ANULAÇÃO - DÉBITO FISCAL - MULTA - ICMS - NOVO CPC

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA \_\_\_ VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ - UF

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ LTDA., pessoa jurídica de direito privado, que atua com o nome fantasia de \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, devidamente inscrita no CNPJ sob nº \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, com sede na C idade de \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ - \_\_\_, sito à Rua \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, nº \_\_\_\_, sala \_\_\_, B. \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, por seu procurador firmatário, nos termos do incluso instrumento de mandato (Doc. \_\_), vem, respeitosamente, à presença de V. Exª, com fundamento no artigo 38 da Lei nº 6.830/1980 e no artigo 319 do CPC/2015, ajuizar a competente

AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL

em face da Fazenda Pública do Estado de \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, pelos fundamentos fáticos e jurídicos que adiante elucida.

I - DOS FATOS

Na data de \_\_\_ de \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ de \_\_\_\_, a Autora foi intimada da lavratura do Auto de Infração e Imposição de Multa, através do qual a Fazenda Estadual almeja constituir crédito tributário de ICMS incidente sobre operação de venda de produto industrializado, realizada em \_\_/\_\_/\_\_\_\_, sem a emissão de nota fiscal.

No lançamento efetuado foram aplicadas as alíquotas previstas na Lei 7.896, de 23.03.1995, em virtude da apuração do ICMS (18%) e da multa pelo não recolhimento do tributo (30%).

Sabe-se que a lei aplicável à operação em tela é aquela vigente no momento de sua ocorrência, conforme o disposto no artigo 144 do Código Tributário Nacional. Na data em que se realizou o indicado fato gerador, estava em vigência a Lei nº 5.698/1988 que delimitava o percentual de 10% como alíquota do ICMS.

Salta aos olhos a ilegalidade do lançamento ora combatido, e impossível aceitar-se como regular a pretensão de ser aplicada e cobrada alíquota de tributo superior à legalmente prevista no tempo da realização do fato gerador.

Mais evidente que o dever do Fisco Estadual de cumprir as diretrizes da lei é o direito da Autora de não ser constrangida a recolher o crédito tributário de ICMS constituído de forma abusiva e ilegal.

II - DO DIREITO

O constituinte, no Título IV - “Da Tributação e do Orçamento”, Capítulo I - “Do Sistema Tributário Nacional”, em sua Seção II - "Das Limitações do Poder de Tributar", além de prever casos de imunidade a impostos, citou os princípios constitucionais que norteiam a matéria tributária, entre eles: a estrita legalidade, isonomia, irretroatividade, anterioridade e não confisco.

Em sua doutrina, Luciano Amaro explica que tais limitações "integram o conjunto de traços que demarcam o campo, o modo, a forma e a intensidade de atuação do poder de tributar (ou seja, do poder que emana da Constituição, dos entes políticos criarem tributos)". (AMARO, Luciano. Direto tributário brasileiro. P. 105)

O princípio da irretroatividade da lei encontra-se estampado no art. 150, III, ‘a’, da Constituição Federal, que desta forma dispõe:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;”

Coadunando-se a esta disposição, o Código Tributário Nacional determina em seu art. 144 que: “O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada".

Neste sentido, os seguintes julgados:

“[...] Os princípios da anterioridade e da irretroatividade baseiam-se na necessidade de segurança jurídica, evitando-se surpresas ao contribuinte, no que toca à criação ou majoração de tributos. [...]” (Ag. Reg. No Agravo de Instrumento nº 738.929/SP, 1ª Turma do STF, Rel. Luiz Fux. J. 22.11.2011, unânime, Dje 13.12.2011).

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO C/C MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. MAJORAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS INCIDENTE SOBRE A CIRCULAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. DECRETO Nº 3.878/2002. INADMISSÍVEL RETROAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PARA ALCANÇAR FATO GERADOR PRETÉRITO. INCONSTITUCIONALIDADE CONFIGURADA. EXEGESE DO ART. 150, INCISO III, ALÍNEA 'A', DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 144 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. PRECEDENTES DA CORTE. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO DO ENTE PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. SERVENTIA NÃO OFICIALIZADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA ESTADUAL. [...] Os princípios da anterioridade e da irretroatividade das leis tributárias (CF, art. 150, III, 'a') impedem que seja cobrado tributo em relação a fatos geradores ocorridos anteriormente à sua vigência (TJSC, Apelação Cível nº 2005.001027-1, de Brusque, rel. Des. Newton Trisotto).” (Apelação Cível nº 2010.033024-1, 3ª Câmara de Direito Público do TJSC, Rel. Pedro Manoel Abreu. DJ 24.09.2012).

“APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INSTITUIÇÃO POR DECRETO. ILEGALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA (ART. 150, III, 'A', CF). FATO GERADOR ANTERIOR A EDIÇÃO DO DECRETO. APELAÇÃO DESPROVIDA, POR MAIORIA, VENCIDA A RELATORA.” (Apelação e Reexame Necessário nº 70038144515, 2ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Arno Werlang. J. 11.05.2011, DJ 31.05.2011).

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS). ARRENDAMENTO MERCANTIL. INCIDÊNCIA. SÚMULA 18 DO TJSC. DECADÊNCIA DOS CRÉDITOS LANÇADOS PELO FISCO MUNICIPAL. TITULARIDADE DO CRÉDITO. FATO GERADOR ANTERIOR À LEI INSTITUIDORA DO TRIBUTO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. [...] 3. Em obediência ao princípio da irretroatividade da lei tributária, é nulo o lançamento fiscal sobre fato gerador ocorrido antes do início da vigência da lei que instituiu o tributo.” (Apelação Cível nº 2005.002223-8, 2ª Câmara de Direito Público do TJSC, Rel. Newton Janke. Publ. 13.12.2010).

“APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INSTITUIÇÃO POR DECRETO. ILEGALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA (ART. 150, III, 'A', CF). FATO GERADOR ANTERIOR À EDIÇÃO DO DECRETO. APELAÇÃO DESPROVIDA, POR MAIORIA, VENCIDA A RELATORA.” (Apelação e Reexame Necessário nº 70038144515, 2ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Arno Werlang. J. 11.05.2011, DJ 31.05.2011).

“[...] Sob pena de violação dos princípios da anterioridade e irretroatividade, é vedado à União exigir tributo cujo fato gerador ocorreu em data anterior ao início de vigência da lei que o instituiu. [...]”. (Recurso Especial nº 294586/DF (2000/0137555-5), 2ª Turma do STJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha. J. 13.12.2005, unânime, DJ 20.02.2006).

“[...] Esta Corte vem entendendo que a exigência de tributo cujo fato gerador ocorreu em data anterior ao início da vigência da lei tributária que a instituiu ofende os princípios da anterioridade e da irretroatividade. [...]” (Recurso Especial nº 222338/RS (1999/0060892-5), 2ª Turma do STJ, Rel. Min. Castro Meira. J. 01.09.2005, unânime, DJ 03.10.2005).

Analisando o princípio da irretroatividade sob a ótica da segurança jurídica, da seguinte maneira manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

“[...] (...) O princípio da irretroatividade somente condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do Poder Público eventualmente configuradora de restrição gravosa (a) ao "status libertatis" da pessoa (CF, art. 5º, XL), (b) ao "status subjectionis" do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, 'a') e © à segurança jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5º, XXXVI). [...] as lições de outrora coadunam-se com as novas conquistas constitucionais, notadamente a segurança jurídica da qual é corolário a vedação à denominada "surpresa fiscal". Na lúcida percepção dos doutrinadores, "em todas essas normas, a Constituição Federal dá uma nota de previsibilidade e de proteção de expectativas legitimamente constituídas e que, por isso mesmo, não podem ser frustradas pelo exercício da atividade estatal." (ÁVILA, Humberto. In: Sistema constitucional tributário. 2004. p. 295-300). 19. Sob o enfoque jurisprudencial "o Supremo Tribunal Federal, com base em clássico estudo de Couto e Silva, decidiu que o princípio da segurança jurídica é subprincípio do Estado de Direito, da seguinte forma: 'Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (v.g. art. 2º). Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe o papel diferenciado na realização da própria ideia de Justiça material.'" (ob. Cit., p. 296). 20. Na sua acepção principiológica, "a segurança jurídica pode ser representada a partir de duas perspectivas. Em primeiro lugar, os cidadãos devem saber de antemão quais normas são vigentes, o que é possível apenas se elas estão em vigor "antes" que os fatos por elas regulamentados sejam concretizados (irretroatividade), e se os cidadãos dispuserem da possibilidade de conhecer "mais cedo" o conteúdo das leis (anterioridade). A ideia diretiva obtida a partir dessas normas pode ser denominada "dimensão formal-temporal da segurança jurídica", que pode ser descrita sem consideração ao conteúdo da lei. Nesse sentido, a segurança jurídica diz respeito à possibilidade do "cálculo prévio" independentemente do conteúdo da lei. Em segundo lugar, a exigência de determinação demanda uma "certa medida" de compreensibilidade, clareza, calculabilidade e controlabilidade conteudísticas para os destinatários da regulação." (ob. Cit., p. 296-297). [...]” Agravo Regimental no Recurso Especial nº 696883/SE (2004/0150234-0), 1ª Turma do STJ, Rel. Min. Luiz Fux. J. 16.06.2005, unânime, DJ 01.08.2005)

O princípio da irretroatividade da lei tributária determina que a lei que institui ou aumenta tributos somente poderá atingir fatos imponíveis ocorridos posteriormente ao início de sua vigência.

Diante de todo o exposto, resta claro a nulidade do lançamento tributário aqui enfrentado, visto que feriu o princípio da irretroatividade da lei tributária ao ambicionar cobrar tributo utilizando-se de alíquota instituída por lei posterior à ocorrência fato gerador.

No momento em que a Autora realizou a operação de venda de mercadoria, na data de \_\_/\_\_/\_\_\_\_, estava em vigor a Lei nº 5.698/1988, que estabelecia alíquota do ICMS no percentual de 10%, o qual deve ser observado pela Fazenda Estadual para a constituição do débito, e não aquele fixado pela Lei nº 7.896/1995.

Resta demonstrada assim a nulidade do presente lançamento tributário.

Ressalva se faz quanto à multa aplicada.

Nas taxativas hipóteses autorizadoras da aplicação retroativa da Lei Tributária, apresentadas pelo art. 106 do Código Tributário Nacional, está a incidência de penalidade menos severa pela lei posterior àquela prevista na lei vigente ao tempo do fato gerador.

É o que ocorre no presente caso. A lei na qual se baseou a Autoridade Administrativa para emitir o lançamento tributário questionado, Lei nº 7.896/1995, traz penalidade mais benéfica ao contribuinte que a lei vigente à época da operação de venda realizada no tocante à multa instituída, motivo pelo qual se entende que neste quesito pode citada lei prevalecer.

Com base em tal juízo vem decidindo a jurisprudência:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. MULTA. REDUÇÃO. LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA. ARTIGO 106, II, 'C', DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. RETROATIVIDADE. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DA FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. I. A teor do art. 106, II, 'c', do Código Tributário Nacional, a lei posterior que comine penalidade tributária menos severa, aplica-se a situações pretéritas ainda não transitadas em julgado. II. Assiste à Fazenda Pública os honorários advocatícios, por ter sucumbido minimamente no pedido inicial. III. Agravo legal parcialmente provido.” (Agravo Legal em Apelação/Reexame Necessário nº 0000009-16.2003.4.03.6182/SP, 2ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Cotrim Guimarães. J. 15.05.2012, unânime, DE 24.05.2012).

“TRIBUTÁRIO. MULTA. LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. 1. A retroatividade da lei menos gravosa no campo fiscal é aplicada em caráter excepcionalíssimo, sendo obra do legislador que, à semelhança dos princípios do Direito Penal, visou beneficiar o contribuinte na hipótese de atos não definitivamente julgados. Logo, da simples exegese do art. 106, inciso II, 'c', do CTN chega-se à inarredável conclusão de que, sobrevindo no curso da execução fiscal lei reduzindo a multa, impõe-se a aplicação retroativa da legislação que beneficia o contribuinte. [...]”. (Apelação Cível nº 2009.71.99.000050-0/RS, 1ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Joel Ilan Paciornik. J. 14.04.2010, unânime, DE 20.04.2010).

“RECURSO ESPECIAL. INSS. MULTA MORATÓRIA. APLICAÇÃO DA LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA. ARTIGO 106 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. PRECEDENTES. A egrégia Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da aplicação da lei tributária mais benigna em favor do contribuinte a respeito dos juros de mora. Recurso especial não conhecido.” (Recurso Especial nº 281025/RS (2000/0101156-1), 2ª Turma do STJ, Rel. Min. Franciulli Netto. J. 19.11.2002, unânime, DJU 19.05.2003, p. 162).

III - DO PEDIDO

Ante o exposto, requer:

a) a procedência integral da presente ação, com a anulação do débito constituído por intermédio do Auto de Infração e Imposição de Multa lavrado em \_\_/\_\_/\_\_\_\_, relativo ao ICMS derivado da operação de venda de produto industrializado realizada em \_\_/\_\_/\_\_\_\_;

b) a citação da Ré, para comparecer em audiência de mediação/conciliação a ser designado pelo i. Magistrado, após audiência de conciliação e mediação, de posse dos termos da presente demanda, abre-se prazo para contestar, querendo, sob pena de revelia, cf. art. 334 do CPC/2015;

c) a condenação da Ré ao pagamento dos honorários advocatícios, custas e demais despesas processuais;

Informa a Autora, que realizará depósito judicial da quantia em discussão no intuito de ver suspensa a exigibilidade do crédito tributário, conforme dispõe o inciso II do artigo 151 do Código Tributário Nacional.

Por derradeiro, protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Atribui-se à presente causa o valor de R$ \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ reais).

Nestes termos,

Pede deferimento.

[Local] [data]

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

[Nome Advogado] - [OAB] [UF].