

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

DECS.-LEIS Nº 2.445/2.449 DE 1988

Recurso

MS .

ICMS — INCIDÊNCIA SOBRE CONSIGNAÇÃO DE VEÍCULO - INÉPCIA DA INICIAL - AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR

EMENTA

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA ... VARA ... PROCESSO Nº ... A FAZENDA DO ESTADO, por seu Procurador, vem à presença de V. Exa., respeitosamente, nos autos da ação ordinária movida por ..., com fulcro nos artigos 188 e 300 do Código de Processo Civil, apresentar sua CONTESTAÇÃO, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas. I-) DOS FATOS 1. A autora pretende, por meio da presente ação, tornar certo que não incide o ICMS nas operações descritas na petição (consignação de veículos), bem como anular todas as dívidas ativas inscritas ainda não objeto de execução fiscal, valendo-se da asserção de que as atividades que realiza constituem serviços sujeitos à incidência do ISS (mera intermediação). 2. Comprovar-se-á, em seguida, que as alegações da autora não têm nenhum fundamento, não merecendo, portanto, a acolhida de V. Exa. II-) DO DIREITO A-) PRELIMINARMENTE A.1) DA INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL 3. O pedido deve ser certo e determinado. Faz-se mister, ademais, seja ele individualizado. 4. Tais determinações não foram observadas pela autora, que, ao formular o pedido, não individualizou nenhuma operação. 5. Ora, o pedido formulado pela autora tende a uma decisão com efeito normativo, o que é verdadeira absurdidade em nosso sistema jurídico. 6. Impõe-se, destarte, o reconhecimento, in casu, de inépcia, por impossibilidade jurídica do pedido (CPC, art. 295, § único, III). A.2) DA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR 7. Serve-se a autora do expediente técnico da cumulação de ações (objetiva). 8. Relativamente à ação declaratória negativa, é ela incabível, pois está ausente o requisito fundamental do interesse de agir. 9. Ora, para que a ação declaratória em matéria fiscal preencha o mencionado requisito, é imperioso que o tributo esteja em vias de ser lançado, de acordo com as precisas observações de: "Por conseguinte, se o tributo está em vias de ser lançado, é preciso preliminarmente verificar a existência de co ação, vale dizer, a intenção da autoridade administrativa de cobrar o tributo, reputado indevido, e de direito líquido e certo, i.e., aquele que resulta de fatos incontestes, admitindo-se, para prová-lo, apenas evidência documental. Verificados esses dois pressupostos, cabe o mandado de segurança preventivo ... Na ausência de qualquer dos dois pressupostos acima referidos, a ação cabível é a declaratória." (Ação Declaratória em Matéria Fiscal, in Enciclopédia Saraiva do Direito, SP, Saraiva, 1977, v. 2, p. 288) 10. Em parte alguma da petição inicial a autora faz sequer a mais leve referência à iminência de lançamento do ICMS. Mesmo que, ad argumentandum tantum, se admita que haja a mencionada iminência, não foi ela provada quando da propositura da ação - momento em que deveria tê-lo sido (CPC, arts. 283 e 396; J. J. CALMON DE PASSOS, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio, Forense, 1989, v. III, p. 207). De tudo isso decorre, necessariamente, a carência de ação (CPC, art. 267, VI, in fine). 11. Mas a ausência de interesse de agir não se circunscreve à ação declaratória negativa, estando também presente na anulatória de débito fiscal. Ora, a autora não comprova a ocorrência de autuação. Em outras palavras, ela não carreu aos autos nenhuma indicação da existência de crédito tributário constituído. Assim, sobre não poder mais fazê-lo, em virtude do fenômeno da preclusão temporal, não tem interesse de agir (vai-se anular que débito fiscal?), justificando-se, como se percebe, o reconhecimento, também aqui, da carência de ação. B) QUANTO AO MÉRITO 12. Caso V. Exa. haja por bem adentrar-se na análise do mérito, perceberá, igualmente, o total descabimento das alegações da autora. 13. A grande verdade é que o ICMS incide nas operações objeto da presente demanda. Explicar-se-ão, a seguir, os motivos. 14. O que primeiro salta aos olhos quando se diz que a autora realiza consignações de veículos automotores é que ela é figura central

nas operações em apreço, pois é responsável pelas vendas. 15. Tais colocações ficam absolutamente claras com a leitura da doutrina especializada: "Ao consignatário (que é quem retém a mercadoria) compete tomar as providências para a venda ..." (CARLOS ALBERTO BITTAR, Contratos Comerciais, Rio, Forense Universitária, 1990, p. 58) 16. Ademais, a autora, responsável, como se viu, pelas vendas, é sociedade comercial: nessa qualidade, é, indubitavelmente, contribuinte do ICMS, pouco importando que o particular não é daqueles que da mercancia fazem sua profissão. 17. Apesar do fato de a a