



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2022.0000087227**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000795-25.2015.8.26.0014, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BRF BRASIL FOODS S/A, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PERCIVAL NOGUEIRA (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO FARIA E JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2022.

**BANDEIRA LINS**  
**Relator(a)**  
Assinatura Eletrônica

**Voto nº 16887**

**Apelação nº 1000795-25.2015.8.26.0014 – SÃO PAULO**

**Apelante: BRF BRASIL FOODS S/A**

**Apelada: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**Juíza de 1º Grau: Dr<sup>a</sup>. Carolina Bertholazzi**

APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. ESTORNO PROPORCIONAL DE CRÉDITO DECORRENTE DE OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Pretensão de decretação de nulidade de AIIM lavrado por creditamento indevido de ICMS, correspondente à diferença entre o valor creditado pelo estabelecimento paulista e o valor do imposto efetivamente recolhido no estado de origem. Inadmissibilidade. Benefício fiscal concedido unilateralmente pelo Estado de origem, sem autorização do Conselho Nacional de Política Fazendária. Violação ao art. 155, XII, “g”, da Constituição Federal, e à Lei Complementar nº 24/75. Tema nº 490, do STF. Reconhecimento pelo Pretório Excelso da possibilidade de estorno proporcional de créditos de ICMS pelo Estado de destino, em razão de crédito fiscal presumido concedido pelo Estado de origem sem autorização do CONFAZ. Ausência de violação ao princípio da não cumulatividade. Manutenção da Autuação. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Trata-se de apelação de BRF BRASIL FOODS S/A contra a r. sentença de fls. 1.139/1.144, que, nos autos de embargos à execução fiscal movida pela FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, julgou parcialmente procedente a ação, “*para reconhecer a inexigibilidade dos juros de mora fixados pela Lei nº 13.918/09, aplicando-se a SELIC*”, mantendo hígida, a despeito disso, a autuação consignada no AIIM nº 3.064.379-0.

Apela a embargante (fls. 1.177/1.228), arguindo, preliminarmente, a nulidade da sentença por ausência de fundamentação quanto à rejeição do pedido de produção de prova pericial contábil. No mérito, aduz, em síntese, que: pode creditar-se, integralmente, do ICMS destacado nas notas fiscais

dos produtos originários de outros Estados; é irrelevante se o imposto foi ou não recolhido na origem; a glosa de créditos viola a autonomia fiscal dos Estados; as inconstitucionalidades não se compensam; invasão da competência do Senado Federal pela glosa unilateral; não ocorrência da operação de circulação sujeita a ICMS pela saída física do bem para outro estabelecimento do mesmo titular; e que o fato do não recolhimento do imposto, em razão de benefício fiscal, não torna o Estado credor desse valor.

Contrarrazões a fls. 1.234/1.254.

Pelo v. Acórdão de fls. 1.259/1.263, complementado pelo Aresto de fls. 1.268/1.270, foi determinada a suspensão do processo, até o pronunciamento final do Supremo Tribunal Federal sobre o Tema de Repercussão Geral afetado no Recurso Extraordinário nº 628.075 (Tema nº 490).

Definitivamente julgado o referido Tema, retornaram os autos à esta Colenda Câmara para apreciação do recurso de apelação interposto.

### **É o relatório.**

Presentes os requisitos de admissibilidade, recebo o recurso em seus regulares efeitos.

Inicialmente, afasta-se a preliminar de falta de fundamentação da sentença por rejeição do pedido de prova pericial.

É sabido que em nosso ordenamento processual vige o sistema do livre convencimento motivado, por meio do qual fica a cargo do julgador decidir pela necessidade ou não de produção probatória durante a fase instrutória do feito, bem como de escolher os meios de prova pertinentes para o deslinde da controvérsia.

Na espécie, a solução da controvérsia está atrelada a questão

eminentemente jurídica, que dispensa a produção de prova outra que não a documental já constante dos autos, de modo que agiu corretamente a Magistrada *a quo* ao estabelecer que o feito comportava julgamento imediato, na forma do art. 17, parágrafo único, da Lei de Execução Fiscal (fls. 1.139).

Desse modo, a ausência de determinação de prova pericial, no presente caso, não implicou, como quer fazer crer a recorrente, falta de fundamentação da sentença.

No mérito, melhor sorte não assiste à apelante.

Trata-se de embargos à execução fiscal em que pretende a embargante a declaração de nulidade do AIIM nº3.064.379-0, lavrado por creditamento indevido de ICMS, no montante de R\$ 463.022,21, correspondente à diferença entre o valor creditado pelo estabelecimento paulista e o valor do imposto efetivamente recolhido no estado de origem.

Tal crédito foi considerado indevido por estar lastreado em operações interestaduais efetuadas com empresa situada no Estado de Santa Catarina, a qual é detentora de benefícios fiscais concedidos sem amparo em Convênio/CONFAZ, em desacordo com o que prevê o artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g” da Constituição Federal, bem como o artigo 1º, *caput* e parágrafo único, IV, da Lei Complementar nº 24/75.

Cinge-se a controvérsia dos autos à possibilidade de estorno proporcional de créditos de ICMS pelo Fisco Paulista, em razão de diferenças constatadas entre os valores creditados pelo estabelecimento paulista e aqueles efetivamente pagos no Estado de origem das mercadorias, em relação aos quais teria havido concessão de benefício fiscal sem autorização do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

Com efeito, a questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal

Federal, que, no julgamento do RE 628.075/RS (Tema nº 490), em 18 de agosto de 2020, afirmou a **constitucionalidade** da aludida glosa de crédito de ICMS pelo Estado destinatário das mercadorias, ante a **ausência de violação ao princípio constitucional da não cumulatividade**:

*TRIBUTÁRIO. ICMS. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. CONCESSÃO DE CRÉDITO FICTÍCIO PELO ESTADO DE ORIGEM, SEM AUTORIZAÇÃO DO CONFAZ. ESTORNO PROPORCIONAL PELO ESTADO DE DESTINO. CONSTITUCIONALIDADE. O estorno proporcional de crédito de ICMS efetuado pelo Estado de destino, em razão de crédito fiscal presumido concedido pelo Estado de origem sem autorização do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), não viola o princípio constitucional da não cumulatividade. (Tema 490 da repercussão geral). (Recurso Extraordinário nº 628.075/RS, Rel. Min. Edson Fachin, Redator do Acórdão Min. Gilmar Mendes, Plenário, j. em 18/08/2020).*

De fato, não se pode aceitar que um Estado da federação seja prejudicado pela concessão unilateral de incentivo fiscal efetuada por outro ente federativo, em total desacordo com as disposições constitucionais e legais que regulam de forma específica o tema. Acolher a pretensão da autora, portanto, seria o mesmo que impor ao Estado de São Paulo o ônus de arcar com benefício fiscal com o qual não anuiu.

Demais disso, como manifestado no Julgado paradigmático, “*a jurisprudência desta Suprema Corte é firme e consistente ao assentar que o princípio da não cumulatividade em matéria de ICMS deve ser interpretado no sentido de que o crédito a ser dado na operação posterior equivale ao valor efetivamente suportado pelo contribuinte nas etapas anteriores. (...)*”, de modo que “*independentemente de o crédito presumido ou fictício ter sido dado ao arrepio das disposições constitucionais e legais, fato é que o valor integral do imposto não foi*

*efetivamente suportado pelo contribuinte, razão pela qual o creditamento deve ser dado de forma proporcional”.*

Sendo assim, reputa-se plenamente válida a glosa de crédito inexistente e indevidamente destacado pela contribuinte, nos termos do art. 36, §3º, da Lei Estadual nº 6.374/89, e art. 59, do RICMS<sup>1</sup>, sendo de rigor a manutenção da r. sentença; devendo ser acrescido em 1% o percentual dos honorários advocatícios fixados em primeiro grau para a embargante, nos termos dos art. 85, §11, do CPC.

**Ante o exposto, nego provimento ao recurso.**

**BANDEIRA LINS**

**Relator**

---

<sup>1</sup> Art. 36. O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação é não-cumulativo, compensando-se o imposto que seja devido em cada operação ou prestação com o anteriormente cobrado por este, outro Estado ou pelo Distrito Federal, relativamente a mercadoria entrada ou a prestação de serviço recebida, acompanhada de documento fiscal hábil, emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco.

§ 3.º Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de qualquer subsídio, redução da base de cálculo, crédito presumido ou outro incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto no artigo 155, § 2.º, inciso XII, alínea "g", da Constituição Federal. (Redação dada ao parágrafo pela Lei 9.359/96, de 18-06-1996; DOE 19-06-1996).

Art. 59. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação ou prestação com o anteriormente cobrado por este ou outro Estado, relativamente à mercadoria entrada ou à prestação de serviço recebida, acompanhada de documento fiscal hábil, emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco (Lei 6.374/89, art. 36, com alteração da Lei 9.359/96). § 2.º Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de qualquer subsídio, redução da base de cálculo, crédito presumido ou outro incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto no artigo 155, § 2.º, inciso XII, alínea "g" da Constituição Federal.