



## Empresa consegue autorização para usar créditos de ICMS

Uma distribuidora de produtos químicos conseguiu na Justiça de São Paulo autorização para usar créditos de ICMS dos meses de janeiro, fevereiro e março para abater o próprio imposto. A determinação é do juiz Ronaldo Frigini, da 1ª Vara da Fazenda Pública paulista. Cabe recurso.

A empresa recorreu à Justiça porque foi impedida de usar os créditos quando entrou em vigor a Lei Complementar 122/06. A norma aumentou de 17% para 18% a alíquota do ICMS, previu a imediata aplicação do aumento e registrou que apenas em 2011 as empresas poderiam usar os créditos.

A defesa da empresa, representada pelos advogados **Nelson Monteiro Junior** e **Rodrigo Helfstein**, do Monteiro, Neves e Fleury Advogados, argumentou que a lei contrariou a Constituição Federal. Segundo o artigo 150, inciso III, 'A', da Constituição, "sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios cobrar tributos antes de decorridos 90 dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou".

Segundo a defesa, o estado desrespeitou este prazo ao aplicar imediatamente a nova alíquota do tributo. Também afirmou que houve aumento disfarçado do imposto. O juiz Frigini acolheu o argumento apenas quanto ao aumento disfarçado. "A noventena só tem sentido quando ocorrer instituição de novo tributo ou aumento de sua alíquota. No caso dos autos, não houve criação nem aumento flagrante", afirmou.

"O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro estado. Assim, a conclusão que se tem é que houve aumento disfarçado da obrigação, posto que se a impetrante não consegue creditar-se do ICMS no período de janeiro a março do corrente ano, como consta da inicial, por conta da Lei 122/06, é seguro dizer que há de pagar mais tributo."

### Leia a decisão

Proc. 583.53.2007.101514-4 – 1ª Vara da Fazenda Pública – Vistos. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX., qualificada nos autos, impetrou MANDADO DE SEGURANÇA em face do Sr. COORDENADOR DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – CAT DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, na forma em que é representado, argumentando que, por conta da Lei Complementar 122/06, de 12.12.2006, que alterou o art. 33, da LC 87/96, foi inserido novo prazo para o crédito de ICMS, a partir de 1º de janeiro de 2011.

Sustenta que a norma é inconstitucional porque ofende o princípio normativo do prazo nonagesimal estabelecido pelo artigo 150, inciso III, alínea c, da Constituição Federal. Pediu a concessão de liminar e ao final a segurança por inteiro. Concedida a liminar (fls. 62), nas informações, a Autoridade Coatora sustentou ilegitimidade passiva, pois que o pedido deveria ser direcionado ao Delegado Regional Tributário. Também aludiu a invasão de competência e inadequação da via eleita. No mérito, sustentou a legalidade da norma.



O Ministério Público omitiu-se de manifestar-se no feito.

É o relatório. DECIDO.

1-Rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva, haja vista que a legislação tributária, de caráter geral, tem, em última análise, destinação para a Autoridade Fazendária. Demais disso, a Autoridade Coatora houve por bem em defender o ato, de sorte que a segurança merece ser analisada pelo mérito. Por outro lado, o mandamus ora interposto tem caráter preventivo.

2- A questão atinente a invasão de competência também não procede, haja vista que não se está buscando a inconstitucionalidade da lei, mas unicamente de parte que ofende a Constituição Federal, o que pode ser analisado incidentalmente nesta demanda.

3- A alegada impossibilidade jurídica do pedido confunde com o mérito e será conjuntamente analisada. Nem há, de resto, pleito de caráter genérico, mas específico, para o crédito de ICMS nas hipóteses legais, durante o período nonagesimal.

4- No que pertine ao mérito, a segurança deve ser concedida. De fato, numa leitura superficial, a noventena só tem sentido quando ocorrer instituição de novo tributo ou aumento de sua alíquota, nos termos do art. 150, inciso III, alínea c, da Constituição Federal. No caso dos autos, não houve criação nem aumento flagrante.

5- De fato, consoante já consignado na decisão liminar a Lei 122/06 não instituiu tributo, mas tão somente deu nova redação ao art. 33 da Lei Complementar 87, de 13.9.1996. Em verdade, o art. 33 da LC 87 remete ao art. 20 do mesmo diploma, nestes termos: 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.

De seu turno, impõe-se apontar, ainda, o art. 19, no sentido que: O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

Assim, a conclusão que se tem é que houve aumento disfarçado da obrigação, posto que se a impetrante não consegue creditar-se do ICMS no período de janeiro a março do corrente ano, como consta da inicial, por conta da Lei 122/06, é seguro dizer que há de pagar mais tributo, mormente quando se sabe que o ICMS está submetido ao princípio da não-cumulatividade.

Destarte, por ofensa constitucional, é ilegal o impedimento trazido pela Lei Complementar 122, de 12 de dezembro de 2006, de modo a entrar em vigor, ou seja, a ter eficácia plena, somente a partir de 12 de março de 2007 e não como nos termos do art. 2º da norma apontada. 6- Posto isto e considerando o mais constante dos autos, CONCEDO A SEGURANÇA buscada por XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX



---

em face do Sr. COORDENADOR DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – CAT – DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO para o fim de, extinguindo o processo nos termos do artigo 269, inciso I, do CPC, reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 122/06 por ofensa à noventena prevista no artigo 155, III, c, da Constituição Federal. Não há sucumbência. P.R.I.C.

São Paulo, 19 de março de 2007.

RONALDO FRIGINI

JUIZ DE DIREITO

**Date Created**

15/04/2007