



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 35439 - MG (2011/0210312-5)

RELATOR : **MINISTRO AFRÂNIO VILELA**
RECORRENTE : VOTORANTIM METAIS ZINCO S.A
ADVOGADOS : LUIZ GUSTAVO ANTÔNIO SILVA BICHARA - RJ112310
ENZO ALFREDO PELEGRINA MEGOZZI - SP169017
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : SHIRLEY DANIEL DE CARVALHO E OUTRO(S) - MG062660

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO. ALTERAÇÃO DO TERMO INICIAL. LEI COMPLEMENTAR 87/1996 ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR 122/2006. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. AUSÊNCIA DE MAJORAÇÃO DO TRIBUTO. TEMA 346 DO STF. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. O STF, ao analisar o Tema 346, fixou a seguinte tese: "(i) Não viola o princípio da não cumulatividade (art. 155, §2º, incisos I e XII, alínea c, da CF/1988) lei complementar que prorroga a compensação de créditos de ICMS relativos a bens adquiridos para uso e consumo no próprio estabelecimento do contribuinte; (ii) Conforme o artigo 150, III, c, da CF/1988, o princípio da anterioridade nonagesimal aplica-se somente para leis que instituem ou majoram tributos, não incidindo relativamente às normas que prorrogam a data de início da compensação de crédito tributário". Assim, a alteração do termo inicial para creditamento do ICMS, previsto na Lei Complementar 122/2006, não fere o princípio da anterioridade ou não-surpresa porque houve mera modificação do prazo para usufruir o benefício fiscal, razão pela qual inexistente direito líquido e certo alegado.

2. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Teodoro Silva Santos votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 09 de abril de 2024.

MINISTRO AFRÂNIO VILELA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 35439 - MG (2011/0210312-5)

RELATOR : **MINISTRO AFRÂNIO VILELA**
RECORRENTE : VOTORANTIM METAIS ZINCO S.A
ADVOGADOS : LUIZ GUSTAVO ANTÔNIO SILVA BICHARA - RJ112310
ENZO ALFREDO PELEGRINA MEGOZZI - SP169017
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : SHIRLEY DANIEL DE CARVALHO E OUTRO(S) - MG062660

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO. ALTERAÇÃO DO TERMO INICIAL. LEI COMPLEMENTAR 87/1996 ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR 122/2006. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. AUSÊNCIA DE MAJORAÇÃO DO TRIBUTO. TEMA 346 DO STF. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. O STF, ao analisar o Tema 346, fixou a seguinte tese: "(i) Não viola o princípio da não cumulatividade (art. 155, §2º, incisos I e XII, alínea c, da CF/1988) lei complementar que prorroga a compensação de créditos de ICMS relativos a bens adquiridos para uso e consumo no próprio estabelecimento do contribuinte; (ii) Conforme o artigo 150, III, c, da CF/1988, o princípio da anterioridade nonagesimal aplica-se somente para leis que instituem ou majoram tributos, não incidindo relativamente às normas que prorrogam a data de início da compensação de crédito tributário". Assim, a alteração do termo inicial para creditamento do ICMS, previsto na Lei Complementar 122/2006, não fere o princípio da anterioridade ou não-surpresa porque houve mera modificação do prazo para usufruir o benefício fiscal, razão pela qual inexistente direito líquido e certo alegado.

2. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e não provido.

RELATÓRIO

MINISTRO AFRÂNIO VILELA: Em análise, recurso em mandado de segurança interposto por VOTORANTIM METAIS ZINCO S.A contra o acórdão proferido pelo 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de Minas, que denegou a segurança pleiteada, assim ementado (fl. 395):

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - ICMS - COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO - ALTERAÇÃO DO TERMO INICIAL - LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96 ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 122/06 - OFENSA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE - ARTIGO

150, III, DA CR - AUSÊNCIA DE MAJORAÇÃO DO TRIBUTO - NÃO CONFIGURAÇÃO. - A alteração do termo inicial para creditamento do ICMS previsto na Lei Complementar nº 122/06, que alterou a Lei Complementar nº 87/96, não fere o princípio da anterioridade ou não-surpresa prevista no artigo 150 III da CR. - O que a norma veda é a obliteração da noventena quando da instituição de tributo novo ou aumento daquele já existente. - Mera modificação de prazo de fruição de benefício fiscal não fere direito subjetivo do impetrante e muito menos direito líquido e certo conjurável por mandado de segurança (TJ/MG, Mandado de Segurança 1.0000.10.008628-9/000, relator Desembargador Belizário de Lacerda, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, julgado em 19/1/2011, DJe de 4/3/2011).

Narra a sociedade empresária recorrente que (fls. 413-414):

Impetrou Mandado de Segurança originariamente perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais visando assegurar o seu direito líquido e certo de se creditar do ICMS calculado sobre as aquisições de mercadorias destinadas ao uso e consumo, as entradas de energia elétrica, e o recebimento de serviços de comunicação a partir de 1º de janeiro de 2007 até o término do prazo de 90 (noventa) dias a contar da data de publicação da Lei Complementar nº 122/2006 em respeito ao princípio da anterioridade previsto no artigo 150, III, 'c', da Constituição Federal.

Sustenta, em síntese, ser necessária a reforma do acórdão que denegou a segurança, considerando que (fl. 415):

Apesar de a LC.87/96 assegurar o direito ao crédito de ICMS em relação (i) às mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, (ii) à energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento e (iii) às mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento, o seu artigo 33 postergava a respectiva fruição para 1º de janeiro de 1998, no primeiro caso, e para 1º de novembro de 1996 nos dois últimos casos.

Todavia, argumenta que, antes que gozasse do direito ao crédito, a Lei Complementar 87/1996 sofreu sucessivas alterações, adiando a implementação efetiva da não-cumulatividade atinente às operações mencionadas.

Pondera que o adiamento do início do aproveitamento dos créditos apurados nas aquisições de bens de uso e consumo, energia elétrica e serviços de comunicação, perpetrado pelo art. 33 da Lei Complementar 122/2006, é inconstitucional, na medida em que ofende claramente a regra da não-cumulatividade que rege o ICMS, e encontra-se disposta no art. 155, § 2º, I, da CF/1988.

Requer que seja conhecido e provido o recurso ordinário, a fim de reformar o acórdão e assegurar o direito líquido e certo de se creditar do ICMS calculado sobre as

aquisições de mercadorias destinadas ao uso e consumo, as entradas de energia elétrica e o recebimento de serviços de comunicação a partir de 1º/1/2007 até o término do prazo de 90 (noventa dias), a contar da data de publicação da Lei Complementar 122/2006.

Devidamente intimado, o ESTADO DE MINAS GERAIS apresentou contrarrazões às fls. 442-447, pugnando pela manutenção do acórdão.

Em decisão à fl. 462, o recurso ordinário não foi conhecido, reconhecida a sua intempestividade. Em sede de agravo regimental (fl. 477), contudo, foi reconsiderada a decisão.

Intimadas, as partes apresentam manifestação às fls. 498-507 e fls. 508-509, acerca do interesse no julgamento do feito.

Conforme certidão à fl. 514, este feito foi a mim atribuído em 7/12/2023.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO AFRÂNIO VILELA (Relator): Conheço do recurso ordinário, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

O mandado de segurança é meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

A alusão ao direito líquido e certo exige que o impetrante o comprove de plano, no momento da impetração, pois se depender de comprovação posterior, não é líquido e nem certo, para fins de segurança, não há instrução probatória e, por isso, todas as provas devem acompanhar a petição inicial, ou seja, há pré-constituição das situações e dos fatos que embasam o direito invocado.

No caso, o acórdão recorrido denegou a segurança pleiteada, nos seguintes termos (fls. 397/399):

Entendo que não há qualquer direito líquido e certo a socorrer a impetrante.

Conforme previu Lei Complementar 87/1996 desde que utilizados no processo de produção de novos bens, poderá haver "creditamento" do valor agregado desde a última operação de circulação destes bens, para eventual compensação (art. 20. LC 87/96).

Todavia, sobreveio a Lei Complementar 122 de 2006, alterando a redação da antiga LC 87/96, que passou a vigir com o seguinte texto:

"Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2011."

Preceituando o art. 2º da LC 122: "Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação."

Importante salientar que a alteração das regras que tratam sobre o regime de compensação de ICMS ocorrerá por meio de Lei Complementar, conforme disposição expressa na Constituição da República (art. 155 §2º XII "c").

Assim, o constituinte estipulou a regra, atentando para o fato de que a lei Complementar demanda quórum qualificado por maior absoluta de votos nas duas Casas do Congresso Nacional, consubstanciando-se em instrumento mais rigoroso, e acertadamente incumbido de disciplinar as regras gerais de direito tributário.

Por sua vez a impetrante alega ainda que esta regra configura-se como verdadeiro aumento de tributo, pois o tornaria mais oneroso, vez que ordena creditamento apenas a partir de 2011.

Ora, tal entendimento não prospera, o que se verifica, entretanto, é mera alteração na sistemática de aproveitamento de crédito para compensação, balizado na regra constitucional.

O caso não é de aumento de tributo, de forma que as regras da anterioridade e noventena não se aplicam, caindo por terra a argumentação consubstanciada no apelo, como bem analisou a questão a douta Procuradoria- Geral de Justiça em seu parecer:

"Vê-se que o prazo de 90 (noventa) dias somente se aplica aos casos de instituição e de majoração de tributos, figuras às quais não se equipara a hipótese versada nos autos, que diz respeito ao suposto direito que teria o contribuinte de creditar-se do valor do ICMS quando pago em razão de aquisições de bens destinados a seu uso e consumo, de entrada de energia elétrica e do recebimento de serviços de comunicação. Ora, a restrição temporal do direito ao crédito narrada na inicial decorreu de prorrogação de restrição preexistente ao exercício do direito aos créditos aludidos pela art. 20 da Lei Complementar Estadual nº 87/1996, situação que não comporta majoração ou instituição de tributo, motivo pelo qual não é obrigatória a observância do prazo nosagesimal." (fl. 377).

A anterioridade (art. 150, III, "b" CR) e a regra da noventena (ou regra da "não surpresa", como preferem alguns), tratada no art. 195, § 6º se aplicam aos impostos majorados ou instituídos, de forma que não se aplicam à fixação de termo inicial para o gozo de benefícios fiscais ou vantagens, como é o caso do direito de compensação do ICMS.

Assim, se existe regra específica prevendo termo inicial para o nascimento de um benefício fiscal, não existe direito líquido e certo

sobre seu gozo em período anterior àquele estipulado.

Em recurso ordinário, a recorrente alega que a postergação do prazo para compensação do ICMS introduzida pela Lei Complementar 122/2006, que alterou a Lei Complementar 87/1996 e admitiu o creditamento do tributo apenas a partir de 1º/1/2011, ofende o princípio da espera nonagesimal.

Todavia, a irresignação não deve prosperar, inexistindo direito líquido e certo da recorrente a ser resguardado.

Prevê o art. 155, § 2º, I da CF/1988:

Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

Portanto, o ICMS é imposto não cumulativo que permite a compensação ao sujeito passivo tributário, a fim de que seja recolhido o tributo apenas em relação ao valor acrescido ao bem desde a operação anterior.

A mesma norma disciplina a forma de compensação:

XII - cabe à lei complementar:

[...]

c) disciplinar o regime de compensação do imposto;

A Lei Complementar 87/1996 preceitua:

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

Por sua vez, a Lei Complementar 122/2006 alterou a redação no art. 33 da seguinte forma:

Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2011; (Redação dada pela Lcp nº 122, de 2006).

A supracitada norma entrou em vigor na data de sua publicação, consoante previsto no art. 2º de forma que, desde então, houve alteração do termo de início para a compensação.

O princípio da anterioridade nonagesimal é previsto no art. 150, III, c da CF/1988:

Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

III - cobrar tributos:

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

No caso, a postergação da data para creditamento dos valores não majora ou institui imposto, de forma que não há incidência do princípio. Não houve aumento da alíquota, alteração da base de cálculo ou modificação da forma de compensação, mas mero adiamento do exercício do direito assegurado.

O STF, ao analisar o Tema 346, afetado à sistemática da repercussão geral, firmou a seguinte tese:

(i) Não viola o princípio da não cumulatividade (art. 155, §2º, incisos I e XII, alínea c, da CF/1988) lei complementar que prorroga a compensação de créditos de ICMS relativos a bens adquiridos para uso e consumo no próprio estabelecimento do contribuinte;

(ii) Conforme o artigo 150, III, c, da CF/1988, o princípio da anterioridade nonagesimal aplica-se somente para leis que instituem ou majoram tributos, não incidindo relativamente às normas que prorrogam a data de início da compensação de crédito tributário.

Confira-se, por oportuno, a ementa do acórdão:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE E REGIME DE COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. DISCIPLINA POR LEI COMPLEMENTAR. NÃO INCIDÊNCIA

DE ANTERIORIDADE NONAGESIMAL NA PRORROGAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1.A Constituição Federal trouxe, no artigo 155, §2º, I, a previsão do princípio da não-cumulatividade relativamente ao ICMS e, em seu inciso XII, alínea c, determina que compete à lei complementar regulamentar o regime de compensação do tributo.

2.Dessa forma, embora a Constituição Federal tenha sido expressa sobre o direito de os contribuintes compensarem créditos decorrentes de ICMS, também conferiu às leis complementares a disciplina da questão.

3.O contribuinte apenas poderá usufruir dos créditos de ICMS quando

houver autorização da legislação complementar. Logo, o diferimento da compensação de créditos de ICMS de bens adquiridos para uso e consumo do próprio estabelecimento não viola o princípio da não cumulatividade.

4.O Princípio da anterioridade nonagesimal (ou noventa) é exigível apenas para as leis que instituem ou majoram tributos. A incidência da norma não precisa observar o prazo de 90 (noventa) dias da data da publicação que prorrogou o direito à compensação, nos termos do artigo 150, III, alínea c, da Constituição 5.Recurso Extraordinário do Estado do Rio Grande do Sul a que se dá PROVIMENTO, para denegar a ordem. Fixadas as seguintes teses de repercussão geral no Tema 346: "(i) Não viola o princípio da não cumulatividade (art. 155, §2º, incisos I e XII, alínea c, da CF/1988) lei complementar que prorroga a compensação de créditos de ICMS relativos a bens adquiridos para uso e consumo no próprio estabelecimento do contribuinte; (ii) Conforme o artigo 150, III, c, da CF/1988, o princípio da anterioridade nonagesimal aplica-se somente para leis que instituem ou majoram tributos, não incidindo relativamente às normas que prorrogam a data de início da compensação de crédito tributário (STF, RE 601.967, relator Ministro Marco Aurélio, relator p/ acórdão Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 18/8/2020, DJe de 3/9/2020).

Este STJ já manifestou diversas vezes sobre a matéria, de forma que registro os seguintes julgados: RMS n. 32.387/SC, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/2/2011, DJe de 10/3/2011; RMS n. 20.491/RJ, relator Ministro Castro Meira; Segunda Turma, julgado em 13/10/2009, DJe de 23/10/2009; REsp n. 1.105.151/SP, relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23/4/2009, DJe de 13/5/2009; e RMS n. 20.454/RJ, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3/5/2007, DJe de 31/5/2007.

Dessa forma, a conclusão é de que o acórdão está em consonância com tese fixada pelo STF no Tema 346.

Isso posto, nego provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0210312-5

PROCESSO ELETRÔNICO

RMS 35.439 / MG

Números Origem: 00862895020108130000 100001000862890011

PAUTA: 09/04/2024

JULGADO: 09/04/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **AFRÂNIO VILELA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro AFRÂNIO VILELA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULIO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : VOTORANTIM METAIS ZINCO S.A

ADVOGADOS : LUIZ GUSTAVO ANTÔNIO SILVA BICHARA - RJ112310
ENZO ALFREDO PELEGRINA MEGOZZI - SP169017

RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOGADO : SHIRLEY DANIEL DE CARVALHO E OUTRO(S) - MG062660

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Teodoro Silva Santos votaram com o Sr. Ministro Relator.