

Protocolo n. 201200442436 e 201201463364

Autor:

Réu:

Simultaneus processus.

SENTENÇA DE MÉRITO

Ação nº 201200442436 (anulatória):

Trata-se o caso vertente de ação anulatória promovida por GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA em face do ESTADO DE GOIÁS, na qual pleiteia a nulidade do Auto de Infração nº 3. 0281006.999.16.

Aduz a Autora, como ressumbra da r. peça matriz de fls. 02/12, que restou autuada pelo fisco goiano por suposta escrituração indevida de créditos de ICMS relativos aos meses de junho a setembro, novembro e dezembro de 2002, conforma atesta a cópia integral do processo administrativo tributário acostado aos autos (AI nº 3.028 1006.999.16).

Salienta porém, ter sido intimada da aludida autuação fiscal somente em 16/11/2007, perfazendo assim a decadência dos créditos tributários exigidos pela fiscalização e relativos ao período de junho a setembro de 2002, consoante expressa previsão legal contida no artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional, pertinente mesmo em casos de creditamento indevido de tributo.

Afiança ter satisfeito os requisitos essenciais para o transcorrer do prazo decadencial, quais sejam, tributo sujeito a lançamento por homologação (ICMS) e inexistência de alegação de fraude, dolo ou simulação.

Informa a Autora ainda que realizou o pagamento integral em 15/12/2008 dos créditos de ICMS que entendia não fulminados pela decadência e referentes aos meses de novembro e dezembro de 2002, no aporte de R\$ 24.891,70, conforme documento de fls. 348/349.

Alfim, requer a procedência da ação, com a declaração de nulidade do auto de infração nº 3.0281006.999.16.

A peça matriz veio instruída com os documentos de fls. 14/356.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela restou indeferido,

conforme resai do decisum prolatado às fls. 370/376.

Após regular perfectibilização do ato citatório, o Estado de Goiás apresentou resistência à pretensão verberada na inicial, como se infere da petição encartada às fls. 443/454.

Em sítio de contestação, arguiu a inexistência de decadência em relação aos fato geradores ocorridos no período anterior a 16/11/2002, eis que o transcorrer do prazo decadencial no caso de creditamento indevido opera-se através das disposições do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Afirma, outrossim, que o pagamento parcial não poderia referir-se, ao contrário do que é alegado pela Autora, aos períodos de novembro e dezembro de 2002, tendo em vista nítida violação ao disposto no inciso III do artigo 163 do Código Tributário Nacional, devendo ser obedecida a ordem crescente de prescrição (do menor prazo restante para o maior).

Ao final, pugna pela improcedência do pedido vazado na exordial.

Juntou os documentos de fls. 455/461.

Em réplica, a Autora refutou os argumentos esposados pelo Réu, tendo reafirmado os termos da inicial.

O Ministério Público, por sua representante, declinou de emitir parecer sobre o feito, conforme se observa da cota exarada às fls. 476.

Não houve interesse na produção de provas, tendo ambas as partes requerido o julgamento antecipado da lide.

Instado a prestar esclarecimentos acerca do pagamento parcial realizado, o Réu apresentou a manifestação e documentos de fls. 573/591, afirmando que o pagamento seria proporcionalmente abatido do montante devido total, não podendo ser aplicado a período específico como pretende a Autora.

Em seguida, sobreveio manifestação da Autora às fls. 595/600, rechaçando os argumentos do Réu.

* * *

Ação nº 201201463364 (cautelar)

GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA, já devidamente qualificada no seio dos autos em epígrafe, ajuizou ação cautelar em face do ESTADO DE GOIÁS, igualmente já individualizado.

Afirma a Requerente, em síntese, estar questionando, por meio de ação ordinária, autuação fiscal tombada sob o nº 3.0281006.999.16, na qual teve pedido de

antecipação dos efeitos da tutela para suspender a exigibilidade do crédito questionado negada.

Diz que a não suspensão do crédito tem gerado sérios problemas, impedindo-a de participar de licitações e realizar contratos com a Administração Pública.

Requer, pois, a concessão, mediante caução, de liminar para que possa receber certidão de regularidade fiscal, com a confirmação da medida ao final da demanda.

Instruiu a inicial com os documentos de fls. 14/72.

O pedido liminar foi deferido por força da decisão proferida às fls. 74/83.

Regularmente citado, o Requerido ofertou a resposta de fls. 116/132, requerendo a improcedência do pedido inicial, por entender incabível o manejo de ação cautelar para o fim pleiteado.

Sobreveio, às fls. 135/144, réplica da Requerente, rechaçando os argumentos lançados pelo Requerido e repisando os termos da inicial.

Instado a manifestar-se, o Ministério Público declinou de emitir parecer, conforme se percebe da cota exarada às fls. 160.

Não houve interesse na produção de provas.

* * *

São, em suma, os relatórios.

Passo a decidir, de forma conjunta, ambas as ações.

Aprecio, inicialmente, a ação anulatória nº 201200442436.

As matérias agitadas pelas partes, pelo que vejo, são apenas de direito, estando o suporte fático documentalmente demonstrado, tornando-se totalmente despicienda uma maior dilação probatória e, como consequência, obrigatório o julgamento antecipado da lide.

Trata-se de ação ordinária em que a parte autora busca a nulidade do AI nº 3.0281006.999.16, com a consequente extinção dos créditos tributários, por estarem eivados de decadência, invocando para tanto a incidência do prazo previsto no artigo 150, §4º do *codex* tributário.

O Estado de Goiás, por seu turno, alega que no caso de creditamento

indevido de tributo sujeito a lançamento por homologação aplica-se a regra de contagem do prazo decadencial de acordo com a interpretação do Superior Tribunal de Justiça, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, à luz do disposto no artigo 173 do Código Tributário Nacional.

Assim, para o desate da presente celeuma, a fim de aferir o transcurso do termo decadencial, importante trazer à tona a redação dos artigos 150, §4º e 173, I, do Código Tributário Nacional, *verbis*:

Art. 150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, **a contar da ocorrência do fato gerador**; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Pois bem. Como é de conhecimento comum, o ICMS submete-se ao regime de lançamento por homologação que, noutra senda, não se confunde com o lançamento de ofício. E como não se confundem, não há como conjugar os distintos prazos previstos nos arts. 150, § 4º e 173, I, do Código Tributário Nacional, próprios para cada uma destas duas espécies de lançamento. Na verdade, um exclui o outro.

In casu, mesmo se tratando de um imposto sujeito ao lançamento por homologação, o que atrairia a regra do citado artigo 150, §4º, **não houve a antecipação do mencionado tributo**, de modo a permitir que a Fazenda Pública constitua o crédito tributário, pelo lançamento de ofício, no prazo de 5 anos contados do 1º dia do exercício seguinte àquele em que ele poderia ter sido efetuado.

Com efeito, consoante entendimento pacificado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não havendo declaração e tampouco pagamento do ICMS pelo contribuinte, a Fazenda Pública deve realizar o lançamento de ofício em cinco anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do inciso I, do artigo 173, do Código Tributário Nacional, senão vejamos:

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES. 1. **A jurisprudência do STJ firmou o entendimento no sentido de que, havendo creditamento indevido de ICMS, o prazo decadencial para que o Fisco efetue o lançamento de ofício é regido pelo art. 173, I, do CTN, contando-se o prazo de cinco anos, a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, donde se deduz a não ocorrência, in casu, da decadência do direito de o Fisco lançar os referidos créditos tributários.** 2. **"Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando ocorre o recolhimento em desconformidade com a legislação aplicável, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), iniciando-se o prazo decadencial de cinco anos no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito (art. 173, I, do CTN)."** (REsp 973189/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 04/09/2007, DJ 19/09/2007, p. 262).Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no AREsp: 76977 RS 2011/0191109-3, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 12/04/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/04/2012)

A par de tal elucidação, observa-se do álbum processual, sobretudo da cópia do auto de infração, acostada às fls. 32/33, que houve omissão no pagamento de ICMS correspondente ao período de agosto/2002 até dezembro/ 2002, tendo ocorrido a sua lavratura em **06/11/2007**.

Desta feita, contrariamente ao alegado pela parte autora em suas razões inaugurais (fls. 02/13), não houve a quitação do tributo devido, com a legítima antecipação do recolhimento, mas sim um pagamento parcial, efetuado a menor, no montante de R\$ 24.891,70 (vinte e quatro mil, oitocentos e noventa e um reais e setenta centavos), na data de 15/12/2008, como ?quitação da parte não litigiosa a pedido do contribuinte?, conforme documentos colacionados às fls. 298/301.

Assim, uma vez assentado que não houve pagamento do imposto, aplica-se, de acordo com o entendimento da Corte Superior de Justiça alhures transcrito, a regra inserta no art. 173, I, ou seja, o prazo para a constituição do crédito afigura-se de 05 anos contados do 1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, decorrendo daí, pois, que o Estado de Goiás teria até o dia **01/01/2003** para constituir o crédito.

Neste mesmo sentido, trilha a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, *verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. NÃO

RECOLHIMENTO. INEXISTÊNCIA DE DECADÊNCIA. ANULAÇÃO DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CLÁUSULA FREE ON BOARD (FOB). OPERAÇÃO INTERESTADUAL. BITRIBUTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO. AFASTAMENTO. I ? No mandado de segurança, a certeza do direito é aferível da circunstância de estarem suficientemente demonstrados os fatos a partir dos quais se pretende a concessão da ordem, isto por meio de prova cabal e pré-constituída. II ? No caso dos autos, os argumentos expendidos pela impetrante não foram suficientes para derruir a presunção de legalidade das autuações levadas a cabo pelo Estado de Goiás, inexistindo o alegado direito líquido e certo. III - **De acordo com a jurisprudência dominante deste Tribunal de Justiça, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, não havendo o pagamento, pelo sujeito passivo, o prazo decadencial é contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I, CTN). IV - A cláusula free on board (FOB) não pode ser invocada para eximir a parte vendedora da responsabilidade pelo recolhimento do ICMS incidente sobre as mercadorias expedidas, na medida em que, as convenções particulares não são oponíveis perante o Fisco para alteração do sujeito passivo. V - O sujeito ativo da obrigação tributária é do Fisco Goiano, a quem é devido o pagamento do ICMS, em acordo a interpretação das disposições constitucionais contidas no artigo 155 §2º incisos VII e VIII da Constituição Federal e dos artigos 51 e 54 do Código Tributário Estadual. Dessa forma, não há que se falar em bitributação, já que não cabe a empresa recorrente a opção de escolher a unidade da federação, que ofereça melhores condições, a quem recolher os impostos devidos. VI - A multa estabelecida pelo artigo 71, inciso III, alínea ?a? do Código Tributário Estadual (Lei nº 11.651/91) revela-se inconstitucional, ante a violação aos princípios da proporcionalidade e da vedação ao confisco, consoante pronunciamento da Corte Especial deste Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade de Lei nº 447689-37.2009.8.09.0000. **APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.** (2ª Câmara Cível, ApC em MS nº 366645-71.2008.8.09. 0051, Rel. Des. Amaral Wilson de Oliveira, DJ nº 1185 de 14/11/2012)**

Conclui-se que no caso em apreciação, por se tratar de hipótese legal de lançamento de ofício, considerando que os fatos geradores do crédito tributário ocorreram no período de agosto até dezembro de 2002, passou a transcorrer a contagem do prazo para a decadência a partir de 01.01.2003, por ser esta data o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, derivando como termo final para efetuar o lançamento e a notificação do sujeito passivo a data de **31.12.2007**.

Por entender estranho ao objeto da lide, deixo de apreciar a alegada imputação do pagamento parcial efetuado pela empresa autora, no aporte de R\$ 24.891,70 (vinte e quatro mil, oitocentos e noventa e um reais e setenta centavos), na data de 15/12/2008, como ?quitação da parte não litigiosa a pedido do contribuinte?. Até porque, como bem salientado pelo Réu, o valor recolhido não poderia ser aplicado a período específico, mas simplesmente abatido do montante do débito.

Resta clara, portanto, a improcedência do pedido manejado na ação anulatória nº 201200442436, cabendo, destarte, analisar o pedido cautelar manejado na ação nº 201201463364.

Buscando assegurar o resultado útil e eficaz da ação anulatória proposta contra o Estado de Goiás, entendeu a empresa requerente de ajuizar a presente Ação Cautelar Inominada, a fim de ter assegurada a expedição de certidão de regularidade fiscal.

Todavia, a ação principal foi julgada, com o reconhecimento da improcedência do pedido anulatório formulado pela Requerente.

Ora, se na ação principal foi rejeitado o pedido da empresa requerente, é evidente que o processo principal se extinguiu, com julgamento do mérito, de conformidade com o disposto no inciso I do art. 269, do Código de Processo Civil.

Por sua vez, o art. 808, inciso III, do Código de Processo Civil, assim determina, *in verbis*:

Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar:

III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito.

Acresce, ainda, que o art. 796, do mesmo diploma legal, estatui, *litteris*:

Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

Portanto, se o processo principal foi extinto, com julgamento do mérito, a ilação a que se chega é que a ação cautelar não pode subsistir, pela perda de seu objeto útil, já que a sua finalidade é garantir a utilidade e eficácia da prestação jurisdicional de conhecimento.

DISPOSITIVO:

Posto isto, julgo improcedente o pedido anulatório formulado por GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA em face do ESTADO DE GOIÁS na ação nº 201200442436.

Por consequência, **declaro extinto o processo cautelar nº 201201463364**, pela perda da sua eficácia e utilidade, com fulcro no inciso III do art. 808, do Código de Processo Civil.

Tendo ocorrido sucumbência total por parte da Autora GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA, em ambos os processos, condeno-a ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios em favor do ESTADO DE GOIÁS que, à luz do disposto no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, arbitro em R\$ 12.000,00 (doze mil reais), a ser executado, se for o caso, nos autos da ação principal.

Traslade-se cópia desta sentença para os autos das ações 201200442436 e 201201463364.

Após o exaurimento das vias recursais, com o consequente trânsito em julgado, arquivem-se os autos, com as cautelas de estilo.

P. R. I.

Goiânia, 08 de setembro de 2.015.

EDUARDO TAVARES DOS REIS

Juiz de Direito