

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da _____ Vara da Fazenda Pública da Comarca de (nome da cidade).

(Denominação da sociedade), estabelecida na (endereço), inscrita no CNPJ sob o nº (...), por seu advogado que firma a presente petição, nos termos da procuração em anexo, com escritório na (endereço), vem, respeitosamente, propor ação

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA
TRIBUTÁRIA CUMULADA COM ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL E
CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO, COM PEDIDO DE TUTELA
ANTECIPADA EM CATER LIMINAR**

em face do Estado de (nome do Estado), pessoa jurídica de direito público, cujo procurador estadual pode ser localizado no (endereço), nos termos do art. 4º, I, e 282, do CPC, do art. 38 da Lei 6.830/80 e do art. 165, do CTN, pelas seguintes razões de fato e de direito a seguir:

I – Dos Fatos:

A autora é empresa de alimentos enlatados cuja receita mensal é de aproximadamente R\$1.000.000,00.

Aproximadamente 5% de sua produção, correspondentes a 50.000,00, não são postos em circulação no mercado porque as latas ou rótulos contém defeitos estéticos que os tornam impróprios ao consumidor.

Contudo o alimento decorrente do enlatado estão em perfeitas condições de consumo.

Em consequência disso, essa parte da produção não comercializada é destinada a instituições de caridade, conforme comprova em documento em anexo.

Contudo, embora o caráter social da saída dos produtos, o fisco estadual tem, mês a mês, cobrado o ICMS sobre tal parcela da produção, sob a

alegação de que a saída do produto configura fato gerador do ICMS, e assim sendo, gera-se a obrigação tributária.

II – Do Direito:

O ICMS incide sobre a circulação de mercadorias cujo fato gerador está nos termos do art. 155, II, da Constituição Federal:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

Entende-se por mercadorias os bens móveis destinados ao comércio, ou seja, com a finalidade precípua da empresa de obter lucro. Vale dizer que somente a circulação econômica desses bens ou mercadorias implica na hipótese de incidência da obrigação tributária, ou seja, o seu fato gerador.

Nesse sentido, a circulação de mercadoria não pode ser confundida com doação de alimentos enlatados para entidades carentes.

Não há operação comercial, pois não há venda ou outra espécie de transmissão onerosa dos bens, como comprovam os documentos em anexo.

Inviável, portanto, a pretensão da fazenda estadual, de cobrar ICMS sobre essas doações.

Do próprio art. 966, do CC diz que empresário é todo aquele que: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

No próprio conceito de empresário ou de sociedade empresária está a ideia de atividade profissional econômica que tem como objetivo precípua o lucro da empresa.

Se há doação de parte da produção para entidades carentes retira-se o conceito de empresário no tocante a essa parte da produção circulada e portanto retira-se também o fato gerador da obrigação tributária do ICMS de circulação de bens ou mercadorias, uma vez que essa obrigação surge apenas para aqueles que visem ao lucro e não para fins filantrópicos.

Assim, além de declarar a inexistência da relação jurídica tributária, impedindo-se novos lançamentos bem como sendo anulados os lançamentos anteriormente feitos, pede-se a devolução da repetição do indébito dos valores

indevidamente recolhidos no período prescricional de 5 anos a contar da data do ajuizamento dessa ação, nos termos do art. 168, CTN.

Quanto à restituição dos valores, a autora não cobra preço sobre as operações em discussão, de modo que não há repasse do ônus econômico do tributo, sendo portanto inaplicável a exigência do art. 166, do CTN que diz: “A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.”

II.I) Do Pedido de Tutela Antecipada:

Existe prova inequívoca do alegado conforme documentação em anexo.

A verossimilhança é clara, pelo exposto acima.

Há risco de dano irreparável na demora do provimento jurisdicional.

Isso porque, caso não sejam antecipados os efeitos da tutela pretendida, a empresa continuará a ser forçada a recolher os tributos indevidos, sob pena de ser inscrita na dívida ativa e, eventualmente, ter seus bens penhorados em execução fiscal, o que comprometerá suas atividades.

Ademais, o pagamento do ICMS indevido levará a empresa a receber a repetição de indébito via precatório o que pode demorar vários anos.

Estão comprovados todos os requisitos do art. 273, do CPC:

“O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.”

Diante disso, pede a antecipação dos efeitos da tutela.

III) Do Pedido.

Pelo exposto, a autora requer:

a) Seja deferida a antecipação de tutela para suspender a exigibilidade do crédito tributário do ICMS em relação às doações realizadas às entidades carentes e de cobrar os valores indevidos, se abstendo o fisco de cobra-los;

b) Seja determinada a citação do réu para, querendo, contestar a presente demanda no prazo legal (arts. 297 e 188, do CPC), sob pena de revelia (art. 285 do CPC);

c) A produção de todas as provas admitidas pelo Direito;

d) Seja ao final:

- Declarada confirmada a tutela antecipada e declarada a inexistência de relação jurídica tributária em relação às doações de alimentos enlatados às atividades carentes, impedindo-se novos lançamentos;

- Decretada a nulidade dos lançamentos anteriormente realizados;

- Condenar o réu a restituir o indébito tributário quanto ao valor pago pela autora a título de ICMS sobre as doações realizadas, com juros e correção monetária, nos termos do art. 167, do CTN;

e) Seja o réu condenado ao pagamento das custas processuais e dos honorários de sucumbência fixados entre 10% a 20% do valor da condenação, nos termos do art. 20 do CPC.

Dá-se ao valor da causa o valor de (_____)

Termos em que,
Pede e espera deferimento.

Local, data.

Advogado
(OAB/Estado e número da OAB)