

**MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - CRÉDITO - ICMS - BENEFÍCIO FISCAL -
APROVEITAMENTO - RESTRIÇÃO - CONFAZ - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO - LEI
COMPLEMENTAR 24/75 - DECADÊNCIA - NÃO-OCORRÊNCIA**

Ementa: Mandado de segurança. ICMS. Aproveitamento de crédito de ICMS com benefício fiscal sem aprovação do Confaz. Denegação da segurança.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.05.427804-9/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrantes: Supermercado Martins & Filho Ltda. e outro - Autoridade coatora: Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais - Relator: Des. AUDEBERT DELAGE

Acórdão

Vistos etc., acorda o 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E DENEGAR A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 3 de maio de 2006. -
Audebert Delage - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiram sustentações orais, pelos impetrantes e pelo Estado de Minas Gerais, os Drs. Eduardo Arrieiro Elias e Ilma Corrêa, respectivamente.

O Sr. Des. *Audebert Delage* - Supermercado Martins & Filho Ltda. e Supermercado Paraminense Ltda. impetram mandado de segurança preventivo, com pedido liminar, contra possível ato do Sr. Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais, formulando pedido no sentido de que a apontada autoridade e seus agentes se abstenham de praticar quaisquer medidas visando à constituição e/ou cobrança de créditos tributários de ICMS dos impetrantes, decorrentes das vedações impostas pela Resolução nº 3.166/ 2001 nas operações realizadas com contribuintes de outras unidades da Federação, inscritas ou não na referida resolução, devendo ser reconhecido, conseqüentemente, o direito à apropriação integral dos créditos havidos nas operações de aquisição com contribuintes de outras unidades da Federação, sendo os mesmos devidamente

atualizados. Formula, ainda, pedido de autorização para depósito judicial dos valores de ICMS, para os fins e efeitos do inciso II do art. 151 do CTN.

Às f. 77/78, foi indeferido o pedido de liminar, autorizado, no entanto, o depósito judicial pretendido.

A autoridade impetrada protocolizou petição às f. 85/86, requerendo a conversão do depósito judicial a ser realizado em depósito administrativo e prestou informações às f. 88/122.

A douda Procuradoria de Justiça, com vista dos autos, manifestou-se, às f. 142/145, pela denegação da ordem.

É o relatório.

Primeiramente, vale ressaltar que o pedido acima mencionado, de conversão do depósito judicial em depósito administrativo, feito pelo impetrado às f. 85/86, não pode ser apreciado no presente momento. Tal questão deveria ter sido objeto de recurso próprio quando o depósito judicial foi autorizado às f. 88/122. Dessa forma, sobre a questão recaiu o fenômeno da preclusão, o que impede a restauração de discussão a seu respeito.

A Fazenda levanta, preliminarmente, a ilegitimidade passiva da autoridade coatora. Entretanto, tal preliminar deve ser rejeitada.

Sendo o mandado de segurança o remédio processual de maior eficácia para coibir o arbítrio estatal, o acesso a ele não deve ser dificultado pelo excessivo rigor no exame da questão relativa à responsabilidade pela prática do ato comissivo ou

omisso impugnado, principalmente em face de nossa complexa legislação de distribuição de competências em matéria fazendária.

No caso, a autoridade apontada como coatora, ao prestar suas informações, defendeu o ato impugnado, o que é suficiente para superar a irregularidade eventualmente existente, razão que impõe a rejeição da preliminar.

Além disso, a titularidade para responder ao mandado de segurança toca à autoridade que pratica, determina ou aprova o ato criticado pelo impetrante. Com efeito, o presente mandado de segurança se dirige contra alegado ato ilegal ou abusivo, sendo certo que detém a autoridade apontada legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual.

Preliminar rejeitada.

Não houve, também, a decadência do direito à impetração do mandado de segurança como sustentou a Fazenda Pública estadual. O direito à impetração do mandado de segurança decai após decorridos 120 dias da ciência pela parte interessada da ocorrência do ato impugnado (art. 18 da Lei Federal nº 4.348/1964). No entanto, no mandado de segurança preventivo, não há que se cogitar de decadência do direito.

Nesse sentido, a lição da professora Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

Se o mandado de segurança é interposto preventivamente, quando haja ameaça de lesão, também não se cogita de decadência, porque, enquanto persistir a ameaça, há a possibilidade de impetração (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 650).

O ato normativo tido como inconstitucional produz efeitos continuativos, criando, na dicção do Prof. Hugo de Brito Machado (*Mandado de segurança em matéria tributária*, 2. ed., p. 58), “um estado de ameaça permanente” a legitimar o uso da ação mandamental, com vistas ao desfazimento dessa situação de insegurança.

Dessarte, não houve a decadência do direito à impetração do mandado de segurança, já que as resoluções estaduais dirigentes dos atos dos agentes administrativos fiscais ainda estão em vigor.

Preliminar rejeitada.

Quanto ao mais, infere-se que o Fisco mineiro alega em suas informações, também preliminarmente, que inexistiria direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança e que, por conseguinte, a ação deveria ser extinta.

Sem razão, contudo, a Fazenda em sua arguição preliminar de inexistência de direito líquido e certo, uma vez que, ao contrário do alegado, cabível, no caso, a ação mandamental de natureza preventiva. Vale acrescentar que a matéria ora alegada se confunde com o mérito.

A impugnada Resolução nº 3.166/01 veda o aproveitamento integral de créditos nela especificados, e, como sabido, os agentes da fiscalização estão adstritos ao cumprimento dos atos normativos emanados da Secretaria Fazendária, cuidando-se, pois, de ato de efeitos concretos que criariam para o contribuinte iminente ameaça de lesão a seus direitos, justificando, portanto, o manejo preventivo do *mandamus*.

Desse modo, diante do justo receio dos impetrantes de que ocorra ato abusivo ou ilegal por parte da autoridade, não há que se cogitar de extinção da ação por inexistência de direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança.

Conforme acima mencionado, alegam os impetrantes que, com a edição da Resolução 3.166/2001, os mesmos podem ser violados no seu direito líquido e certo de se apropriarem dos créditos de ICMS que decorrem de operações que realizaram e ainda realizam com contribuintes de determinadas unidades da Federação.

Entretanto, razão não lhes assiste. No regime constitucional aplicável ao ICMS, de acordo com o que dispõe o seu art. 155, § 2º, XII, cabe à lei complementar disciplinar o

regime de compensação, sendo-lhe lícito restringir o aproveitamento de créditos, conforme se dá em relação à adoção, para regulamentação do regime de compensação do tributo, do sistema do crédito físico ou financeiro, sem que tal conduta constitua ofensa ao princípio da não-cumulatividade. Às normas constitucionais que impõem a disciplina nacional do ICMS, por constituírem explícitas limitações da competência, não se pode opor, validamente, o princípio da autonomia dos Estados.

O art. 8º, I, da LC 24/75, que dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções sobre o ICMS, estabelece que “a inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente, a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria. (...)”.

Havendo dispositivo expresso, art. 8º, I, da LC 24/75, restringindo o aproveitamento de crédito em relação a mercadorias beneficiadas por atos praticados à revelia do Confaz, não são abusivos os atos administrativos que determinam o estorno de crédito em relação a essas mesmas mercadorias.

A eventual atuação do Fisco no sentido de restringir o aproveitamento de créditos, nos termos acima mencionados, está amparada nos dispositivos da Resolução nº 3.166, modificada pela de nº 3.209, ambas de 2001. Aludidas resoluções contêm restrições ao aproveitamento de créditos que devem perdurar por concretizarem o disposto no art. 8º, I, da LC 24/75, vedando o aproveitamento, pelo estabelecimento receptor da mercadoria, de créditos relativos a produtos alvos de benefícios fiscais concedidos à revelia do Confaz. Portanto, o regime estabelecido pela citada lei complementar dá fundamento às restrições contidas nas resoluções.

Não há como se afastar, conforme pretendeu a autora, a norma contida no art. 2º da Resolução 3.166/01, que veda o aproveitamento de quaisquer créditos relativos a operações beneficiadas com reduções de base de cálculo em sua origem sem amparo em convênios celebrados no âmbito do Confaz. Não restou configu-

rada a alegada violação ao princípio da não-cumulatividade. Não se pode dizer também que, quanto a essa exigência, houvesse por parte da Administração ofensa aos princípios da legalidade, anterioridade, irretroatividade ou isonomia. Na medida em que as resoluções e as exigências dela constantes estão baseadas na LC 24/75, não configuram violação ao princípio da legalidade. Quanto à anterioridade, esclareço que o que deve sujeitar-se a ela é a lei tributária impositiva, não os atos administrativos que lhe dão concreção. O mesmo se pode dizer em relação ao princípio da irretroatividade.

Ante tais considerações, rejeito as preliminares e denego a segurança.

Custas, *ex lege*. Sem honorários, por força do disposto na Súmula nº 512 do STF.

O Sr. Des. Maciel Pereira - De acordo.

O Sr. Des. Manuel Saramago - De acordo.

O Sr. Des. Moreira Diniz - De acordo.

O Sr. Des. Dárcio Lopardi Mendes - De acordo.

A Srª. Desª. Albergaria Costa - Sr. Presidente. Rejeito, igualmente, as preliminares suscitadas pelo impetrado, bem como a prejudicial de mérito relativa à suposta decadência, nos termos do voto do eminente Relator.

No mérito, adiro ao entendimento proferido pelo eminente Relator, por entender que a Constituição Federal de 1988 conferiu ao legislador infraconstitucional a decisão política de graduar o incentivo fiscal, sem que isso implique um prejuízo ao contribuinte, uma vez que incentivo é um favor fiscal cujo alcance pode ser restrito, nos termos da lei. E, como a Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela CF/88, já previa a necessidade de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal (art. 1º), para a concessão de “créditos presumidos” (inc. III) ou “quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiros, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte

redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus” (inc. IV), sob pena de “nulidade do ato de ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria” (art. 8º, inc. I), a Resolução nº 3.166/2001, ora impugnada, em nada inovou nos direitos e obrigações dos contribuintes, ao admitir o crédito do ICMS correspondente à entrada de mercadoria remetida por estabelecimento beneficiado por incentivos, apenas na “proporção em que o imposto venha sendo efetivamente recolhido à unidade da Federação de origem” (art. 1º).

-:-:-

Com tais considerações, acompanho o eminente Relator e denego a segurança.

É como voto.

Os Senhores Desembargadores *Schalcher Ventura, Almeida Melo, Célio César Paduani e Kildare Carvalho* - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E DENEGARAM A SEGURANÇA.