

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ICMS - DIREITO DE CRÉDITO DO IMPOSTO PAGO NA AQUISIÇÃO DE BENS PARA ATIVO FIXO, COM CORREÇÃO MONETÁRIA - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - NÃO-CONHECIMENTO - NÃO-APLICAÇÃO AO CASO DA JURISPRUDÊNCIA INVOCADA PELO EMBARGANTE

1. É assente a jurisprudência do Supremo Tribunal que, em se tratando de regular lançamento de crédito tributário em decorrência de recolhimento de ICMS, não haverá incidência de correção monetária no momento da compensação com o tributo devido na saída da mercadoria do estabelecimento. Precedentes.

2. O caso, contudo, é de crédito tributário - reconhecido pelo acórdão embargado e não contestado pelo embargante -, cuja escrituração não ocorrera por óbice imposto pelo Estado, hipótese em que é devida a correção monetária e não se aplica a jurisprudência citada, cujo pressuposto é a regularidade da escrituração. Precedente: RE 282.120, Maurício Corrêa, RTJ 184/332.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 200.379-4/SP - Relator: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE

Embargante: Estado de São Paulo. Advogado: PGE-SP - Newton Jorge. Embargada: Usina Maracá S.A. - Açúcar e Álcool. Advogados: Roberta Ponso de Barbosa Barros e outro. Advogado: Osiris de Azevedo Lopes Filho.

A sentença - que julgara procedente a ação - foi reformada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que não admitiu o creditamento na hipótese e, portanto, não examinou o problema da correção monetária.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência da Sr.^a Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em não conhecer dos embargos, nos termos do voto do Relator.

Brasília-DF, 15 de fevereiro de 2006. -
Sepúlveda Pertence - Relator.

Relatório

O Sr. Ministro *Sepúlveda Pertence* - Trata-se, na origem, de ação declaratória em que contribuinte do ICMS pretende ver reconhecido não só o direito de creditar-se do imposto pago na aquisição de bens para o ativo fixo, mas também o de fazê-lo com correção monetária.

A Segunda Turma, ao julgar o RE - que somente discutia a questão do direito ao crédito na aquisição de bens destinados ao ativo fixo -, dele conheceu e lhe deu provimento para restabelecer a sentença (f. 310-316), que reconhecia o direito ao crédito com correção monetária.

O Estado opôs embargos de declaração (f. 318-322), pretendendo demonstrar, de um lado, que a jurisprudência do STF não admite a correção monetária de créditos escriturais de ICMS e, alegando, de outro, que a autora não pleiteou, no recurso extraordinário, a correção monetária.

No julgamento desses embargos, Relator o em. Ministro Marco Aurélio, a Segunda Turma decidiu (f. 349-350):

... No mais, há de se ter presente que a atualização do crédito foi pleiteada na inicial e compôs a condenação imposta pelo Juízo. A apelação frutificou, e aí o recurso extraordinário da

contribuinte teve como objetivo maior a reforma do acórdão proferido pelo tribunal de origem e o restabelecimento da sentença. Portanto, não restou configurada a decisão fora dos limites do extraordinário, valendo notar que a correção monetária não é um *plus*, mas visa, isto sim, à reposição do poder aquisitivo da moeda, evitando enriquecimento sem causa.

Provejo parcialmente os declaratórios para consignar que a decisão proferida se fez nos limites da irresignação da contribuinte versada no extraordinário.

Nos embargos de divergência - admitidos (f. 391) -, o Estado se limita a sustentar o dissídio quanto à admissibilidade da correção monetária de créditos extemporâneos.

Nas contra-razões, sustenta a embargada, preliminarmente, que, nos termos do artigo 546 do CPC:

... o direito de ingressar com os embargos, ora opostos, versando sobre matéria do acórdão do RE, configura-se precluso, mesmo sobre correção monetária, por se constituir matéria velha, cujo revolvimento, se fosse possível, só o seria, quando muito, por ocasião da intimação dos primeiros declaratórios.

Acerca da matéria de fundo suscitada nos presentes embargos de divergência, aduz a embargada que:

A correção monetária pleiteada desde a inicial refere-se ao fato de que os créditos não foram lançados à época oportuna por obstaculização do próprio Fisco paulista, que se amparou em legislação declarada inconstitucional, para impedir o aproveitamento.

Trata-se, portanto, de ICMS pago a maior, que foi recebido em moeda corrente nos cofres do erário, uma vez que não houve a compensação crédito x débito, direito do contribuinte hospedado pela Constituição Federal - art. 155, § 2º, inc. I - princípio da não-cumulatividade.

A correção monetária é consequência natural daquele direito, visando, apenas e tão-somente, restabelecer o poder aquisitivo da moeda, exigida do contribuinte por força de norma contaminada. Nada tem a ver com sobras de crédito na conta gráfica, ou com o instituto do crédito acumulado.

Por interessante, observe-se que aquilo que foi alegado como contradição nos embargos de declaração pela defendente, hoje se tornou divergência, sendo que o primeiro acórdão paradigma nestes divergentes é o mesmo usado para demonstrar a contradição nos declaratórios.

Parecer do em. Procurador-Geral da República Antônio Fernando de Souza pelo não-conhecimento dos embargos de divergência, porque não demonstrado o conflito de julgados.

No mérito, opina pelo provimento, uma vez que ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal passaram a adotar tese diametralmente oposta à do acórdão embargado.

É o relatório.

Voto

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (*Relator*) - I - Afasto o óbice levantado pela embargada quanto à admissibilidade dos embargos de divergência; a simples oposição dos declaratórios não preclui a oportunidade de opor os embargos de divergência; ao contrário, muitas vezes será necessário para viabilizá-los.

Certo, o art. 330 do Regimento Interno estabelece que os embargos de divergência são cabíveis “à decisão de Turma que, em recurso extraordinário ou em agravo de instrumento, divergir de julgado de outra Turma ou do Plenário”.

Mas não é possível negar à decisão dos embargos de declaração a característica de integrar a decisão embargada, seja ela qual for: não é por outra razão que o art. 538 do Código de Processo Civil dispõe que o prazo para a interposição de outros recursos fica interrompido com a oposição deles.

II - A matéria discutida nos embargos de divergência é relativa ao direito à correção monetária dos créditos tributários provenientes da arrecadação de ICMS.

O acórdão embargado restabeleceu a sentença de primeiro grau, que julgou procedente a

ação declaratória cujo objeto incluía a correção monetária dos créditos.

O embargante coteja o acórdão embargado com o acórdão da Primeira Turma no RE 230.879, 11.12.1998, Ilmar, assim ementado:

Tributário. ICMS. Estado de São Paulo. Correção dos créditos acumulados. Princípios da não-cumulatividade e da isonomia.

O sistema de créditos e débitos, por meio do qual se apura o ICMS devido, tem por base valores certos, correspondentes ao tributo incidente sobre as diversas operações mercantis, ativas e passivas, realizadas no período considerado, razão pela qual tais valores, justamente com vista à observância do princípio da não-cumulatividade, são insuscetíveis de alteração em face de quaisquer fatores econômicos ou financeiros.

De ter-se em conta, ainda, que não há falar, no caso, em aplicação do princípio da isonomia, visto não configurar obrigação do Estado, muito menos sujeita a efeitos moratórios, eventual saldo escritural favorável ao contribuinte, situação reveladora, tão-somente, de ausência de débito fiscal, este, sim, sujeito a juros e correção monetária, em caso de não-recolhimento no prazo estabelecido.

Recurso conhecido e provido.

A divergência quanto à incidência de correção monetária nos créditos tributários do contribuinte, se havia à época em que o acórdão embargado foi proferido, hoje está superada.

Ambas as Turmas do Tribunal têm decidido da mesma forma; a natureza meramente contábil da equação entre débitos e créditos tributários impede a incidência de correção monetária sobre o mesmo, por respeito ao princípio da não-cumulatividade.

São exemplos, na Primeira Turma, os RE 310.026-AgR, 29.09.2005, Eros; 346.599-AgR, 16.12.2004, Pertence; 300.939-AgR, 20.04.2004, Pertence; e 220.773-AgR, 11.02.2003, Sydney; e, na Segunda Turma, os RE 221.752-AgR, 06.10.1998, Velloso; 290.436, 24.04.2001, Jobim; 400.430-AgR, 08.06.2004, Ellen; 247.520-AgR, 20.06.2000, Maurício; e 344.671-AgR, 17.12.2002, Maurício.

Ou seja, em se tratando de regular lançamento de crédito tributário em decorrência de recolhimento de ICMS, não haverá incidência de correção monetária no momento da compensação com o tributo devido na saída da mercadoria do estabelecimento.

No entanto, não é esse o caso presente.

III - A embargada ajuizou ação declaratória, visando ao direito de escriturar créditos extemporâneos em razão de óbice oposto pela Fazenda Pública.

Não se trata, portanto, de regular escrituração de crédito e posterior pedido de correção monetária sobre os mesmos; o pedido inicial é relativo ao próprio crédito tributário - reconhecido pelo acórdão embargado e não contestado pelo embargante -, cuja escrituração não ocorrera por óbice imposto pelo Estado, hipótese não alcançada pela jurisprudência citada, uma vez que o presuposto é a regularidade da escrituração.

A Segunda Turma, no julgamento do RE 282.120, Maurício, RTJ 184/332, julgou devida a incidência de correção monetária sobre os créditos escriturados extemporaneamente por óbice do Fisco, ainda que o impedimento se tivesse fundamentado em decisão judicial.

Extrato do voto do em. Ministro Maurício Corrêa:

A recorrida, desde a inicial, esclarece que, 'trabalhando no ramo de industrialização e exportação de produtos derivados do café', não podia compensar os pagamentos feitos a título de ICMS incidentes sobre a matéria-prima e outros insumos utilizados na fabricação do produto final, o que muito onerava a produção. Com o advento da Lei Complementar 65/91, artigo 3º, passou a ter direito de creditar-se desses valores.

7. Ocorre que, por força de liminar concedida na ADI 600, Marco Aurélio, j. em 06.05.92, tal dispositivo teve sua eficácia suspensa, razão pela qual a autoridade fazendária determinou o estorno de todos os créditos lançados a esse título. No julgamento do mérito, tendo o Tribunal decidido pela improcedência da ação e conseqüente constitucionalidade da disposição autorizadora, a Fazenda do Estado

admitiu a 'recuperação dos créditos que haviam sido estornados, todavia, pelo valor nominal sem correção monetária'.

8. Esse fato ensejou a impetração de mandado de segurança por parte da recorrida, no qual alegou que 'os créditos em pauta não foram utilizados por imposição da Fazenda, que exigia seu estorno e, posteriormente, com sua concordância, foram recuperados sem atualização monetária, o que resulta, sem dúvida, na vedada cumulatividade do tributo, além de enriquecimento sem causa da Fazenda Estadual' (f. 09). Pretende, assim, 'recuperar a referida correção monetária correspondente ao período entre a data do estorno e aquela em que a Fazenda permitiu a recuperação dos créditos' (f. 20). (...)

Ora, a decisão que reconheceu a constitucionalidade da norma complementar autorizadora do lançamento efetivo do crédito para fins de compensação (ADI 600, Marco Aurélio, DJ 30.06.95), produz, como se sabe, efeitos *ex tunc*, ou seja, o dispositivo legal é tido por legítimo desde sua edição, sem embargo da suspensão cautelar. Para que a lei produza os efeitos que deveria ter gerado na época própria e pretérita, é essencial que se lancem os créditos não pelo valor histórico, e sim pelo atual, devidamente corrigido.

23. Caso contrário, haverá enriquecimento ilícito da Fazenda do Estado. Isso pela circunstância de que a compensação não se realizou na época própria, permitindo uma arrecadação superior à que seria devida se os efeitos da lei, posteriormente declarada constitucional pelo Tribunal, não estivessem suspensos. Para que esse excesso seja restituído a quem, sem qualquer culpa, foi impedido de creditar-se do imposto pago, é necessário que a compensação se faça de forma atualizada. Ressalto que não existirá prejuízo ao Fisco, que, amparado por decisão liminar, arrecadou indevidamente mais no passado, e restituirá o que é devido pelo valor real, restabelecendo-se, desse modo, a situação original.

Ao final, concluiu o Relator:

A questão, como visto, refoge à mera pretensão de corrigir-se monetariamente os créditos escriturais do ICMS, consideradas as datas de recolhimento e da compensação do tributo, hipótese em que este Tribunal rejeitou a possibilidade de atualização, salvo existência de permissão legal. Nem se cuida aqui de

perquirir os efeitos da ADI 600, que deu causa ao não-lançamento autorizado em lei. Trata-se, na verdade, de pedido de correção de valores que não puderam ser escriturados na época própria pelo contribuinte, em decorrência de obstáculo criado pela atuação estatal.

26. No caso específico, o não-atendimento do pedido acarretaria enriquecimento sem causa do Estado, que arrecadou a maior no momento em que impediu o contribuinte de compensar tempestivamente os créditos legitimados por lei. Reconhecido *a posteriori* esse direito, a indexação é mera restituição do que é devido por fato anterior.

Ora, se há direito à correção monetária pelo fato de a escrituração do crédito não se ter realizado por óbice oposto pelo Fisco, embora fundado em decisão judicial, com maior razão será ela devida quando o obstáculo houver decorrido de entendimento criado e se der por ato emanado exclusivo da Administração.

Portanto, embora a fundamentação do acórdão embargado esteja em conflito com a jurisprudência invocada pelo embargante, esta não é aplicável à espécie.

Não conheço dos embargos: é o meu voto.

Voto _____

O Sr. Ministro Cezar Peluso - Senhora Presidente, se se tratasse de uma relação de débito e crédito, em que o suposto titular pudesse usar, oportunamente, do crédito e não o fizesse, a solução seria outra. Mas não é. Na realidade, é mera escrituração, de modo que não há possibilidade nenhuma de fazer compensação em tempo oportuno.

Estou de acordo com o voto do Relator.

Extrato de ata _____

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, e nos termos do voto do Relator, não conheceu dos embargos. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Britto e, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente). Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente). Plenário, 15.02.2006.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu - Secretário.

(Publicado no *DJU* de 05.05.2006.)

-:-:-