-se o trânsito em julgado do acórdão concessivo do mandado de segurança, decisão esta que constitui objeto do pedido de suspensão ora formulado.

A excepcionalidade do instrumento processual em questão – acentuada pelo fato de que se destina a neutralizar, ainda que transitariamente, a eficácia tutelar de um dos mais expressivos meios de proteção constitucional – impõe que a sua utilização dependa, para a adequada realização dos objetivos visados pelo legislador, da estrita observância de determinados pressupostos, um dos quais consiste na inocorrência do trânsito em julgado da decisão concessiva do mandado de segurança.

Trata-se, na realidade, de requisito negativo que, pressupondo situação processual específica – existência de provimento mandamental ainda pendente de impugnação recursal –, submete a válida utilização desse extraordinário mecanismo de contracautela à estrita observância do pressuposto em questão.”

95. Como se depreende da decisão acima, esta Corte Suprema já se manifestou expressamente no sentido de que a Suspensão de Segurança deve observar alguns pressupostos, um dos quais consiste na inocorrência do trânsito em julgado da decisão concessiva da segurança.

96. Nesse passo, tendo em vista que já se operou no presente caso o trânsito em julgado do v. acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo, é inadmissível a utilização da presente via processual para alcançar os efeitos desejados pelo Estado de São Paulo.

97. Caso o Estado esteja realmente convicto de seu direito poderá ajuizar ação competente visando rescindir o julgado, entretanto, não pode mais pleitear a suspensão do v. acórdão “a quo” tendo em vista que o mesmo já produz efeitos plenos e definitivos, em razão do trânsito em julgado.

98. Nesse sentido, confira-se mais um trecho da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello nos autos do Agravo Regimental em Suspensão de Segurança nº 817-1/PR, que corrobora o todo exposto:

“A suspensão de segurança não pode e não deve ser utilizada como sucedâneo da ação rescisória, pois a função processual que lhe é inerente – atuar como instrumento de contracautela – exaure-se com o trânsito em julgado da decisão concessiva do remédio constitucional.

(...) Essa é a razão pela qual o próprio legislador, ao delinear a eficácia temporal essencialmente limitada desse meio processual, prescreveu, em regra cogente, que “A suspensão de segurança vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva (...) transitar em julgado.” (Lei nº 8.038/90, art. 25, § 3º; RISTF, art. 297, § 3º - grifei).

99. Como se nota, este A. Supremo Tribunal Federal entendeu que a Suspensão de Segurança não pode e nem deve ser utilizada como substituta da ação Rescisória, bem é assente na jurisprudência desta A. Suprema Corte que de acordo com a Lei nº 8.038/90, art. 25, § 3º⁹ e RISTF, art. 297, § 3º¹⁰ a suspensão de segurança perde todos os seus efeitos quando houver o trânsito em julgado da decisão concessiva de segurança.

⁹ Art. 25. Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.

(...) § 3º A suspensão de segurança vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ou transitar em julgado.

100. Inclusive, nesse particular, cabe destaque para a Súmula 626 deste A. Supremo Tribunal Federal, que é expressa ao determinar que a suspensão de segurança somente produzirá efeitos até o trânsito em julgado da decisão que se busca suspender. Confira-se, *in verbis*:

“A SUSPENSÃO DA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA, SALVO DETERMINAÇÃO EM CONTRÁRIO DA DECISÃO QUE A DEFERIR, VIGORARÁ ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO DEFINITIVA DE CONCESSÃO DA SEGURANÇA OU, HAVENDO RECURSO, ATÉ A SUA MANUTENÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DESDE QUE O OBJETO DA LIMINAR DEFERIDA COINCIDA, TOTAL OU PARCIALMENTE, COM O DA IMPETRAÇÃO.”

101. Pelo exposto, resta demonstrado que não merece conhecimento a Suspensão de Segurança proposta pelo Estado de São Paulo, uma vez que houve o trânsito em julgado do v. acórdão “a quo”.

III.4 – A MODULAÇÃO DE EFEITOS DE EVENTUAL DECISÃO NO RE 628.075 RECONHECENDO A IMPOSSIBILIDADE DA MANUTENÇÃO DOS CRÉDITOS DE ICMS ORIUNDOS DE BENEFÍCIOS E ISENÇÕES CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELOS ESTADOS PARA EVITAR GRAVES DANOS AOS CONTRIBUINTES QUE CONFIAVAM NAS LEGISLAÇÕES REGULARMENTE VIGENTES – OS DANOS IRREPARÁVEIS DECORRENTES DO ACOLHIMENTO DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

102. Esse Exmo. Presidente afirmou na r. decisão agravada que, existindo a comprovação do risco de grave lesão à ordem e à economia públicas, e tratando-se de questão constitucional, seria cabível o restabelecimento da ordem de suspensão dos efeitos do acórdão prolatado pelo E. Tribunal de Justiça nos autos da Apelação Cível nº. 9191850-83.2006.8.26.000, que afastou as restrições do Comunicado CAT 36/2004.

103. Todavia, como demonstrado anteriormente pelo Agravante, o fato de a matéria ora em debate envolver questão constitucional, inclusive com repercussão geral reconhecida, não indica que essa A. Suprema Corte julgará o aludido Comunicado CAT 36/2004 constitucional, ao contrário, o atual cenário jurisprudencial desse A. Supremo Tribunal Federal e do A. Superior Tribunal de Justiça denota que esse ato administrativo será declarado, definitivamente, ilegítimo.

104. Contudo, ainda que, por absurdo, esse A. Supremo Tribunal Federal viesse a entender pela constitucionalidade do referido Comunicado CAT 36/2004 no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 628.075 (*leading case*), evidentemente que acórdão, ao contrário da r. decisão agravada, somente produziria efeitos para as situações futuras, preservando-se, assim, o passado, em nome da segurança jurídica e, conseqüentemente, evitando-se grave dano aos contribuintes e ao desenvolvimento das atividades econômicas nacionais.

¹⁰ Art. 297. Pode o Presidente, a requerimento do procurador-Geral, ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar, ou da decisão concessiva de mandado de segurança, proferida em única ou última instância, pelos tribunais ou federais. (...)

§ 3º A suspensão de segurança vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida pelo Supremo Tribunal Federal ou transitar em julgado.

105. Isso porque, justamente com o fim de evitar graves danos aos contribuintes em situações similares à presente é que esse A. Supremo Tribunal Federal, em inúmeros casos, têm modulado os efeitos de suas decisões, especialmente nos casos que envolvem a temática da chamada “guerra fiscal”, ora em debate. Demonstra-se.

106. No julgamento da ADI 429 em 20/08/2014¹¹, esse A. Supremo Tribunal, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade, sem a pronúncia de nulidade, do §2º do art. 192, da Constituição do Estado do Ceará, que concedia isenção de ICMS aos implementos e equipamentos destinados aos deficientes físicos auditivos, visuais, mentais e múltiplos, bem como aos veículos automotores de fabricação nacional com até 90 HP de potência adaptados para o uso de pessoas portadoras de deficiência. Na ocasião, esse A. Supremo Tribunal Federal ainda prolongou o prazo de sobrevivência do benefício por 12 meses, tempo hábil para a manifestação do CONFAZ.

107. Na mesma linha, no julgamento da ADI 4481 em 11/03/2015, esse A. Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 1º, inciso II, e dos artigos 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 8º e 11 da Lei nº 14.985/06, do Estado do Paraná, que concedia benefícios fiscais relacionados ao ICMS e, ainda, modulou a declaração de inconstitucionalidade para que tenha eficácia a partir da sessão de julgamento, ocorrida em 11/03/2015. Confira-se:

I. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL QUE INSTITUI BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO INTERESTADUAL PRÉVIO. OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, g, DA CF/88. II. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS.

1. A instituição de benefícios fiscais relativos ao ICMS só pode ser realizada com base em convênio interestadual, na forma do art. 155, §2º, XII, g, da CF/88 e da Lei Complementar nº 24/75.

2. De acordo com a jurisprudência do STF, o mero diferimento do pagamento de débitos relativos ao ICMS, sem a concessão de qualquer redução do valor devido, não configura benefício fiscal, de modo que pode ser estabelecido sem convênio prévio.

3. A modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade decorre da ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, uma vez que a norma vigorou por oito anos sem que fosse suspensa pelo STF. A supremacia da Constituição é um pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade, sendo insuscetível de ponderação por impossibilidade lógica.

4. Procedência parcial do pedido. Modulação para que a decisão produza efeitos a contar da data da sessão de julgamento.

(ADI 4481, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 18-05-2015 PUBLIC 19-05-2015)

108. Assim, percebe-se a nítida preocupação dessa Suprema Corte em resguardar a segurança jurídica, princípio tão caro à Ordem Constitucional brasileira, que o ilustre Professor Paulo de Barros Carvalho o classifica como um “sobreprincípio”¹². Na mesma esteira, afirma o ilustre Professor José Afonso da Silva:

¹¹ Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

¹² “A segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio. Não temos notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação de princípio, como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição e outros mais.” CARVALHO, Paulo de Barros. *O sobreprincípio da Segurança Jurídica e a revogação das normas tributárias*. In: *Crédito-Prêmio de IPI – Estudos e Pareceres III*. São Paulo. Ed. Manole. pp. 17 e 18

*A segurança do direito se refere à proteção do direito objetivo, à sua positividade; exige o seguro conhecimento das normas jurídicas, a possibilidade de comprovar com firmeza os fatos dos quais depende sua aplicação, a segura aplicabilidade do direito estabelecido. Já a segurança jurídica de que se trata aqui se refere, não ao direito objetivo, e sim à proteção dos direitos subjetivos, em face das mutações formais do direito posto, em face especialmente da sucessão de leis no tempo e à necessidade de assegurar a estabilidade dos direitos adquiridos. A segurança jurídica dos direitos subjetivos consiste no 'conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida'*¹³

109. Sobre o mesmo tema, preciso é o magistério da Exma. Ministra Cármen Lúcia, publicado na mesma obra:

Segurança jurídica poderia mesmo parecer tautologia. Direito e segurança andam juntos. Claro: o direito põe-se para dar segurança, pois, para se ter insegurança, direito não é necessário. Mas a segurança não é imutabilidade, pois esta é própria da morte. A vida, esta, rege-se pelo movimento, ela se cria, é movível. O que se busca é a segurança do movimento. Ele pode se produzir no sentido do incerto, o que é contrário ao direito, gerando desconforto e instabilidade para as pessoas.

(...)

A segurança não é, contudo, valor, é qualidade de um sistema ou de sua aplicação. Valor é a justiça, que é buscada pela positivação e aplicação de qualquer sistema. O que é seguro pode não ser justo, mas o inseguro faz-se injustiça ao ser humano, tão carente de certeza é ele em sua vida.

*Segurança jurídica é o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas. Este direito articula-se com a garantia da tranqüilidade jurídica que as pessoas querem ter, com a sua certeza de que as relações jurídicas não podem ser alteradas numa imprevisibilidade que as deixe instáveis e inseguras quanto ao seu futuro, quanto ao seu presente e até mesmo quanto ao seu passado.*¹⁴

110. Os excertos acima denotam a necessidade de se respeitar e garantir a segurança jurídica, pois trata-se de um dos mais caros princípios constitucionais, tanto por auxiliar a manter a coesão e coerência do Estado, quanto por servir de garante aos direitos individuais.

111. Ademais, vale lembrar que a legislação infraconstitucional, consubstanciada no Código Tributário Nacional, aduz, claramente, mecanismo de proteção à segurança jurídica em seu artigo 146:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em conseqüência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

112. Ora, tal dispositivo tem uma clara razão de ser, qual seja, afirmar que não pode o contribuinte ser pego desprevenido, por cobrança de tributos de maneira retroativa, por claras razões.

¹³ SILVA, José Afonso da, *Constituição e Segurança Jurídica*, In: *Constituição e Segurança Jurídica – Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, Belo Horizonte, Ed. Fórum 2ª Edição, p. 19

¹⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade*, In: *Constituição e Segurança Jurídica – Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, Belo Horizonte, Ed. Fórum 2ª Edição, p. 168.

113. Tal lógica foi elevada pelo Direito Pátrio à categoria de princípio – “princípio da anterioridade”, ou ainda, “princípio do não confisco”. Acerca desta questão, afirma o Ilmo. Prof. Paulo de Barros Carvalho:

Como expressão do imperativo da segurança do direito, as normas jurídicas se voltam para a frente, para o porvir, para o futuro, obviamente depois de oferecido ao conhecimento dos administrados, seu inteiro teor, o que se dá pela publicação do texto legal. Na linha de realização desse valor supremo, estatui a Constituição do Brasil que a ‘lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’ (art. 5º, XXXVI). E fere a consciência jurídica das nações civilizadas a idéia de que a lei possa colher fatos pretéritos, já consolidados e cujos efeitos se canalizaram regularmente em consonância com as diretrizes da ordem institucional.¹⁵

114. É afirmar o óbvio dizer que eventual decisão, como a ora agravada, que considera não ser possível o creditamento de ICMS incidente em operação oriunda de outro ente federado que concede, unilateralmente, benefício fiscal, pode acarretar graves danos para todos os contribuintes que confiavam nas legislações regularmente vigentes.

115. E é exatamente essa situação que esse A. Supremo Tribunal Federal vêm tentando evitar, mediante a modulação dos efeitos de suas decisões.

116. Não se pode esquecer do caráter normativo da jurisprudência. Ainda que alguns não o aceitem em teoria, o fato é que, na prática, o Judiciário espera que suas interpretações das normas sejam seguidas e os cidadãos assim o fazem. O próprio legislador vem reconhecendo este caráter normativo nas recentes alterações da legislação processual, conforme observa a lição do Exmo. Sr. Ministro e Professor Luis Roberto Barroso, em parecer sobre a modulação dos efeitos da decisão:

No Brasil dos últimos anos, o papel da jurisprudência teve tal expansão que alguns autores passaram a incluí-la no rol das fontes formais do direito. Independentemente de se aderir ou não a essa doutrina, é inegável o movimento no sentido de se valorizar o papel dos precedentes judiciais. Confirmam-se alguns marcos nessa direção: de longa data a divergência jurisprudencial tem sido fundamento para a interposição de recurso extraordinário (nos regimes constitucionais anteriores) e de recurso especial, no regime atual: CF, art. 102, III, c; o texto constitucional confere efeitos vinculantes a precedentes do STF em ação direta de inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade: CF, art. 102, § 2º; a decisão proferida pelo STF na arguição de descumprimento de preceito fundamental também terá efeito vinculante, conforme determinação legal: Lei nº 9.882, de 3.12.99; o texto constitucional, em inovação introduzida pela EC nº 45/04, passou a prever a súmula vinculante: CF, art. 103-A; o relator poderá, monocraticamente, negar seguimento ou dar provimento a recurso, conforme a decisão impugnada haja observado ou esteja em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de tribunal superior: CPC, art. 557, § 1º; a sentença proferida contra a Fazenda Pública produzirá seus efeitos, independentemente do duplo grau de jurisdição, se estiver fundada na jurisprudência do plenário do STF ou em súmula deste tribunal superior competente: CPC, art. 475, § 3º.

(...) Quando uma corte de justiça, notadamente o Supremo Tribunal Federal, toma a decisão grave de reverter uma jurisprudência consolidada, não pode nem deve fazê-lo com indiferença em relação à segurança jurídica, às expectativas de direito por ele próprio gerada, à boa-fé e à confiança dos jurisdicionados. Em situações como esta, é a própria credibilidade da mais alta corte que está em questão

¹⁵ CARVALHO, Paulo de Barros: Curso de Direito Tributário. 18ª Ed. Saraiva, p. 94.

117. Cumpre, ainda, citar o ilustre Professor Tércio Sampaio Ferraz Jr, ao discorrer sobre o chamado “*sistema de contrapesos, capaz de garantir o interesse de justiça de Justiça. Ou seja, dar-lhe o sentido pleno de razoabilidade*”:

*A regularidade jurisprudencial, à instância de tribunais superiores, confere, nesses termos, à presunção (marginalmente irreal) de acerto uma espécie de sucedâneo real: a certeza do direcionamento na tomada de decisão judicial. No mínimo é provável que os particulares, leigos, confiando na informação proporcionada pelos peritos em direito, venham a tomar medidas e propor determinados negócios jurídicos.*¹⁶

118. Afirma, ainda, especificamente sobre o princípio da segurança jurídica:

*O problema sério, a ser encarado, no caso da jurisprudência judicial está, então, na determinação de uma medida razoável para a eventual manutenção pelos tribunais, de uma jurisprudência outrora consolidada para casos anteriores à sua alteração. Até porque, afinal, a antiga jurisprudência ter-se-ia revludo insustentável à luz do conhecimento apurado ou até de mudanças nas relações sociais, políticas, econômicas, razão pela qual teria sido alterada. Assim, o que se deve ter em mente não é uma analogia generalizadas, isto é, aplicada genericamente a todas as situações de alteração jurisprudencial, mas sim, uma analogia efetuada diante de cada caso. Certamente há de se examinar, assim, se uma verdadeira ruptura jurídica não estaria ocorrendo por força de uma mudança jurisprudencial, em termos de uma grave quabrea de confiança. Ou seja, é preciso que os tribunais, no caso em que intentem desviar-se de uma jurisprudência longamente estabelecida, tenham, também em conta o que representa a confiança na permanência dessa jurisprudência. Essa é uma questão que exige atenção ao princípio da razoabilidade.*¹⁷(destaques nossos)

119. Assim, o princípio da razoabilidade opera em favor dos contribuintes, que, de boa-fé, confiaram na reiterada jurisprudência do Judiciário, no sentido de que somente pela declaração de inconstitucionalidade, ou pela revogação, pode uma norma ser retirada do ordenamento jurídico, agiram de acordo com o que foi determinado, não podendo ter seus créditos tributários indevidamente glosados.

120. Diante do panorama acima exposto, resta evidente que, ainda que esse A. Supremo Tribunal Federal venha a entender, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 628.075 (leading case), que o Comunicado CAT 36/2004 é constitucional, ele provavelmente modulará os efeitos de tal decisão, a fim de que ela se aplique apenas às situações futuras, evitando-se, assim, graves danos aos contribuintes. Isso porque é esse o entendimento que essa A. Suprema Corte vêm adotando em outras situações similares, objetivando impedir danos imensuráveis aos contribuintes e ao desenvolvimento das atividades econômicas nacionais.

121. Ocorre que, a r. decisão agravada, ao acolher a Suspensão de Segurança do Estado de São Paulo, está em conflito com esse entendimento dessa Suprema Corte que visa preservar a segurança jurídica, já que está aplicando eventual entendimento desfavorável aos contribuintes para situações passadas, ocasionando-lhe diversos transtornos, agravada pelo fato de a matéria ainda não ter sido definitivamente julgada.

122. Em suma, por todo o acima exposto, ainda que se considerem inconstitucionais os benefícios em questão no julgamento do Recurso Extraordinário nº.

¹⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Parecer. In: Crédito-Prêmio de IPI – Estudos e Pareceres III. São Paulo. Ed. Manole. p. 33.

¹⁷ *Idem*. P. 43.

628.075 (leading case), a presente Suspensão de Segurança jamais poderia ser acolhida, pois ocasionará danos imensuráveis aos filiados do Agravante, em flagrante dissonância do posicionamento recente desse A. Supremo Tribunal Federal que está modulando os efeitos de suas decisões para impedir a afronta à segurança jurídica quando os contribuintes agiram em plena consonância com as normas então vigentes à época da conduta.

123. Portanto, diante do cenário acima exposto, não há dúvidas de que, por mais essa razão, não há como prosperar a r. decisão agravada que acolheu a Suspensão de Segurança do Estado de São Paulo.

V - O PEDIDO

124. Ante o exposto, requer o Agravante seja recebido o presente Agravo, a fim de que:

(i) seja reconsiderada a r. decisão que deferiu a suspensão dos efeitos do v. acórdão prolatado pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo, por todos os fundamentos acima;

(ii) caso não acolhido o pedido precedente, seja o presente recurso levado a julgamento perante o Plenário deste A. Supremo Tribunal para que seja acolhida a preliminar suscitada, a fim de que seja não conhecida a Suspensão de Segurança ajuizada pelo Estado de São Paulo;

(iii) sucessivamente, caso superada a preliminar arguida, seja dado integral provimento ao presente recurso, mantendo-se, assim, na íntegra o v. acórdão prolatado pelo E. Tribunal “a quo”.

Termos em que,
Pede Deferimento
São Paulo, 08 de junho de 2015.

Cristiane Romano
OAB-SP 123.771
OAB-DF 1.503-A

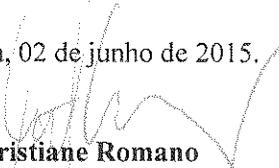
João Vitor Luke Reis
OAB/DF 24.837


Vivian Cintra Athanazio
OAB/DF 46.049

SUBSTABELECIMENTO

Substabeleço, pelo presente, com reservas, nas pessoas de **CAROLINA MARIA MATOS VIEIRA**, brasileira, solteira, advogada, inscrita na OAB/DF sob o nº 20.322 e no CPF/MF sob o nº 843.716.333-15, **JOÃO VITOR LUKE REIS**, brasileiro, casado, advogado, inscrito na OAB/DF sob o nº 24.837 e no CPF/MF sob o nº 722.637.761-68, **LILIANNE PATRÍCIA LIMA**, brasileira, solteira, advogada, inscrita na OAB/DF nº 31.749 e no CPF/MF sob nº 000.159.251-37, **FELIPE MARQUES RIBEIRO**, brasileiro, casado, advogado, inscrito na OAB/DF sob o nº 33.279 e no CPF/MF sob o nº 002.448.371-04, **THALES SALDANHA FALEK**, brasileiro, solteiro, advogado, inscrito na OAB/DF sob o nº 35.857 e no CPF/MF 032.560.641-24, **LEANDRO RIBEIRO LEMOS PELIZ**, brasileiro, solteiro, advogado, inscrito na OAB/DF sob o nº 35.932 e no CPF/MF sob o nº 001.915.991-90, **VIVIAN CINTRA ATHANAZIO**, brasileira, solteira, advogada, inscrita na OAB/DF sob o nº. 46.049 e no CPF/MF 035.015.131-86, **FERNANDA BARACUÍ PEREIRA**, brasileira, solteira, advogada, inscrita na OAB/DF sob o nº. 46.623 e no CPF/MF sob 037.055.201-64, **ANDRÉ GRIBEL DE CASTRO MINERVINO**, brasileiro, casado, estagiário de Direito, inscrito no RG sob o nº 245.331-4 SSP/DF e no CPF/MF sob o nº 724.984.391-53, **FELIPE SILVA E MELO CABRAL**, brasileiro, solteiro, estagiário de Direito, inscrito no RG sob o nº 2.442.866 SSP/DF e no CPF/MF 036.926.871-76, **MARIANA FONTOURA DA ROSA**, brasileira, solteira, estagiária de Direito, inscrita no RG sob nº 2.907.542 SSP/DF e no CPF/MF 040.679.961-01, **VANESSA ALVES DE BRITO**, brasileira, solteira, estagiária de Direito, inscrita no RG sob o nº 2.844.725/DF e no CPF/MF 042.843.531-95, **MATHEUS SAMPAIO LACERDA**, brasileiro, solteiro, estagiário de Direito, inscrito no RG sob o nº 2.823.850/DF e no CPF/MF 045.444.091-01, **BEATRIZ TORRES FERNANDES**, brasileira, solteira, estagiária de Direito, inscrita no RG sob o nº 2.455.239/DF e no CPF/MF 731.454.401-87 e **MARIA CLARA SEABRA SALLUM**, brasileira, solteira, estagiária de Direito, inscrita no RG 2.544.550/DF e no CPF/MF 041.611.151-30, todos integrantes do Escritório Machado, Meyer, Sendacz, Opice e Romano Advogados, com escritório no Edifício Corporate Financial Center, SCN, Quadra 02, Bloco A, Sala 904-A, Brasília-DF, CEP 70.712-900, os poderes outorgados a mim por **SINDICATO DO COMÉRCIO ATACADISTA, IMPORTADOR, EXPORTADOR E DISTRIBUIDOR DE PEÇAS, ACESSÓRIOS E COMPONENTES PARA VEÍCULOS EM GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - SICAP**.

Brasília, 02 de junho de 2015.


Cristiane Romano
OAB/DF 1.503-A
OAB/SP 123.771