

**Núcleo de Metodologia de Ensino da FGV DIREITO SP**  
**Projeto Banco de Materiais de Ensino Jurídico Participativo**

**CASO FUNDAP**

**STF – MANDADO DE SEGURANÇA N. 21863 – 04/06/2012 – RELATOR: MIN. CÁRMEN LÚCIA**

**Autor: Prof. Eurico Marcos Diniz de Santi**

**OFICINA DE ROLE-PLAYING**

Identificar o grupo, marcando “X”

☐ FISCO

☐ CONTRIBUINTE

**Nota de (0-3): (0-2) = individual. (0-1) grupo**

Participantes ( máximo 1 minuto de fala)	Avaliação individual
1.	
2.	
3.	
4.	
5.	
<b>Critérios de Avaliação:</b> Atitude em sala de aula e argumentação individual na oficina: nota de 0-2: (0) ausente ou com atitude incompatível com a demanda da oficina, (1) argumentação suficiente e (2) argumentação excelente com participação paradigmática.	

Nota do Grupo (0-1)
Vencedor = (1)
Perdedor = (0)
<b>Critérios de Avaliação:</b> Votação em sala de aula e qualidade coletiva da argumentação do grupo

**Pontos a serem discutidos**

1. Discorrer sobre o tipo de benefício que Estado do Espírito Santo está concedendo ( se sujeito aos termos da Lei Complementar n. 24/75.
2. É constitucional/legal o Estado de São Paulo impor óbices à tomada dos créditos de ICMS?

**Objetivos da Oficina**

Apresentar a tributação incidente sobre operações praticadas pelas empresas comerciais. Discutir os reflexos da competência estadual do ICMS (imposto de caráter federal), Guerra Fiscal e Guerra dos Portos.

### DECISÃO:

MANDADO DE SEGURANÇA, COM PEDIDO DE LIMINAR. ICMS. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS. SISTEMA FUNDAP DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. ESTADO DE SÃO PAULO. ATOS NORMATIVOS QUE RESTRINGEM O DIREITO AO CRÉDITO. PEDIDO DE LIMINAR. DEFERIMENTO. TRATATIVAS PARA SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL. TRANSCURSO DO TEMPO. INVIABILIDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA NA ESPÉCIE: ILEGITIMIDADE DOS IMPETRANTES E SÚMULA 266. INDEFINIÇÃO DA QUESTÃO JURÍDICA. AFRONTA AO POSTULADO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. SEGUIMENTO NEGADO. LIMINAR CASSADA.

### Relatório

1. Mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado em 14.12.1993 pelo Estado do Espírito Santo e pelo Sindicato do Comércio de Exportação e Importação do Estado do Espírito Santo, contra ato do Governador de São Paulo.

### O caso

2. Os Impetrantes narram que o Estado do Espírito Santo “possui, desde 1970, o chamado Sistema Fundap pelo qual, basicamente, as empresas nele sediadas que realizem importações pelo Porto de Vitória podem receber empréstimos concedidos por intermédio do Banco de Desenvolvimento do Estado do Espírito Santo – BANDES, com recursos previstos em dotação orçamentária específicas para esse fim, e com o compromisso de retornarem o valor mutuado, além de realizarem com tais recursos investimentos em programas de desenvolvimento estadual” (fl. 3).

Após realçarem que os recursos advindos do recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) nas operações com mercadorias importadas ingressam no tesouro capixaba, relatam que o Estado de São Paulo, desconsiderando protocolo bilateral celebrado em 1985 sobre o sistema, “editou atos administrativos (Portarias CAT-54/93, CAT-85/93 e Resolução SF-52/93) restringindo o direito aos créditos de ICMS quando mercadorias importadas pelo Espírito Santo são destinadas a São Paulo” (fl. 4), onerando, assim, as mercadorias importadas pelo Estado do Espírito Santo.

E sustentam:

*“A questão fundamental geradora do conflito constitucional que se submete à decisão desse E. Supremo Tribunal é a de não poder um Estado-membro, unilateralmente, pura e simplesmente porque passou a entender de modo diferente a legislação em vigor, romper acordo bilateral, repelir as soluções de consenso e impor restrições ao comércio interestadual, sem que tenha previamente se socorrido do Poder Judiciário.*

*A restrição aos créditos de ICMS fere o art. 152 da Constituição Federal pois afeta o comércio interestadual. Realmente, restringindo os créditos do imposto, as mercadorias que forem importadas por outro Estado que não seja o Espírito Santo, dará direito a crédito integral de ICMS, enquanto a originária do Espírito Santo dará direito apenas a um crédito parcial. Ou seja, os bens importados oriundos do Espírito Santo têm, por ato unilateral de São Paulo, um tratamento diferenciado em razão da origem da mercadoria.*

*Agindo como fez, o Estado de São Paulo penalizou as importações realizadas através do Espírito Santo por torna-las mais onerosas do que as realizadas por outros Estados, o que corresponde a forma indireta de prejudicar o desenvolvimento da atividade comercial no Espírito Santo. **Por outro lado, ao limitar os Créditos de ICMS, toma para si uma parte que não lhe cabe da receita do imposto, pois, limitando o crédito de ICMS, faz com que esta parcela de crédito que não é admitida (e que cabe ao Espírito Santo) se transforme em maior arrecadação de São Paulo**” (grifos no original, fls. 4 e 5).*

Daí a alegação de afronta aos arts. 152 e 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República.

3. Os Impetrantes questionam, ainda, pudesse ser aproveitada a Lei Complementar n. 24, de 7.1.1975, que dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do antigo ICM, como fundamento legal para os atos impugnados, ao argumento de “*o regime do Fundap não se sujeita[r] às suas disposições, pois não é figura contemplada no art. 155, par. 2º, XII, ‘g’ da CF-88*”. E, ainda que se entendesse pela incidência da lei complementar mencionada, sustentam que “*o único dispositivo da LC-24/75 que prevê a figura da vedação ao crédito é seu artigo 8º, que dispõe sobre consequências que podem ser deflagradas em razão de um Estado descumprir as exigências nela previstas*” (fl. 11):

*“Na literalidade do dispositivo (art. 8º da LC 24/75), tais consequências são qualificadas como ‘sanções’ que, como tal, não poderiam ser deflagradas sem que, antes, fosse atendido o devido processo legal. E mais, como a divergência levantada pelo Estado de São Paulo diz respeito à legislação do Estado do Espírito Santo, não poderia ser imposta a consequência (negar o crédito de ICMS) sem que antes fosse, pelos canais adequados, juridicamente declarada a inconstitucionalidade da legislação reguladora do Fundap.*

*(...)*

*Esta fixação, pelo Estado de São Paulo, de uma unilateral ‘presunção de inconstitucionalidade’ da legislação do Espírito Santo, sem que tenha sido seguido o devido processo legal, viola até mesmo a invocada LC 24/75. Tal ‘presunção’ vem reiterada pela Resolução SF-52/93 como se fosse possível a um Estado, por si, arrogar-se a posição de juiz da constitucionalidade das leis de outros Estados da Federação e, por assim entender, negar o crédito de ICMS.*

*(...)*

*No caso concreto, ademais, um importante indicador de que não houve desrespeito à Constituição Federal e à LC-24/75 está no fato de que durante quase 20 anos São Paulo reconheceu o sistema FUNDAP, conforme Protocolo de 1985”* (fls. 12 e 13).

Concluem asseverando que “*o tema em discussão não é meramente tributário, mas*

*envolve o próprio relacionamento entre dois Estados da Federação em que um deles, dentro de sua autonomia legislativa e de gestão orçamentária de seus recursos, incentiva financeiramente certas atividades e, o outro, de forma indireta, toma atitude que compromete tal autonomia”, causando prejuízo, assim, ao princípio federativo.*

4. Pedem a concessão da segurança “*para o fim de serem canceladas as restrições aos créditos de ICMS, unilateralmente impostas através da Portaria CAT n. 85/93 e Resolução SF n. 52/93, em se tratando de operações interestaduais com mercadorias de procedência estrangeira remetidas a São Paulo por estabelecimentos sediados no Estado do Espírito Santo*” (fl. 18).

5. Os efeitos dos atos impugnados foram suspensos pela liminar do Ministro Sepúlveda Pertence em 17.12.1993, considerando, “*primeiro, [que] os atos questionados rompem o status quo de quase vinte anos; em segundo lugar, que as consequências fiscais e econômicas derivadas da ruptura do protocolo afetam em dimensões incomensuravelmente maiores e de modo irreparável o Estado requerente do que a manutenção provisória do status quo ante poderia afetar o poderoso Estado dirigido pela ilustre autoridade coatora*” (fl. 68).

Determinou-se, ainda, fossem requisitadas informações do Governador de São Paulo e também do Secretário da Fazenda daquele Estado, signatário dos atos normativos impugnados (fls. 67-68).

6. O Governador de São Paulo prestou informações em 12.1.1994 (Petição n. 608/1994), sustentando, preliminarmente: *a) a ilegitimidade ativa do Estado-impetrante, pois os atos normativos questionados restringiriam os creditamentos de empresas situadas no território paulista, razão pela qual o interesse do Estado do Espírito Santo na espécie seria apenas indireto, “abstrato e difuso demais para caracterizar-se como um direito individual apto a ser agasalhado em sede mandamental”* (fl. 87); *b) incompetência do Supremo Tribunal para apreciar a causa originariamente, resultante da exclusão do Estado do Espírito Santo do pólo ativo da demanda, a qual passaria a envolver apenas o sindicato representante de empresas sediadas no Espírito Santo e o Governador de São Paulo; c) ilegitimidade ativa do Sindicato-*

impetrante, cujo interesse de agir residiria apenas em razões de mercado ou reflexos da própria vedação impugnada, o que não bastaria para configurar um interesse jurídico passível de ser protegido por mandado de segurança; d) o descabimento do mandado de segurança, por se dirigir contra normas tributárias complementares de caráter geral, atraindo, assim, a incidência da Súmula n. 266 (*‘Não cabe mandado de segurança contra lei em tese’*).

No mérito, enfatizou que o cerne da questão estaria, ao contrário do alegado pelos Impetrantes, na definição da natureza jurídica do Sistema FUNDAP, para saber de seu enquadramento na al. g do inc. XII do § 2º do art. 155 da Constituição da República, o qual reserva à lei complementar a regulamentação da forma como incentivos e benefícios fiscais são concedidos e revogados.

Argumentou que, na falta da lei complementar referida, incide, na espécie, a Lei Complementar n. 24, de 7.1.1975 (art. 1º, parágrafo único, incs. II e IV), que *“exige a celebração de convênio entre Estados para os casos, entre outros, de devolução indireta, condicionada ou não, do tributo, e de concessão de quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no ICMS, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus”* (grifos no original, fl. 104).

Sustentou, então, que o sistema do Fundo para o Desenvolvimento das Atividades Portuárias (FUNDAP), do Estado do Espírito Santo, consiste em *“devolução indireta do imposto porventura pago; [sendo] também um incentivo e um favor financeiro-fiscal – pois é concedido para financiar o pagamento do ICMS – e reduz ou elimina, indiretamente, o ônus decorrente de eventual recolhimento do tributo, em face do fato de que não é cobrada correção monetária, os juros são baixíssimos e o prazo para pagamento é bastante longo”* (grifos no original, fl. 104).

Refutou a invocação do princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS na espécie, argumentando que *“se a concessão do subsídio, pelo Estado remetente da mercadoria, se deu em desacordo com a Constituição, não houve cobrança real do ICMS na operação ali realizada[, mas a]penas uma falsa cobrança, porque juridicamente ineficaz”* (fl. 106).



Indicou histórico do tema, a fim de “lançar luz sobre a real natureza dos incentivos que a Carta Magna pretendeu submeter à deliberação coletiva dos Estados, com redução, portanto, da competência legislativa de cada um” (fl. 109), concluindo, com base em estudos de juristas renomados (v.g., Ruy Barbosa Nogueira, Sacha Calmon Navarro Coelho, José Souto Maior Borges), pela inclusão, no regime pré-constitucional de convênios interestaduais, dos incentivos de natureza financeira (como financiamento, empréstimo, subsídios financeiros, restituição do imposto pago ao próprio ou a outros contribuintes, crédito presumido), além, por óbvio, dos de natureza tributária (por exemplo, isenção e redução da base de cálculo).

Aduziu que o advento da Constituição de 1988 causou “evidente ampliação da área de aplicação dos convênios, talvez até com o objetivo de cortar as controvérsias que a matéria suscitou no passado. Por essa ampliação” – continua o Governador de São Paulo – “claramente expressa não só no texto do art. 155, parágrafo 2º, XII, ‘g’, mas no próprio contexto da Constituição, parece não haver mais dúvida de que entre os ‘incentivos’ que não podem ser concedidos unilateralmente pelos Estados se encontram, hoje, quaisquer subsídios, de natureza tributária, financeira ou creditícia, que estejam relacionados com a prática, por contribuinte desse imposto, de operações relativas à circulação de mercadorias” (grifos no original, fl. 128).

Noticiou que, nesse contexto, o legislador estadual possibilitou à autoridade competente da Secretaria da Fazenda vedar “o lançamento do crédito, ainda que destacado em documento fiscal, quando, em desacordo com a legislação que estiverem sujeitos todos os Estados e o Distrito Federal, for concedido por qualquer deles benefício que resulte exoneração ou devolução de tributo, total ou parcial, direta ou indiretamente, condicionada ou incondicionada” (art. 36, § 3º, da Lei estadual n. 6.374/1989), sendo este o fundamento legal da Portaria CAT n. 85/1993 impugnada, pela qual determinada a limitação do crédito do ICMS em 6% sobre a base de cálculo do trigo e 4,6% da base de cálculo dos demais produtos, sob a seguinte justificativa:

“... as importações efetuadas pelas empresas operadoras do FUNDAP gozam da devolução de 61,67% do ICMS incidente sobre a operação interestadual, ou

*7,4% do valor da operação; os 4,6% remanescentes, que completam a alíquota de 12% são recolhidos no 30º dia do segundo mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador (75 dias, em média, da data da operação), sem correção monetária. Esta devolução do ICMS é travestida de ‘financiamento’, nas condições já expostas. Nas importações de mercadorias através do FUNDAP, destinadas a São Paulo, e que geram aqui crédito de 12% - crédito este contra o tesouro paulista – a perda imposta ao Estado de São Paulo é rateada entre o contribuinte-importador (operador do sistema FUNDAP), que recebe devolução de 61,67% do valor do ICMS pago ao tesouro capixaba (7,4% do valor da operação interestadual ES-SP) e o governo do Estado do Espírito Santo, que recebe 4,6% do valor da operação interestadual (recebe 12% do valor de tal operação, mas devolve, 5 dias depois, 7,4%).*

*Ademais, a proliferação de ‘escritórios de importação’ no Estado do Espírito Santo faz supor até que as mercadorias importadas por estabelecimentos situados naquele Estado e desembaraçadas em São Paulo **nem sequer chegam a circular ou transitar pelo território capixaba**, caracterizando, assim, danosa evasão de receitas que, de direito, pertencem ao Estado de São Paulo” (fl. 134).*

Requeru, ao fim, o acolhimento das preliminares suscitadas e, no mérito, a denegação da segurança.

7. De igual teor são as informações prestadas pela Fazenda do Estado de São Paulo, a qual postula sua admissão na causa como assistente do Governador paulista (fls. 159-236).

8. Em 17.5.1994, o Procurador-Geral da República opinou no sentido de que “seja conhecido o pedido, mas, julgados os impetrantes carecedores do direito pleiteado; ou denegada a segurança, nos termos da Súmula 266 e 510” deste Supremo Tribunal (fls. 239-256).

9. Em 1º.8.1996, o Ministro Octavio Gallotti, a quem redistribuído o processo (art. 38, inc. I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), pediu dia para julgamento (fl. 258).



10. Após o Estado do Espírito Santo requerer e o Governo de São Paulo concordar com a retirada do processo da pauta de julgamento, argumentando que *“a questão relativa à concessão de incentivos pelos Estados encontra[va]-se em fase de ampla discussão no Congresso Nacional, inclusive para efeito de aprovação e de legislação específica sobre o tema”* (fl. 260), o Relator determinou, em 20.11.1996, que se aguardasse nova manifestação das partes para o julgamento do processo (fl. 268).

11. Em 4.2.2000, o Estado de São Paulo pediu a reinclusão do feito em pauta para julgamento (fl. 274).

12. Em 18.12.2006, a Ministra Ellen Gracie (art. 38, inc. IV, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) determinou a manifestação das partes sobre o interesse na continuidade do processo e a manutenção do quadro fático-normativo descrito na ação (fls. 291-292).

13. Em 12.2.2007, o Estado do Espírito Santo reiterou o seu pedido de sobrestamento do feito, aduzindo que, *“por força da liminar concedida (...) pelo Min. Rel. Sepúlveda Pertence e até então em vigor, as questões adjacentes à Resolução SF n. 52/93 e à Portaria CAT-85/93 vêm sendo resolvidas no plano político e social de ambos os Estados”,* sendo necessário *“tempo razoável para levar ao Governador do Estado de São Paulo, recém-empossado, todas as questões jurídicas, políticas e econômicas que se modificaram ao longo do tempo, para que sejam adequadamente debatidas e resolvidas consensualmente, naquele ambiente já referenciado do federalismo cooperativo”* (fls. 300/302).

14. Em 27.2.2007, o Estado de São Paulo requereu a suspensão do processo por noventa (90) dias (fl. 319).

15. Na relatoria do mandado de segurança (fl. 290), deferi, em 13.3.2007, o pedido das partes (fls. 330).

16. Em 24.9.2009, deferi novo pedido conjunto de sobrestamento do processo, por cento e oitenta (180) dias (Petição n. 116.839/2009), noticiada a apresentação,

pela Secretaria de Fazenda paulista, de proposta de convênio sobre a matéria (Proposta n. 128/2009) no Conselho de Política Fazendária (CONFAZ).

Cumprido o prazo, determinei, em 14.5.2010, a manifestação das partes para deliberação deste Supremo Tribunal sobre o prosseguimento, ou não, do processo (fl. 404).

Em resposta, mais um pedido conjunto de sobrestamento pelo mesmo prazo (180 dias) foi feito em 17.9.2010 (Petição n. 51.943/2010), realçando os Estados-membros o *“firme propósito das unidades federadas de solucionar o contencioso, pela via consensual, a qual, entretanto, não dispensa uma manifestação do Conselho de Política Fazendária – CONFAZ, posto cuidar de matéria de tributação interestadual”* (fl. 411).

17. Novamente, o prazo concedido transcorreu sem notícia das partes sobre eventual acordo.

Examinados os elementos havidos nos autos, **DECIDO**.

18. É certo que o decurso do tempo pode constituir um fator de legitimação e de estabilização de determinadas situações jurídicas.

Por esse motivo, inobstante a natureza precária da medida liminar, sua vigência por longo período provoca no requerente a legítima expectativa de imutabilidade do quadro jurídico no pronunciamento judicial de mérito, notadamente se exarada em mandado de segurança, instrumento processual destinado à defesa de direito dotado de liquidez e certeza.

19. Na espécie vertente, a liminar concedida pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que impediu que os atos impugnados produzissem efeitos, vigora por quase duas décadas!

20. Não se pode, contudo, atribuir ao Poder Judiciário o prolongamento da indefinição desta causa, pois, como visto, em 1º.8.1996, ou seja, menos de três anos

do deferimento da liminar, o Ministro Octavio Gallotti pediu pauta para julgamento da impetração, o que não ocorreu devido aos sucessivos requerimentos de sobrestamento realizados pelos Estados do Espírito Santo e de São Paulo, ao argumento de a controvérsia apresentada neste mandado de segurança estar na iminência de ser solucionada pela aprovação da reforma tributária em trâmite no Congresso Nacional ou com a discussão da matéria no âmbito do Conselho de Política Fazendária - CONFAZ.

Este Supremo Tribunal aguarda, portanto, há mais de dezesseis (16) anos uma solução consensual para a questão tributária suscitada neste mandado de segurança.

21. Embora reconheça se tratar de matéria de intrincada solução, apesar do enfrentamento de questões envolvendo o ICMS em julgamentos ocorridos após a concessão da liminar (*v.g.*, o julgamento do Recurso Extraordinário n. 268.586/SP, no qual a Primeira Turma deste Supremo Tribunal assentou, em causa surgida da aplicação do sistema FUNDAP, que o produto da arrecadação do ICMS “*cabe ao Estado em que localizado o porto de desembarque e o destinatário da mercadoria, não prevalecendo a forma sobre o conteúdo, no que procedida a importação por terceiro consignatário situado em outro Estado do beneficiário de sistema tributário mais favorável*” – Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ 18.11.2005), o transcurso de tão longo período evidencia o legítimo interesse e a preferência das partes pela composição extrajudicial em detrimento da prestação jurisdicional requerida.

22. O postulado da duração razoável do processo, previsto no inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição da República, não se traduz apenas na garantia do jurisdicionado de obter a prestação jurisdicional em tempo suficiente para a observância do devido processo legal e seus corolários, mas também no dever do Poder Judiciário, detentor do monopólio da jurisdição, de solucionar as controvérsias jurídicas submetidas a sua apreciação, fomentando, assim, a pacificação social.

É inegável, portanto, que o processamento de uma demanda judicial por

tempo indefinido promove a insegurança jurídica, ainda que esse prolongamento da ação no tempo seja do interesse das partes.

Essa assertiva é confirmada, no caso, pela notícia de autuação de alguns contribuintes paulistas por suposto creditamento superior ao permitido na Portaria CAT n. 85/93. Transcrevo, no ponto, o que alegado na Petição n. 38.725/2007:

*“3. A Requerente ainda informa que em 14.03.07 realizou sustentação oral perante o mencionado Tribunal administrativo, quando então foi arguida sobre a validade da medida liminar proferida nos presente autos. Diante da dúvida instalada entre os julgadores sobre a veracidade de sua afirmação de estar a decisão ainda surtindo efeitos, a C. 2ª Câmara Temporária do TIT [Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo] houve por bem adiar o julgamento para o dia 28.03.07, última data concedida à ora Requerente para apresentação de cópias autenticadas do processo em epígrafe” (fls. 333).*

23. Além disso, há de se ter em conta a utilidade da ação para não se ter no seu sobrestamento um fim em si próprio.

Conforme sustentam o Impetrado e o Procurador-Geral da República, o mandado de segurança não se mostra como o instrumento processual adequado para o que se busca, a saber, o cancelamento das restrições aos créditos de ICMS imposto unilateralmente pelo Estado de São Paulo, por meio da Portaria CAT n. 85/93 e da Resolução n. 52/93, aos adquirentes de mercadorias estrangeiras oriundas de estabelecimento sediado no Estado do Espírito Santo.

Não há como reconhecer aos Impetrantes a legitimidade ativa para pleitearem a preservação de incentivo fiscal dos contribuintes paulistas, sendo certo, ainda, que a impetração se dirige contra normas tributárias de caráter geral, com âmbito espacial reduzido a determinada hipótese, atraindo, assim, a incidência da Súmula n. 266 (*‘Não cabe mandado de segurança contra lei em tese’*).

24. Em caso análogo, o Plenário deste Supremo Tribunal não conheceu mandado de segurança impetrado pelo Estado do Amazonas contra ato do

Governador do Estado do Rio de Janeiro que restringiu a utilização de crédito na entrada de mercadoria proveniente de ente federado que concede, nas operações interestaduais, benefício fiscal:

*“EMENTA: - CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ZONA FRANCA DE MANAUS. LEI EM TESE: NÃO CABIMENTO DA SEGURANÇA. Súmula 266. RESOLUÇÃO SEEF n. 2.346, de 3.9.93, do Secretário de Economia e Finanças do Estado do Rio de Janeiro.*

*I. – Mandado de segurança impetrado pelo Estado do Amazonas contra o Governador do Estado do Rio de Janeiro, para que sejam suspensos os efeitos da Resolução n. 2.346/93, expedida pelo Secretário de Economia e Finanças. Não cabimento da segurança, porque o ato impugnado é ato normativo. Súmula 266-STF.*

*II. – Mandado de Segurança não conhecido” (Mandado de Segurança n. 21.953, Relator o Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 30.8.1996).*

No mesmo sentido, o Mandado de Segurança n. 21.952, não conhecido por unanimidade (Plenário, j. 4.2.1999, DJ 3.3.2000), do qual transcrevo o seguinte trecho do voto proferido pelo Relator, o Ministro Marco Aurélio:

*“É inegável que, mediante esta impetração, busca-se preservar a eficácia econômica de norma inserida na Lei do Estado do Amazonas, de n. 2.084, de 25 de outubro de 1991, no que consubstancia o direito a crédito fiscal presumido. Portanto, as repercussões jurídico-econômicas ocorrem, na via direta, considerados os contribuintes e não o Estado em si, de vez que a lesão a direito individual não se adstringe ao patrimônio do Estado-impetrante, pois o crédito discutido é do contribuinte, isto é, dos obrigados sob o ângulo fiscal. É certo que, de forma mediata, exsurge o Estado do Amazonas como interessado em manter o incentivo. Todavia, tal interesse, ligado à conjuntura econômica no âmbito territorial que lhe é próprio, tendo presente política de desenvolvimento, não se mostra com os dois predicados indispensáveis a entender-se pela legitimação, ou seja, não se afigura concreto e direto, mas abstrato e difuso. Essa peculiaridade revela ser inidônea a via eleita. Em última análise, busca-se demonstrar, com a inicial, que os atos praticados por autoridade do Estado de São Paulo mostram-se contrários à Constituição Federal, repercutindo isso no campo de interesses de*

*contribuintes. O mandado de segurança ganha, no particular, feições de ação direta de inconstitucionalidade.”*

25. A inadequação do mandado de segurança para o que se pretende também é evidenciada pelo processamento e julgamento de várias ações diretas de inconstitucionalidade propostas por governadores de Estados-membros contra medidas unilaterais de outras unidades federadas que conferiram isenções e benefícios fiscais atinentes ao ICMS, *v.g.*: Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.021/SP, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Plenário, DJ 25.5.2001; Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.352/ES, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 9.3.2001; Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.377/MG, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 22.2.2001; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.179/SP, Relator o Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 19.12.2002; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.308/RS, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Plenário, DJ 4.6.2004; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.674/RJ, Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJe 29.6.2011; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.549/DF, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 30.9.2011; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.664/RJ, Relator o Ministro Cezar Peluso, Plenário, DJe 20.9.2011; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.794/PR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Plenário, DJe 29.7.2011; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.376/RJ, Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJe 30.6.2011; e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.152/SP, Relator o Ministro Cezar Peluso, Plenário, DJe 20.9.2011, esta última com a seguinte ementa:

*“EMENTA: 1. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Objeto. Admissibilidade. Impugnação de decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. Introdução de novidade normativa. Preliminar repelida. Precedentes. Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade.*

*2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Decreto n. 52.381/2007, do Estado de São Paulo. Tributo. Imposto sobre Circulação*



*de Mercadorias e Serviços – ICMS. Benefícios fiscais. Redução de base de cálculo e concessão de crédito presumido, por Estado-membro, mediante decreto. Inexistência de suporte em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, nos termos da LC 24/75. Expressão da chamada ‘guerra fiscal’. Inadmissibilidade. Ofensa aos arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inc. XII, letra ‘g’, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. Não pode o Estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio intergovernamental no âmbito do CONFAZ” (grifos no original).*

26. Nem se alegue que a circunstância de os Impetrantes se insurgirem contra atos que restringem a utilização dos créditos do ICMS diferenciaria a situação dos autos daquelas postas nos precedentes mencionados, nos quais impugnadas concessões de incentivo ou de benefício fiscal: tanto nesta ação de natureza eminentemente subjetiva quanto naquelas de caráter objetivo se pretende o afastamento da incidência de norma geral pertinente à lide sob critérios extraídos da Constituição da República, significando isso a declaração de sua inconstitucionalidade (v.g., Recurso Extraordinário n. 240.096, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 21.5.1999).

27. Tampouco se há de cogitar de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* na espécie, pois, como visto, a impugnação dos atos atacados, pela via do mandado de segurança, somente pode ser realizada pelos sujeitos passivos da exigência tributária.

28. A impossibilidade jurídico-processual de se discutir, sob o prisma da violação a direito líquido e certo dos Impetrantes, a higidez constitucional dos atos emanados pelo governo paulista não suprime o direito, inquestionável, dos Impetrantes de postularem, pelas vias formalmente adequadas, a sua invalidação judicial.

29. Não ignoro que a liminar deferida nesta impetração preserva *status quo* de quase quarenta (40) anos e é certo que a sua cassação afetará relações fiscais e

econômicas dos entes federados envolvidos.

Essa situação, se não motivar a celebração do acordo extrajudicial aguardado por tanto tempo, possibilitará o ajuizamento de instrumento processual do qual poderá advir a prestação jurisdicional definitiva sobre a questão da higidez do sistema relativo às importações no Estado do Espírito Santo (FUNDAP) no atual quadro normativo referente ao ICMS, o que não tem cabimento nem pode ser solucionado neste mandado de segurança.

30. Nesses termos, atentatório ao postulado da duração razoável do processo a manutenção de liminar em ação judicial, sem condição de cumprir o seu desígnio, apenas para preservar, indefinidamente, o quadro fático existente para as partes transigirem, **nego seguimento a este mandado de segurança** (art. 6º, § 5º, da Lei n. 12.016/2009 c/c art. 21, § 1º, do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal), ficando, por óbvio, cassada a medida liminar.

**Publique-se.**

**Arquive-se.**

Brasília, 29 de maio de 2012.

Ministra CÁRMEN LÚCIA  
Relatora

## Apesar de cassada pelo STF liminar que protegia os créditos das empresas paulistas que importavam via Fundap, ainda há possibilidade de afastar possíveis autuações

Existem diversas empresas situadas no Estado de São Paulo que se dedicam a compra e venda de mercadorias e, dentre os seus fornecedores, encontram-se empresas importadoras de mercadorias localizadas no Espírito Santo beneficiárias do FUNDAP. Estas operações caracterizam-se como interestaduais sujeitas à incidência do ICMS à alíquota de 12% (doze por cento).

Ocorre que, por meio da Portaria CAT nº 85 de 1993 o Coordenador da Administração Tributária paulista determinou que na entrada, em estabelecimento situado em território paulista, de mercadoria estrangeira em decorrência de remessa interestadual realizada por estabelecimento localizado no Estado do Espírito Santo, o crédito do ICMS é admitido somente até a importância correspondente a 4,6% da respectiva base de cálculo, impossibilitando assim as empresas de apropriar o equivalente a 7,4% do ICMS destacados nas Notas Fiscais. Também foi baixada Resolução nº 52/93 pelo Secretário da Fazenda de São Paulo, que complementando a Portaria CAT nº 85/93, estabeleceu que se o subsídio concedido consistir na concessão de prazo para recolhimento, a apropriação do crédito somente será admitida após o transcurso do prazo de recolhimento estipulado pelo Estado do remetente.

Insurgindo-se contra a Portaria CAT nº 85/93, o Estado do Espírito Santo e o Sindicato do Comércio de Exportação e Importação impetraram em 1993 junto ao Supremo Tribunal Federal, o Mandado de Segurança nº 21.863. Requereu-se por meio do Mandado de Segurança **o cancelamento das restrições aos créditos de ICMS**, unilateralmente impostas através da Portaria CAT nº 85/93 e da Resolução do SF nº 52/93, nas operações interestaduais com mercadorias de procedência estrangeira remetidas a São Paulo por estabelecimentos sediados no Estado do Espírito Santo.

Para tanto, alegou-se no Mandado de Segurança que:

- a) A Portaria afronta a autonomia do Estado do Espírito Santo e atenta contra o princípio federativo e viola também o artigo 152 da Constituição Federal, posto que as restrições impostas estabelecem diferença tributária entre bens em razão da sua procedência;

- b) A Portaria 85/93 também viola o princípio da não-cumulatividade, tendo em vista que, com a limitação ao creditamento do ICMS, o Estado de São Paulo toma para si uma parte que não lhe cabe da receita do imposto e faz com que a parcela de crédito que não é admitida (e que cabe ao Espírito Santo) se transforme em maior arrecadação de São Paulo;
- c) As restrições aos créditos de ICMS provocarão efeitos negativos no comércio interestadual e no volume de operações realizadas por contribuintes sediados no Estado do Espírito Santo, **o que lesa a arrecadação tributária estadual prejudicando o desenvolvimento econômico e social do ES**, além de ocasionar **enorme e irrecuperável prejuízo para o comércio de importação interestadual**.

Ao apreciar o pedido liminar no Mandado de Segurança mencionado, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, entendeu por bem conceder a medida liminar pleiteada de maneira a suspender os efeitos da Portaria CAT nº 85 e da Resolução nº 52. A concessão da liminar no Mandado de Segurança acabou surtindo efeitos reflexos para os contribuintes paulistas que puderam continuar se creditando integralmente dos valores de ICMS quando da entrada em seus estabelecimentos de mercadoria estrangeira remetida por estabelecimento capixaba.

Contudo, em 29/05/2012 a liminar concedida foi revogada. Importantíssimo destacar que o STF cassou a liminar por questões processuais, pois a Ministra do STF Carmem Lúcia, atual relatora do caso, entendeu que o mandado de segurança é ação inadequada para discutir o assunto.

Isto significa que o Supremo Tribunal Federal **não julgou se o cancelamento das restrições aos créditos de ICMS unilateralmente impostas através da Portaria CAT nº 85/93 e Resolução do SR nº 52/93 é inconstitucional ou não**. Em verdade, a Ministra entendeu que a ação ajuizada era imprópria para discutir o assunto, e que o Estado do ES deveria entrar com outra ação para tratar do tema, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN.

Eis as palavras da Ministra: *“impossibilidade jurídico-processual de se discutir, sob o prisma da violação a direito líquido e certo dos Impetrantes, a higidez constitucional dos atos emanados pelo governo paulista não suprime o direito, inquestionável, dos Impetrantes de postularem, pelas vias formalmente adequadas, a sua invalidação judicial”*.

Com a extinção do mandado de segurança e consequente cassação da liminar proferida, muito provavelmente haverá autuação das empresas paulistas que efetuaram o crédito integral de ICMS no período relativo aos últimos 5 anos, com a imputação de multa pelo crédito indevido e a exigência do ICMS não recolhido em decorrência do aproveitamento, tudo acrescido de juros e multa.

Entretanto, **os contribuintes que aproveitaram créditos nos últimos cinco anos, ainda têm possibilidade de se defender e ter êxito perante o Poder Judiciário.**

É que o Superior Tribunal de Justiça entende que:

a) Se um Estado considera indevido benefício fiscal concedido por outro ente da federação, **deve ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), em vez de glosar o benefício com base em portarias, ou decretos.** Vale dizer, a inconstitucionalidade deve ser previamente declarada em ADIn específica, ajuizada contra o estado de origem (nesse sentido o importantíssimo julgado do STJ: recurso em mandado de segurança nº 31.714 – MT – 2010/0044507-3);

c) **Independentemente do crédito concedido na origem ser regular ou não, o estado de destino não pode impedir o creditamento,** atuando o contribuinte que agiu de acordo com a legislação do outro ente federativo;

d) **Se o imposto incidiu na etapa anterior, ainda que não tenha sido efetivamente recolhido, surge o direito ao crédito na etapa seguinte,** que somente não será creditado, ou será estornado, se houver isenção ou não-incidência na entrada ou na saída da mercadoria do estabelecimento comercial;

e) Do contrário, haveria a possibilidade de o Estado de destino, **em prejuízo do contribuinte, apropriar-se da totalidade do incentivo fiscal concedido pelo Estado de origem, tornando-o sem efeito, situação que conspira contra a autonomia fiscal dos entes federados e que só pode ser regulada por norma de caráter nacional.**

Com estes argumentos, é possível que as empresas atuadas (ou mesmo que pretendem evitar uma autuação), consigam o reconhecimento da integralidade dos créditos.

<http://tributarionosbastidores.wordpress.com/2012/11/08/f/>

Notícia 08/11/2012.