



Prezados Senhores;

Encaminhamos abaixo correspondência recebida do Escritório Machado Meyer a respeito da CAT 36/2004:

Servimo-nos da presente para apresentar o atual cenário do Mandado de Segurança Coletivo nº. 053.05.005391-7, impetrado pelo **SICAP**, diante das recentes alterações ocorridas no caso.

Em 21 de março de 2005, o **SICAP** impetrou o Mandado de Segurança Coletivo em referência, 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.

A liminar foi deferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública para que fossem suspensas as restrições impostas pelo Comunicado CAT nº. 36/2004. Posteriormente foi proferida sentença julgando extinto o feito por suposta ilegitimidade ativa, sob o entendimento de que o **SICAP** deveria ter indicado na petição inicial todos os beneficiários da ordem, ou seja, seus filiados.

O **SICAP** 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.

O E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, deu integral provimento ao Recurso de Apelação do **SICAP** 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. À 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.”*

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 de Justiça do Estado de São Paulo 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.

Paralelamente, foi proposta pelo Estado de São Paulo, perante o Supremo Tribunal Federal, 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.

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 repressão 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."

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

O **SICAP** 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 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na medida em que: (i) há posicionamento pacífico do Supremo Tribunal Federal sobre o tema favorável ao **SICAP** (ADIN 3312), (ii) houve o trânsito em julgado do v. acórdão prolatado pelo 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; e (iii) 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.

Diante dos fundamentos despendidos pelo **SICAP** que comprovaram a impossibilidade de acolhimento da presente Suspensão de Segurança, o ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso reconsiderou a decisão anterior da Ex-Presidente Ellen Gracie para negar seguimento à aludida 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”.

Em face dessa decisão proferida pelo ex-Ministro Cezar Peluso 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.

Ocorre que, por meio de decisão publicada em 02 de junho de 2015 (três anos após a interposição de recurso pelo Estado), o atual Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski deu provimento ao Agravo 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, ínsito 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.”

Em síntese, entendeu o Presidente Ricardo Lewandowski 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. Ainda, afirmou o Ministro 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.

Tendo em vista que não encontram-se presentes as condições para o acolhimento da Suspensão de Segurança do Estado de São Paulo, em 08 de junho de 2015 (segunda-feira), foi interposto Agravo contra essa decisão, cuja cópia segue anexa. Em suma, foi demonstrado nesse recurso que: (i) o fato de a matéria em debate ter repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal não significa que será declarada a constitucionalidade do Comunicado CAT nº. 36/2004, até mesmo porque o tema em debate possui entendimento favorável aos contribuintes manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal; (ii) inexistente a grave lesão à economia alegada pelo Estado de São Paulo caso não seja suspenso o v. acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, já que ele permanece autuando os contribuintes e a arrecadação do Estado continua aumentando; (iii) o Estado de São Paulo não atacou em seu Recurso Extraordinário todos os fundamentos constitucionais e legais suficientes para a manutenção do v. acórdão recorrido, ocorrendo, por consequência, o trânsito em julgado da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça; (iv) ainda que se considerem inconstitucionais os benefícios em questão no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 628.075 (*leading case*), a Suspensão de Segurança jamais poderia ser acolhida, pois ocasionará danos imensuráveis aos filiados do **SICAP**, em dissonância com o posicionamento recente do 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.

Salientamos, ainda, que os autos já foram enviados, na data de ontem, à análise do Ministro Presidente Ricardo Lewandowski, com o qual estamos tentando agendar uma data para despachar.

Por fim, é importante salientar que o Agravo interposto não possui efeito suspensivo, de modo que, atualmente, vigora a decisão que suspendeu os efeitos do acórdão favorável ao SICAP proferido pelo Tribunal de Justiça,

motivo pelo qual recomendamos que os seus associados sejam informados acerca de tal decisão, a fim de adotarem as medidas cabíveis.

Tão logo tivermos quaisquer novidades no caso, entraremos em contato.

Sendo o que nos cumpria para o momento, ficamos à disposição para quaisquer esclarecimentos que se façam necessários.

Atenciosamente,

Natalie dos Reis Matheus

nmatheus@machadomeyer.com.br

Tel: +55 (11) 3150-7785 | Fax: +55 (11) 3150-7071

Avenida Brigadeiro Faria Lima, 3.144 - 13º andar
CEP: 01451-000 | São Paulo - SP | Brasil

www.machadomeyer.com.br

MACHADOMEYER
MACHADO MEYER SENDACZ OPICE

Nota : Em caso de dúvidas, pedimos a gentileza de entrar em contato através do e-mail :
sicap@andap.org.br, ou preenchendo o formulário de consulta em nossos sites :
www.andap.org.br ou www.sicap-sp.org.br