

REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO



25

REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO

ISSN 1413-7097

25

Diretor da Revista
Valdir de Oliveira Rocha

Diretora Financeira
Lidia Lobello de Oliveira Rocha

Diretora Comercial
Lêda Ferraz de Mendonça

Projeto Gráfico inicial de *Escrituras*
Editora, com alterações procedidas por
Phoenix e Dialética

Capa (fundo)
Detalhe da obra
"100% Azul ou Quase",
de Marola Omartem

Ilustrações de faces dos autores
Fátima Lodo Andrade da Silva

Fotolito da Capa
Binho's

Impressão
Gráfica Palas Athena

(OUTUBRO - 1997)



Martins de Porangaba é o autor da obra
cujo detalhe figura em destaque na capa
desta edição, assim como das
reproduzidas nas páginas 9, 16, 39, 46,
54, 62, 70, 83, 89, 104, 129, 139 e 148.



Uma publicação mensal de
Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.
Av. Bernardino de Campos, 327 - conj. 24
CEP 04004-050 - São Paulo - SP
Fone/fax (011) 284.2096 - 284.5362 - 284.5527

SUMÁRIO

Doutrina

- A execução fiscal nos tributos de lançamento por homologação - Alberto Xavier 4984 FATO GERADOR 7
- ITBI: momento de incidência na compra e venda de imóveis - Alcides da Fonseca Sampaio 7985 14
- A inconstitucionalidade da incidência da contribuição social sobre parcelas indenizatórias - Aroldo Gomes de Mattos 7986 37
- Substituição e cancelamento da CDA - Carlos Henrique Abrão 7987 45
- As complicações jurídicas do Simples (Lei federal nº 9.317/96) - Eliud José Pinto da Costa 52
- A não-cumulatividade do ICMS e a correção monetária dos créditos extemporâneos - Hugo de Brito Machado 7988 60
- Ampla defesa e conhecimento de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo administrativo - Marçal Justen Filho 7989 68
- A discriminação constitucional das rendas tributárias - Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho 80
- Os crimes contra a ordem tributária e a questão da condição de procedibilidade - Reinaldo Pizolio 88
- Considerações sobre a contribuição do salário-educação - Ricardo Mariz de Oliveira 7990 102
- Natureza jurídica do aporte empresarial para fundos de pensão - Wladimir Novaes Martinez 127

Pareceres

- O princípio da não-cumulatividade do ICMS - crédito pelas empresas de transporte do ICMS pago nos insumos das subcontratadas - Ives Gandra da Silva Martins 7991 137
- ICMS - aproveitamento de créditos - inconstitucionalidades da Lei Complementar 87/96 - Roque Antônio Carrazza 7992 147

Petição Inicial em ADC

- Salário-Educação - constitucionalidade de dispositivo da Lei nº 9.424/96 170

A Não-Cumulatividade do ICMS e a Correção Monetária dos Créditos Extemporâneos

Hugo de Brito Machado

1. A Jurisprudência do STJ

Apreciando questão em que se discutia o direito do contribuinte à correção monetária de créditos do ICMS lançados extemporaneamente, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que: "Não se tratando de simples crédito escritural, mas de créditos que dependiam de regulamentação por parte do fisco, uma vez reconhecido o direito ao creditamento, impõe-se a atualização pela correção monetária".¹

Em julgado da mesma data, a mesma Turma, em processo do mesmo Relator, entretanto, decidiu que: "Tratando-se de crédito escritural, sem oposição do fisco, tendo o contribuinte deixado de fazer o lançamento no período estabelecido para sua efetivação, a inércia não gera direito a correção monetária".²

Como se vê, aquele Egrégio Tribunal está adotando como critério decisivo para assegurar o direito à correção monetária a presença de obstáculo, imputável ao fisco, à escrituração do crédito. Se o atraso na escrituração do crédito é imputável exclusivamente ao contribuinte, não teria este direito à correção monetária. A exclusão do direito à correção monetária, assim, funciona como verdadeira sanção ao contribuinte que deixa de lançar na época própria o crédito do ICMS. Ou então, como sanção ao Fisco, pelo fato de haver impedido o creditamento.

2. Distinção Inaceitável

De todo modo, o critério não é adequado, data vênica. A distinção entre o caso em que o crédito não foi utilizado em face de obstáculo criado pelo fisco e aquele em que a não utilização do crédito no período em que foi gerado deve-se a simples erro do contribuinte, é de todo inaceitável, em face da natureza jurídica da correção monetária.



Hugo de Brito Machado

é Professor Titular de Direito Tributário da Universidade Federal do Ceará e Juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª Região

¹ STJ - 2ª Turma, REsp. 90.063-SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, julgado em 08.05.97, DJU I de 09.06.97, e Repertório IOB de Jurisprudência nº 14, Caderno 1, texto 1/11232.

² STJ - 2ª Turma, REsp. 72.074-SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, julgado em 08.05.97, DJU I de 09.06.97, e Repertório IOB de Jurisprudência nº 14, Caderno 1, texto 1/11231.

A correção monetária é simples instrumento de atualização do valor da moeda, que se presta para manter o equilíbrio das relações jurídicas. Não é sanção. Nem pode ser utilizada como tal. Independe da causa da demora.

Exatamente porque não é sanção, a correção monetária do débito tributário é devida mesmo quando o pagamento deste ocorre em face de denúncia espontânea da infração, não podendo ser dispensada em virtude da norma do art. 138 do Código Tributário Nacional. Como instrumento, que é, de atualização da expressão monetária das obrigações de cunho patrimonial, deve ser efetuada sempre que o adimplemento de uma obrigação, expressa em moeda, tenha ocorrido a destempo, e durante o lapso temporal em que demorou o inadimplemento tenha existido desgaste do valor da moeda.

Na apuração do valor a ser pago a título de ICMS são levados em consideração os créditos, relativos às entradas, e os débitos, relativos às saídas de mercadorias. Se um crédito relativo a determinada entrada deixou de ser escriturado na oportunidade própria, vale dizer, no período de apuração em que se deu a entrada, e entre este e o período no qual foi efetuado o crédito a expressão monetária deste não foi atualizada, o crédito extemporâneo deve ter corrigida sua expressão monetária, pela mesma razão que há de ser corrigida a expressão monetária de um débito porventura não escriturado. Ou o saldo devedor correspondente, cujo recolhimento é devido no período, se houver atraso nesse recolhimento e o valor da moeda sofrer desgaste entre a data que o recolhimento devia ter sido feito e aquela na qual efetivamente se deu. A não ser assim, o fisco estará obtendo verdadeiro enriquecimento indevido.

Essa distinção não foi enfrentada ainda pelo Supremo Tribunal Federal, mas a tese adotada por sua Segunda Turma no julgado que adiante vamos referir, por seus fundamentos, parece autorizar a conclusão de que o direito à correção monetária é, como temos sustentado, uma decorrência pura e simples do decurso do tempo e do desgaste da moeda, e assim independe de qualquer perquirição a respeito de a quem se possa imputar a demora. Afirma-se, naquele julgado, que vedar a correção monetária lesiona o princípio da não-cumulatividade, e enseja um enriquecimento sem causa para a Fazenda. Tais razões, inteiramente incontestáveis, estão presentes igualmente nos casos em que o crédito do imposto não tenha sido escriturado no período em que se deu a entrada a que corresponde, por razões imputáveis ao contribuinte.

A final, importa insistir neste ponto, a correção monetária dos créditos extemporâneos não é sanção contra o fisco. Nem sua exclusão pode ser uma sanção contra o contribuinte. Ela é pura e simplesmente uma fórmula pela qual é respeitado o princípio da não-cumulatividade.

3. A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

3.1. Tese contrária à correção

O Ministro Moreira Alves, em despacho do dia 31 de outubro de 1996, negou seguimento a agravo de instrumento em que contribuinte do ICMS, do Estado de São Paulo, pleiteava a subida de recurso extraordinário contra decisão do tribunal estadual que lhe negara o direito à correção monetária de crédito do imposto.³ Acolheu integralmente a

³ Despacho do Min. Moreira Alves no Ag. Inst. nº 181138-2 SP, DJU I de 20.11.96, p. 45761.

tese adotada no julgado do tribunal paulista, assim expressa:

“ Segundo a própria sistemática da não-cumulatividade, que gera os ‘créditos’ que o contribuinte tem direito, a compensação deve ocorrer pelos valores nominais. Assim dispõe a lei paulista. A correção monetária dos ‘créditos’, além de não permitida pela lei, desvirtuaria a sistemática do tributo.

23. Em outras palavras, o tributo incide e opera-se o sistema de compensação do imposto devido com o tributo já recolhido sobre a mesma mercadoria, o qual impede a incidência do ICMS em cascata. Do quantum simplesmente apurado pela aplicação da alíquota sobre a base de cálculo, deduz-se o tributo já recolhido em operações ante-

teriores com aquela mercadoria, ou seus componentes, ou sua matéria prima, produto que esteja incluído no processo de sua produção de forma direta. Assim, os eventuais créditos não representam o lado inverso de uma obrigação, constitui (sic) apenas um registro contábil de apuração do ICMS, visando a sua incidência de forma não cumulativa.

24. Uma vez abatido o débito, desaparece. Não se incorpora de forma alguma ao patrimônio do contribuinte. Tanto que este, ao encerrar suas atividades, não tem o direito de cobrar seus ‘créditos’ não escriturados da Fazenda. Esses créditos não existem sem o débito correspondente.

25. Na realidade, compensam-se créditos e débitos pelo valor nominal constituídos no período de apuração. Incidindo correção monetária nos créditos, sendo contabilizado, um que for, em valor maior que o nominal, haverá ofensa ao princípio da não-cumulatividade. É um efeito cascata ao contrário, porque estará se compensando tributo não pago, não recolhido.

26. O ato de creditar tem como correlativo o ato de debitar. O correspondente dos ‘créditos’ contábeis em discussão são (sic) os valores registrados na coluna dos débitos, os quais não sofrem nenhuma correção monetária - o que configura mais uma razão a infirmar a invocação de ‘isonomia’ para justificar a atualização monetária dos chamados ‘créditos’. Somente

após o cotejo das duas colunas quantifica-se o crédito tributário, o que bem demonstra a completa distinção entre estes e aqueles.

27. Estabelecida a natureza meramente contábil, escritural do chamado ‘crédito’ do ICMS (elemento a ser considerado no cálculo do montante do ICMS a pagar), há que se concluir pela impossibilidade de corrigi-lo monetariamente. Tratando-se de operação meramente escritural, no sentido de que não tem expressão ontologicamente monetária, não se pode pretender aplicar o instituto da correção ao creditamento do ICMS.

28. A técnica do creditamento escritural, em atendimento ao princípio da não cumulatividade, pode ser expres-



sa através de uma equação matemática, de modo que, adotando-se uma alíquota constante, a soma das importâncias pagas pelo contribuinte, nas diversas fases do ciclo econômico, corresponda exatamente à aplicação dessa alíquota sobre o valor da última operação. Portanto, por ser essa operação uma operação matemática pura, devem ficar estancos quaisquer fatores econômicos ou financeiros, justamente em observância ao princípio da não-cumulatividade (art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal e art. 3º do Decreto-lei nº 406/68) (Fls. 81/83); e “30. Por sua vez não há falar-se em violação ao princípio da isonomia. Isto porque, em primeiro lugar, a correção monetária dos créditos não está prevista na legislação e, ao vedar-se a correção monetária dos créditos do ICMS, não se deu tratamento desigual a situações equivalentes. A correção monetária do crédito tributário incide apenas quando este está definitivamente constituído, ou quanto recolhido com atraso, mas não antes disso. Nesse sentido prevê a legislação. São créditos na expressão total do termo jurídico, podendo o Estado exigi-lo. Diferencia-se do crédito escritural, que existe para fazer valer o princípio da não cumulatividade.” (Fls. 83/84).

3.2. Tese favorável à correção

Por outro lado, o Ministro Marco Aurélio, em despacho do dia 8 de abril de 1977, negou seguimento a recurso extraordinário do Estado de São Paulo, restando assim mantida decisão que as-

segurou ao contribuinte a correção monetária de crédito tardiamente lançado.⁴

No mesmo sentido manifestou-se já o Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma: “*Homenageia o princípio da não-cumulatividade decisão no sentido de considerar-se os créditos pelo valor devidamente corrigido, isso em face da passagem do tempo até a vinda a balha de definição da legitimidade respectiva, por ato da Fazenda do Estado. Descabe falar, na espécie, de transgressão ao princípio da legalidade. O alcance respectivo há de ser perquirido considerada a garantia constitucional implícita vedadora do enriquecimento sem causa*”.⁵

No Supremo Tribunal Federal, portanto, não obstante tenha sido unânime a decisão da Segunda Turma, ainda não se pode considerar firmado o entendimento segundo o qual o contribuinte tem direito à correção monetária dos créditos tardios.

3.3. Análise da controvérsia

A controvérsia situa-se em quatro importantes aspectos da questão, a saber: a) o princípio da legalidade; b) a natureza do crédito cuja expressão monetária o contribuinte pretende corrigir; c) o alcance da não cumulatividade; e d) o princípio da isonomia.

3.3.1. O princípio da legalidade

Não seria possível admitir-se a correção monetária dos créditos tardios à míngua de lei que o estabeleça. Penso que tal argumento foi superado pelo Supremo Tribunal Federal, na afirmação de que “*se inexistente lei dispondo sobre a*

⁴ Despacho do Min. Marco Aurélio, no Ag. Inst. nº 195471-1 SP, DJU I de 25.04.97, pp. 15248-9 e Revista Dialética de Direito Tributário nº 23, pp. 173/174.

⁵ STF, 2ª Turma, Ag. Reg. em Ag. Inst. nº 182458-1 SP, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU I de 16.05.97, p. 19960 e Revista Dialética de Direito Tributário nº 23, pp. 137/139.

atualização monetária, o certo é que não há, no direito positivo, norma que a obstaculize. Ademais, exsurge o fato de que a Constituição encerra de forma implícita o direito à atualização, no que previsto, como garantia voltada à preservação dos interesses do contribuinte, o princípio da não-cumulatividade, que não pode ser tomado, no campo simplesmente formal, como algo de eficácia concreta a excluir em toda e qualquer hipótese a possibilidade de o Estado vir a exigir, com valia, valor de tributo já arrecadado".⁶

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, já faz muito tempo, superando sua própria jurisprudência que negava a correção monetária na restituição do tributo indevido, à míngua de lei que o determinasse, firmou o entendimento de que a correção monetária, em tais casos, decorre de aplicação analógica da lei, autorizado pelo art. 108, inciso I, do Código Tributário Nacional.

A situação é a mesma. Na ausência de lei a respeito da correção monetária do crédito a que tem direito o contribuinte, na apuração do valor do ICMS a ser pago, é cabível a aplicação, por analogia, da norma que estabelece a correção monetária do débito de tributo. Ademais, essa aplicação, em vez de violar o princípio da legalidade, na verdade o preserva, na medida em que evita a cobrança, sem lei, de um autêntico aumento de tributo decorrente da inflação. Preserva, ainda, o princípio da isonomia, evitando tratamento desigual entre o fisco e o contribuinte, no que concerne aos efeitos da inflação, além de contribuir para a realização do princípio da não-cumulatividade do ICMS.

3.3.2. A natureza do crédito

Sustentam os contrários à correção monetária em disputa que o crédito do ICMS não se confunde com o crédito tributário, e só este é corrigível monetariamente, não aquele, que é simples registro escritural, não constitui objeto de uma relação jurídica obrigacional, não havendo, portanto, fundamento jurídico para sua atualização monetária.

Ocorre que o ser devida a correção monetária independe de tratar-se do objeto de uma relação jurídica obrigacional. Mesmo em se tratando, como se trata, de um elemento de cálculo, necessário à determinação do valor do tributo devido, a correção monetária é devida porque dela depende a eliminação de distorção causada pelo desgaste do valor da moeda. Simples crédito escritural, simples elemento de cálculo, o crédito do ICMS registrado extemporaneamente, se não atualizado, implica apuração de tributo maior que o efetivamente devido.

A este aspecto da controvérsia estão estreitamente ligados dois outros, relativos ao alcance da não-cumulatividade do ICMS e ao princípio da isonomia, cujo exame certamente deixará a questão melhormente esclarecida.

3.3.3. Alcance da não-cumulatividade

A correção monetária dos créditos do ICMS terminaria por desvirtuar o princípio da não-cumulatividade, cujo objetivo final é fazer com que o ônus tributário corresponda a aplicação da alíquota do imposto sobre o valor da última operação.⁷ Admitir a correção monetária implicaria admitir crédito de tributo não pago.

⁶ Trecho do despacho do Min. Marco Aurélio, no Ag. Inst. nº 195471-1 SP, DJU I de 25.04.97, pp. 15248-9 e Revista Dialética de Direito Tributário nº 23, pp. 173/174.

⁷ Para facilitar a compreensão do raciocínio, admite-se aqui serem uniformes as alíquotas do ICMS em todas as operações.

É certo que a não-cumulatividade tem o objetivo de fazer com que o imposto pago nas diversas fases da circulação da mercadoria seja igual ao resultante da aplicação da alíquota sobre o valor da última operação. Isto, porém, pressupõe moeda estável. Havendo inflação, manter essa equação matemática é gerar um enriquecimento indevido para o Fisco, na medida em que o valor da última operação é aumentado pelo desgaste da moeda, e o valor das parcelas do imposto, recolhidos nas etapas anteriores, é considerado pelo valor simplesmente nominal. Em outras palavras, tem-se que na base de cálculo do imposto a inflação é embutida automaticamente em razão do aumento dos preços, elevando-os para além do que seria um valor agregado em regime de moeda estável. Os valores pagos em cada etapa, entretanto, se considerados pelos valores nominais respectivos, deixam de incorporar a inflação. Daí a distorção que a correção monetária dos créditos busca retificar.

Dizer-se que a correção monetária dos créditos implica admitir compensação de tributo não pago é argumento que só aparentemente é valioso. Na verdade a correção monetária apenas faz com que o imposto efetivamente pago nas operações anteriores seja considerado, não por seu valor simplesmente nominal, mas por seu valor real, compatível com a expressão monetária atual.

3.3.4. Correção monetária e isonomia

Há quem sustente que vedar a correção monetária de créditos “*não hostiliza o princípio da isonomia porque débitos e créditos do ICMS não tem a mesma natureza jurídica e não produzem os*

mesmos efeitos jurídicos, tanto que a apuração de saldo devedor do tributo constitui fato gerador da obrigação de pagamento para o contribuinte, sob pena de inscrição de dívida ativa e respectiva execução fiscal, ao passo que a apuração de saldo credor do ICMS não gera nenhuma obrigação de pagamento para o Fisco”.⁸

Este argumento aparece, ainda, em outra versão. Afirma-se, como acima já foi visto, que a correção monetária diz respeito apenas ao crédito tributário, e sendo este de natureza diversa daquele crédito do ICMS, meramente escritural, não há como se possa falar em isonomia.

Na primeira versão, o argumento é insubsistente.

Primeiro, porque o emprego da analogia independe de serem, no caso, débito e crédito da mesma natureza jurídica.

Segundo, porque na verdade débitos e créditos do ICMS têm a mesma natureza jurídica. São, um e o outro, elementos necessários à apuração do valor, ou expressão econômica, da obrigação tributária. Nem o crédito é objeto de uma relação jurídica obrigacional, nem o é o débito.

Terceiro, porque não é a apuração de saldo credor que constitui fato gerador da obrigação tributária. Essa apuração apenas lhe determina a dimensão econômica. A obrigação tributária na verdade nasce da operação relativa à circulação da mercadoria.

Quarto, e definitivo, porque a aplicação analógica de uma norma jurídica não pressupõe situações iguais, mas situações simplesmente análogas. Situações iguais regem-se pela mesma norma. Diante de duas situações iguais,

⁸ Trecho do julgado da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, no caso que ensejou o Recurso Especial nº 119.883 - SP, transcrito no relatório do mencionado recurso especial.

existente uma norma aplicável, não se pode falar de integração jurídica porque inexistente lacuna a ser preenchida. A norma se aplica a ambas. Diante de situações análogas, aí sim, a norma que trata de uma, só por analogia se aplicará à outra. A apuração do valor do ICMS a ser pago em cada período se faz num sistema de conta corrente. A débito são lançados os valores calculados sobre as saídas. A crédito os valores correspondentes às entradas. Evidentemente não são iguais, porque uns resultam das saídas, e outras das entradas de mercadorias. Mas são análogos, porque ambos se prestam ao mesmo fim, vale dizer, prestam-se para a apuração do valor do imposto a final devido. Outra não foi a razão pela qual o Supremo Tribunal Federal, invocando o art. 108, inciso I, do CTN, decidiu ser aplicável, por analogia, ao valor do tributo a ser restituído porque pago indevidamente, a correção monetária cobrada pelo fisco no caso de pagamento com atraso. Aplicou o Supremo, por analogia, a norma concernente ao pagamento do tributo com atraso, para o caso de restituição de tributo indevido. Como se vê, aplicou a analogia, mesmo sendo o débito do imposto, que a lei mandava corrigir, de natureza jurídica diversa daquele valor a ser restituído.

Também na outra versão, o argumento em exame não resiste a uma análise séria. O crédito tributário, como objeto de uma relação jurídica obrigacional, é certamente diverso do crédito do ICMS, que é simplesmente um elemento de cálculo do valor daquele. Essa diversidade, porém, não afasta a necessidade da correção monetária deste último, se ela para aquele é adotada. Operar com um crédito de ICMS distorcido pela desvalorização da moeda é produ-

zir um resultado igualmente distorcido. Débito e crédito de ICMS são dois elementos, cuja soma algébrica é o crédito tributário, ou o saldo credor a ser transportado para o período de apuração seguinte. Deixar de corrigir qualquer desses dois elementos, se afetado pela inflação, é produzir uma soma incorreta, viciada pelo desgaste do valor real da moeda.

Estabelecer a correção monetária somente para o resultado daquela soma algébrica, quando o débito é maior, vale dizer, estabelecer a correção monetária somente para o crédito tributário a ser pago pelo contribuinte, lesiona o princípio da isonomia, na medida em que assegura a reposição do desgaste da moeda apenas em favor do fisco, deixando o contribuinte a descoberto.

Não se diga que a lei não estabelece a correção monetária dos débitos do ICMS. O que na verdade ocorre é que não são feitos registros de débitos com atraso. Se um débito deixa de ser lançado em determinado período, constatada a omissão a Fazenda cobra seu valor com correção monetária a partir do período em que o débito deveria ter sido lançado. Se eventualmente um contribuinte constata que deixou de lançar uma venda, e conseqüentemente um débito de ICMS, e pretende regularizar espontaneamente tal situação, faz o pagamento complementar do imposto relativo ao período em que se deu a omissão, e suporta a correção monetária do valor do débito, por força de dispositivo legal expresso atinente ao recolhimento com atraso. Se preferir, lança no período em andamento o que deixara de lançar, mas há de suportar, pela mesma razão, a correção monetária, porque estará pagando o imposto com atraso, embora por outra forma.

3.3.5. Correção monetária na repetição do indébito

Toda a disputa em torno da questão da correção monetária de créditos do ICMS lançados extemporaneamente pode ser definitivamente superada. Basta que se faça a comparação entre o lançar crédito extemporâneo, e o pedir a restituição do tributo indevidamente pago.

Um crédito de ICMS não lançado implica pagamento do imposto a maior no período respectivo. Constatado o fato alguns meses depois, o contribuinte poderá, em vez de lançar o crédito extemporâneo, pedir a restituição do que pagou a mais. E neste caso com certeza tem, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, direito de haver com correção monetária o que indevidamente pagou.

Só a atitude reprovável sob todos os aspectos, da Fazenda, diante dos pedidos de restituição de indébito, explica porque os contribuintes não utilizam tal via. Negar a correção monetária do crédito de ICMS lançado extemporaneamente, portanto, é fortalecer a atitude fazendária, de resistência ao cumprimento da lei, sob todos os aspectos censurável.

4. Questão Processual: Recurso Extraordinário ou Especial

Merece atenção, neste contexto, uma questão de natureza processual, relativa ao recurso cabível de decisão porventura denegatória do direito à correção monetária de que se cuida.

O Superior Tribunal de Justiça, embora tenha em diversos casos apreciado recurso especial sobre a matéria, tem decisão, também, afirmando cabível apenas o extraordinário: "Se a lei estadual só admite a compensação de créditos

de ICMS pelo seu valor nominal, o reconhecimento de que ela contraria o princípio constitucional da não-cumulatividade só pode se dar em sede de recurso extraordinário".⁹

Essa decisão do Superior Tribunal de Justiça é perfeita, sem dúvida, para o caso em que a lei estadual vede a correção monetária. Ou, em outras palavras, diga que os créditos do ICMS devem ser feitos pelos respectivos valores nominais. É inadequada, porém, data vênua, para os casos em que a lei estadual é omissa a respeito da correção monetária.

Com efeito, se a lei estadual nada estabelece a respeito da questão de saber se o valor do crédito é o nominal, ou o monetariamente corrigido, a questão que se coloca é de interpretação da lei ordinária. Não de inconstitucionalidade desta. E como todos sabem, a inconstitucionalidade de uma lei só há de ser afirmada se não for possível extrair dela um significado que a compatibilize com a Constituição.

Por outro lado, a questão pode ser colocada também como um problema de integração, por analogia, conforme autoriza o art. 108 do Código Tributário Nacional, e neste caso ter-se-á também uma questão do denominado direito infra-constitucional, ou direito ordinário.

As leis estaduais em geral não cuidam especificamente desse problema da correção monetária, de sorte que em sendo assim o recurso cabível das decisões dos tribunais de segundo grau é o especial. De todo modo, em face do citado entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ficam os advogados na contingência de interpor os dois recursos, o especial e o extraordinário. É o único meio de que dispõem para vencer mais essa armadilha do processo.

⁹ STJ, 2ª Turma, REsp. nº 119883 - SP, Rel., Min. Ari Pargendler, DJU I de 23.06.97, p. 29102.