EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE GOIÂNIA - GO.

Processo nº. XXXXX

EMPRESA XXXXXXX LTDA., já qualificada nos autos em epígrafe, em que promove contra ato do DELEGADO DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE GOIÁS, por intermédio do seu advogado ao final assinado, vem, respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fulcro no art. 1.009 e seguintes do CPC, interpor:

APELAÇÃO

da r. Sentença exarada por este d. Juízo, inserida no evento de nº. 38 dos autos, não se conformando, *data máxima vênia*, por entender ser contrária ao entendimento pacífico dos Tribunais Superiores, sendo, portanto, injusta, desproporcional e contrária aos elementos de provas apresentados aos autos, pelas razões inclusas em anexo, para que após as formalizadas legais, sejam remetidas ao e. TJGO.

Termos em que

Pede deferimento.

Goiânia/GO, 16 de janeiro de 2020.

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS

RAZÕES RECURSAIS

Processo: XXXXX
Recorrente: EMPRESA XXXX ALIMENTOS LTDA
Recorrido: DELEGADO DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE GOIAS
JUÍZO *A QUO*: 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE GOIÂNIA - GO.

I – DA CONTEXTUALIZAÇÃO PROCESSUAL

Cuida de Mandado Segurança, contra ato do Ilustre Delegado da Secretaria da Fazenda Estadual do Estado de Goiás, que além da elevadíssima carga tributária, exige que a apelante o recolha o ICMS sobre os custos dos transportes das mercadorias adquiridas, na modalidade FOB (*Free on Board* - Colocado livre a bordo), ou seja, quer receber da apelada o ICMS nas operações mercantis onde a substituta tributária (fabricante da mercadoria) não efetua o transporte, nem o engendra por sua conta e ordem, deixando as providencias por conta da Impetrante.

Acompanhou a inicial, algumas notas fiscais que comprovam que a Apelante paga o frete das mercadorias enviada pelo fabricante, portanto, legitimada a usufruir dos julgados que autorizam a exclusão –outros milhares não foram juntados em razão do escopo declaratório da jurisdição reclamada (art. 19, I CPC) –, no entanto, não foram suficientes para o r. convencimento do Magistrado que decretou a falta de interesse processual por não ter desincumbido na produção de provas pré-constituídas da narração dos fatos.

Contudo, na questão de mérito propriamente arguida, o Magistrado entendeu que o art. 13º, § 1º da Lei Complementar n.º 87/96 –, prevê a incidência do ICMS no transporte de mercadorias realizada pelo substituto tributário (Fabricante da Mercadoria), e desobriga o substituído (adquirente da mercadoria) ao recolhimento do ICMS – REsp 931.171/RS, sistemática do art. 543-C do CPC evento 1 –, no entanto, a juntada de todos os comprovantes

dessa obrigação (pagamento do Frete pela Apelante), independente das que foram juntadas (evento 1), reconhece o direito da apelante, todavia indeferiu pela ausência de provas da cobrança por parte do Fisco. *Verbis*:

> *SENTENÇA*
>
> *Trata-se de mandado de segurança preventivo aforado por XXXX ALIMENTOS LTDA, qualificada no seio dos autos em epígrafe, através de advogados regularmente constituídos e habilitados, em face do SUPERINTENDENTE EXECUTIVO DA RECEITA ESTADUAL, na qual persegue a obtenção de tutela jurídica que afaste a inclusão dos valores relativos ao frete na base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações de aquisição de mercadorias na modalidade free on board.*
>
> *Assevera a Impetrante atuar no comércio varejista de mercadorias em geral, especialmente produtos alimentícios, estando sujeita ao recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS.*
>
> *Aduz, em suma, estar a autoridade impetrada exigindo-lhe, de forma indevida, o recolhimento de ICMS sobre os custos de transportes das mercadorias adquiridas na modalidade FOB (Free on Board – colocado livre a bordo), ou seja, nas operações mercantis onde a substituta tributária (fabricante da mercadoria) não efetua o transporte, nem o realiza por sua conta e ordem.*
>
> *Sustenta que o valor do frete somente poderá compor a base de cálculo do ICMS incidente sobre a circulação da mercadoria, quando o substituto encontrar-se vinculado ao contrato de transporte, quando a despesa poderá ser repassada ao adquirente/destinatário, conforme entendimento pacificado pelo STJ, no REsp nº 931.727/RS, julgado sob o rito de recursos repetitivos.*
>
> *Alfim, roga pelo deferimento de liminar, para que seja determinada suspensão da exigibilidade dos créditos tributários que venham a ser constituídos, referentes ao ICMS incidente sobre o valor do frete das mercadorias adquiridas dos fabricantes que despacharam os seus produtos sem qualquer responsabilidade com o destino e descarga da mesma até a sede da Impetrante, com a concessão em definitivo da segurança, ao final, assegurando-lhe o direito de não ser compelida ao recolhimento do ICMS com a inclusão do frete na base de cálculo e a compensação dos valores indevidamente recolhidos a esse título.*
>
> *A peça matriz veio instruída com os documentos colacionados no evento nº 01.*
>
> *A liminar perseguida foi denegada, como se verifica da decisão proferida no evento de nº 10.*
>
> *Devidamente notificada, a autoridade impetrada deixou de apresentar informações.*
>
> *O Estado de Goiás, por sua vez, apresentou a manifestação acostada no evento de nº 20, aduzindo, em preliminar, a inadequação da via eleita e, no mérito, sustenta a inexistência de direito líquido e certo a ser amparado, diante da*

legalidade da exigência do ICMS sobre o frete contratado e da responsabilidade da Impetrante pelo seu recolhimento, na condição de substituta tributária.

O membro do Ministério Público lançou o parecer constante do evento nº 32, opinando pela denegação da segurança pleiteada.

É, em síntese, o relatório.

Passo a decidir:

A alegação de inadequação da via eleita por ausência de provas suficientes à comprovação da liquidez e certeza do direito invocado ou por tratar de discussão de lei em tese envolve o próprio mérito da demanda e será enfrentada juntamente com este.

O objeto do presente mandamus envolve a suposta ilegalidade da inclusão dos valores referentes ao frete na base de cálculo do ICMS incidente nas operações de aquisição de mercadorias na modalidade FOB (Free on Board – colocado livre a bordo).

De fato, como restou decidido pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 931.727/RS, sob o rito dos recursos repetitivos, não sendo o substituto responsável pelo transporte da mercadoria, o valor do frete não deve ser incluído como elemento da base de cálculo do ICMS. Entretanto, como bem ressaltado pelo Ministério Público, não há nos autos documentos que indiquem a circulação de mercadorias sob o regime da substituição tributária, o que afastaria a aplicação do precedente do STJ.

Analisando os documentos que lastreiam a pretensão mandamental, vejo que a Impetrante limitou-se a trazer cópias de documentos auxiliar de conhecimento de transporte, que apontam que é, de fato, a tomadora dos serviços de transporte das mercadorias por ela adquiridas, o que já demonstra que os valores referentes ao frete não compõem a base de cálculo do ICMS incidente nessas operações realizadas, sob a modalidade FOB (Free on Board).

Não há dúvida, portanto, que o frete relativo às aquisições realizadas pela Impetrante estava a seu cargo, sendo inclusive por ela recolhido, inclusive com a incidência do ICMS devido, como ela própria reconhece na petição inicial.

Nesse sentido, não há que se falar, na espécie, em inclusão das despesas referentes ao frete na base de cálculo do ICMS incidente sobre a circulação das mercadorias, até porque inexiste nos autos alguma situação concreta que indique que a autoridade impetrada promoverá a cobrança do ICMS com a incidência da parcela referente ao frete.

Por tudo isso, a denegação da segurança é medida que se impõe, diante da inexistência de qualquer ato perpetrado pelo Fisco estadual no sentido de lançar a parcela referente ao frete na base de cálculo do ICMS incidente nas operações de aquisição de mercadorias realizadas pela Impetrante na modalidade FOB.

Na confluência do exposto, julgo improcedente a pretensão manifestada na inicial, para denegar a segurança pleiteada.

Custas de lei. Sem honorários advocatícios, à vista do que dispõe o art. 25, da Lei nº 12.016/2009.

P. R. I.

GOIÂNIA, 10 de dezembro de 2019.

REINALDO ALVES FERREIRA
Juiz de Direito

Não obstante ao acorde do Magistrado pela pretensão da Apelante – embora reconheça a impossibilidade de incidência do tributo –, ressaltou que não há provas do ato reputado ilegal da Autoridade coatora. Ou seja, aduziu que não houve o impedimento da indigitada apelada que frustrasse a exclusão do frete na base de cálculo, ônus que lhe competia demonstrar e do qual não se desincumbiu. Vejamos a parte do enunciado:

Nesse sentido, não há que se falar, na espécie, em inclusão das despesas referentes ao frete na base de cálculo do ICMS incidente sobre a circulação das mercadorias, até porque inexiste nos autos alguma situação concreta que indique que a autoridade impetrada promoverá a cobrança do ICMS com a incidência da parcela referente ao frete.

Por tudo isso, a denegação da segurança é medida que se impõe, diante da inexistência de qualquer ato perpetrado pelo Fisco estadual no sentido de lançar a parcela referente ao frete na base de cálculo do ICMS incidente nas operações de aquisição de mercadorias realizadas pela Impetrante na modalidade FOB.

Com a devida vênia, olvidou o Nobre Julgador que a pretensão da Apelante é Declaratória, não busca, em absoluto, a compensação já realizada, pretende então somente a Declaração do Direito (art. 19, I do CPC), pois até a essa data, paga o tributo sem a exclusão dos Fretes por ele suportado. Busca, portanto, proteção judicial para impedir a entidade coatora glosar a exclusão do frete por ele suportado, sobretudo considerando que a Impetrada por exercer atividade vinculada e obrigatória – artigo 142 do CTN –, continuará lançando e cobrando a malfadada contribuição mediante a ameaça de aplicação de multas e penalidades, e a impedirá, ainda, de efetuar a aludida compensação.

II – DA NULIDADE DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA

Infere dos presentes autos, que o Juízo a quo não oportunizou a apelante que, para se manifestar sobre a contestação do apelado apresentada no evento 20 e do parecer do Ministério Público no evento 32; bem como, não intimou a apelada para falar sobre a produção de outras provas, violando assim os preceitos dos artigos 7º e 10º do Código de Processo Civil.

Neste diapasão, o juiz singular prolatou diretamente sentença sem oportunizar o direito de produzir qualquer outra prova, mesmo existindo nos autos documentos que atestavam a indícios da cobrança indevida, conforme narrado na inicial.

Diante da marcha processual adotada, conduzida pelo julgamento antecipado da lide, violou os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, ao impedir que a apelante pudesse produzir as proas necessárias para comprovar os fatos articulados em sua petição inicial (ev. 1).

Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal:

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO C/C PARTILHA DE BENS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. ERROR IN PROCEDENDO. NECESSIDADE DE MAIOR DILAÇÃO PROBATÓRIA. DETERMINAÇÃO EX OFFICIO. PODER INSTRUTÓRIO DO JULGADOR. ARTIGO 370 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES DO STJ E DO TJGO. (...) 3. Assim, o juiz de primeiro grau, ao constatar que os elementos existentes nos autos não dão suporte seguro para um prudente julgamento, deve buscar outras provas, ainda que de forma oficiosa, em obséquio à verdade real e a mais justa prestação jurisdicional. 4. Considerando que o processo não se encontra em condições de imediato julgamento, ante a necessidade de instrução probatória, impõe-se a cassação da sentença e o retorno dos autos ao Juízo de origem para que tenha regular prosseguimento. 5. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA CASSADA." (TJGO – Apelação (CPC) nº 0268840-20.2015.8.09.0069 – Relator: Doutor Sebastião Luiz Fleury – 4ª Câmara Cível – julgado em 07/02/2018 – DJe de 07/02/2018).

> APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE TÍTULOS DE CRÉDITO E CANCELAMENTO DE PROTESTO. PEDIDO DE OITIVA DE TESTEMUNHAS E DEPOIMENTO PESSOAL.

> INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO CONFIGURADOS. 1. Ao magistrado cabe possibilitar a ambas as partes oportunidade de manifestação e produção das provas pertinentes à demanda, em observância ao que consta da CF, assegurando aos litigantes a ampla defesa, com os meios e recursos a elas inerentes. 2. O indeferimento de prova testemunhal caracteriza cerceamento de defesa quando a parte demostra que a ausência desta prova conduzirá o julgamento para outro desfecho, eis que as provas constantes não são suficientes para comprovar os fatos alegados. AGRAVO RETIDO PROVIDO. APELO PREJUDICADO. (TJGO, Apelação (CPC) 0449884-65.2011.8.09.0051, Rel. CARLOS HIPOLITO ESCHER, 4ª Câmara Cível, julgado em 02/02/2018, DJe de 02/02/2018)

Diante disso, faz-se imperiosa a decretação da nulidade da sentença para assegurar a apelante o direito de produzir as provas necessárias, que deverão retornar à instância singela para tal desiderato.

III - DO DIREITO E DAS RAZÕES PARA REFORMA DA SENTENÇA

No caso dos autos, tem aplicação da súmula nº. 213[1] do STJ, que enuncia ser o mandado de segurança ação **adequada para a declaração do direito à compensação tributária**, de tal modo que restou assegurado aos contribuintes impetrar mandado de segurança para ver reconhecido o seu direito à compensação de créditos tributários, decorrentes de recolhimentos indevidos.

Nesse sentido, destaca o juiz federal Rafael Castegnaro Trevisan[2],

> "A **compensação tributária** é uma das alternativas à disposição do contribuinte para obter o ajuste de contas com a administração tributária, quando verificado **pagamento indevido de tributo**, também chamado de **indébito tributário**. Embora seja corriqueira a prática de compensação tributária na rotina das empresas e tenha a legislação evoluído e se aperfeiçoado muito, ao longo do tempo, no direito brasileiro, continua sendo tal matéria fonte de litígios.

[1] O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.
[2] http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Rafael_Trevisan.html, acesso em 22 de novembro de 2017.

> Entre as opções disponíveis para o contribuinte buscar tutela jurisdicional, em caso de litígio, está o mandado de segurança, havendo inclusive jurisprudência consolidada, no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que **"o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária"** (Súmula nº 213 do STJ). Mais recentemente, porém, a Súmula nº 460 do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que **"é incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte"**. As Súmulas nº 213 e nº 460 são compatíveis entre si; a fim de evitar equívocos e, principalmente, retrocesso na aplicação do importante entendimento jurisprudencial contido na Súmula nº 213, devem ser bem compreendidos o alcance e a aplicabilidade da mais recente Súmula nº 460, cujo texto não é esclarecedor, em si considerado. Para tanto, é fundamental ter presente o regime jurídico da compensação tributária no direito brasileiro e a aplicabilidade do mandado de segurança para tutelar tal direito e, por fim, compreender os precedentes que deram origem à Súmula nº 460, para evitar sua indiscriminada e descabida aplicação, de modo a cercear, sem respaldo na jurisprudência do próprio STJ, o direito do contribuinte de obter tutela jurisdicional pela via do mandado de segurança."

Daí que entendimento diverso permitiria que o Fisco se locupletasse às custas dos contribuintes, impedindo que eles obtenham de forma célere a restituição de tributos ilegítimos, já rechaçados definitivamente pelos Tribunais Superiores. Seria um estímulo à procrastinação de ações que sequer deveriam existir.

Em síntese, o STJ entende que o mandado de segurança é ação competente para a declaração do direito à compensação ou restituição, desde que a apuração dos créditos a serem compensados seja realizada no âmbito administrativo, ou em liquidação de sentença e não no próprio mandado de segurança que não é a via adequada para tanto, ou **seja, é possível utilizar o mandado de segurança para ter reconhecido o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de tributos mediante compensação, desde que não se apure os valores no writ**, que serão devidamente conferidos na via administrativa, como pretende a ora impetrante.

A esse respeito, colhe-se o seguinte julgado na sistemática do art. 1036 do CPC:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. FINSOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. CONVALIDAÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS EFETUADA PELO CONTRIBUINTE UNILATERALMENTE. MANDADO DE SEGURANÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.1. **O mandado de segurança é**

instrumento adequado à declaração do direito de compensação de tributos indevidamente pagos, em conformidade com a Súmula 213 do STJ. (Precedentes das Turmas de Direito Público: AgRg no REsp 1044989/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 25/08/2009; EDcl no REsp 1027591/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 25/06/2009; RMS 13.933/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJ 31.08.2007; REsp 579.488/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 23.05.2007; AgRg no REsp 903.020/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ 26.04.2007; e RMS 20.523/RO, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 08.03.2007).2. Ao revés, é defeso, ao Judiciário, na via estreita do *mandamus*, a convalidação da compensação tributária realizada por iniciativa exclusiva do contribuinte, porquanto necessária a dilação probatória. (Precedentes: EDcl nos EDcl no REsp 1027591/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 21/09/2009; REsp 1040245/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 30/03/2009; AgRg no REsp 725.451/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 12/02/2009; AgRg no REsp 728.686/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 25/11/2008; REsp 900.986/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2007, DJ 15/03/2007; REsp 881.169/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 09/11/2006). 3. **A intervenção judicial deve ocorrer para determinar os critérios da compensação objetivada, a respeito dos quais existe controvérsia, v.g. os tributos e contribuições compensáveis entre si, o prazo prescricional, os critérios e períodos da correção monetária, os juros etc; bem como para impedir que o Fisco exija do contribuinte o pagamento das parcelas dos tributos objeto de compensação ou que venha a autuá-lo em razão da compensação realizada de acordo com os critérios autorizados pela ordem judicial, sendo certo que o provimento da ação não implica reconhecimento da quitação das parcelas ou em extinção definitiva do crédito, ficando a iniciativa do contribuinte sujeita à homologação ou a lançamento suplementar pela administração tributária, no prazo do art. 150, § 4º do CTN**. (os grifos são nossos) 4. A Administração Pública tem competência para fiscalizar a existência ou não de créditos a ser compensados, o procedimento e os valores a compensar, e a conformidade do procedimento adotado com os termos da legislação pertinente, sendo inadmissível provimento jurisdicional substitutivo da homologação da autoridade administrativa, que atribua eficácia extintiva, desde logo, à compensação efetuada. 5. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1124537/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009)

Dessa forma, quer a Impetrante, apoiada na súmula 213 do STJ, firme na

interpretação do Resp nº. 1.124.537/SP antes transcrito, que a via eleita seja suficiente e adequada à **declaração do direito à compensação tributária, na via administrativa, com possibilidade de fiscalização - em momento posterior - da higidez do crédito apurado**, pelas autoridades fazendárias e não a determinação da repetição do indébito, com valores executados nos próprios autos.

IV – DA DESNECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUIDA

Nesse viés, percebe-se que a r. Sentença recorrida (EVENTO 38) censurou a via eleita da Apelante, visto que não desincumbiu na peça inicial o dever, através de documentos a **prova pré-constituída**, provas capazes de emergir o direito líquido e certo, condição *sine qua non* imposta ao Impetrante para utilizar o MS, ao sentir do Magistrado de primeiro grau.

No entanto, inapelavelmente o E. Magistrado cometeu um equívoco na medida em que o MS sobre compensação tributária impetrado, tem como questão probatória relacionada com o limite do pedido, qual seja, com os limites do direito tido como violado ou ameaçado de violação pela autoridade impetrada (exclusão do frete na base de cálculo do ICMS pago pela Autora).

Melhor explicando, no caso dos autos, pretende a Apelante ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação.

Com efeito, a pretensão jurisdicionada tem amparo na súmula 213/STJ ("O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária"), e como tal, **a jurisprudência do STJ não exige que o impetrante traga prova pré-constituída dos elementos concretos da operação de compensação** (v.g: prova do valor do crédito que dá suporte à operação de compensação contra o Fisco), até porque o objeto da impetração não abrange juízo específico a esse respeito.

Nos precedentes que fundamentou a edição do enunciado da súmula 213 do C. STJ, a Corte afirmou a viabilidade de, na via mandamental, ser reconhecido o direito à

compensação, ficando a averiguação da liquidez e da certeza da própria compensação (que, portanto, seria realizada no futuro) sujeita à fiscalização da autoridade fazendária.

Nesse viés, o EDRESP 81.218/DF, 2ª Turma, Min. Ari Pargendler, DJ de 17.06.1996, é autoexplicativo e traz no bojo do julgado a verossimilhança da pretensão da Apelante, bastando para tanto, examinar o voto condutor do acórdão que "a Egrégia Turma distingue compensação de crédito de declaração de que o crédito é compensável, esta última não **dependente de prova pré-constituída a respeito dos valores a serem compensados**". Eis a EMENTA a esse respeito:

> PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. **TUTELA DECLARATORIA. HIPOTESE EM QUE E INEXIGIVEL A PROVA PRE-CONSTITUIDA**. A COMPENSAÇÃO DE CREDITOS E DEBITOS EM MATERIA TRIBUTARIA SUPÕE QUANTIFICAÇÃO DOS RESPECTIVOS VALORES, EXIGINDO PROVA INCOMPATIVEL COM O RITO DO MANDADO DE SEGURANÇA; JA A MERA DECLARAÇÃO DE QUE CREDITOS E DEBITOS, IDENTIFICADOS POR SUAS ESPECIES (IMPOSTOS, TAXAS OU CONTRIBUIÇÕES), PODEM SER COMPENSADOS DEPENDE DE JUIZO A RESPEITO DE QUESTÃO EMINENTEMENTE DE DIREITO, SUSCETIVEL DE EXAME NO "WRIT". EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. (EDcl no REsp 81.218/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/05/1996, DJ 17/06/1996, p. 21479)

O julgado precedente, exigia da impetrante, nesses casos, apenas prova da "condição de credora tributária, como, aliás, restou sobejamente demonstrado da peça inaugural (evento -1). Os Embargos Regimental no Recurso Especial n.º116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998, assim decidiu caso semelhante aos autos. *Verbis:*

> *TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO VISANDO EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA EFETIVA REALIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE. 1. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida.* ***Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária"*** *(ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).*

> *2. Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. Precedentes da 1ª Seção (EREsp 903.367/SP, Min. Denise Arruda, DJe de 22.09.2008) e das Turmas que a compõem. 3. No caso em exame, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos.4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.(REsp 1111164/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009)*

No caso da r. Sentença recorrida, o Magistrado entendeu que a concessão da ordem envolve juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, ou que os efeitos da sentença supõem a efetiva realização da compensação.

No entanto, quer a Impetrante, repita-se, **a declaração judicial do Direito a não ser compelida a recolher o ICMS com a inclusão dos fretes na base de cálculo objeto desta ação**, quais sejam, o frete que é pago pela própria Impetrante ao responsabilizar pelo transporte das mercadorias que recebe do fabricante (Conhecimento de Transporte de Cargas), inclusive com o ICMS cobrado e destacado neste documento, *ex vi* dos artigos 13, § 1º, II, "b", da LC 87/96 e 128 do CTN.

Por último, registra-se que a pretensão da Apelante reside em matéria submetida sob o julgamento de controvérsias repetitivas previstas no art. 1.036 do CPC, pelo c. STJ, no julgamento do REsp. 931.717/RS, onde ficou definido que o frete quando suportado pelo adquirente das mercadorias, não pode incluir a base de calculo do imposto, conforme colacionado abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDA DE VEÍCULOS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO VALOR DO FRETE. TRANSPORTE EFETUADO PELA MONTADORA OU POR SUA ORDEM. 1. O frete não resta incluído na base de cálculo por parte da montadora (substituta tributária), nas hipóteses em que não foi ela quem efetuou o transporte, nem esse foi feito por sua conta e ordem. 2. É dizer: o contrato de transporte foi estabelecido entre transportadora e concessionária. 3. Consectariamente, impõe-se a interpretação estrita do artigo 128 do Código Tributário Nacional - CTN no sentido de que: "Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação." 4. **Deveras, o art. 13, § 1º, II, 'b' da LC 87/96, dispõe que o frete integra a base de cálculo do ICMS nas operações de venda de veículos regidas pelo regime da substituição tributária, "caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado". 5. In casu, o frete não se refere a transporte efetuado pela montadora ou por sua conta e ordem.** 6. **O tributo é indevido pela concessionária nesse caso, não por que houve sua incidência na operação anterior, mas, antes, porquanto em sendo o regime da substituição tributária, técnica de arrecadação, e sendo uma das característica da técnica a consideração presumida da base de cálculo, nas hipóteses em que um dos dados que a integram não se realiza na operação promovida pelo substituído, deve o Fisco buscar a diferença junto ao substituto. Com efeito, cobrando o valor faltante do substituído, como faz o requerido, está considerando como sujeito passivo quem não figura na relação jurídico-tributária**. 7. **Em suma: o art. 13, § 1º, II, 'b' da LC 87/96, dispõe que o frete integra a base de cálculo do ICMS nas operações de venda de veículos regidas pelo regime da substituição tributária, "caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado". A contrario sensu, o frete não integra a base de cálculo, no regime de substituição tributária, quando, como no caso, o frete não se refere a transporte efetuado pela montadora ou por sua conta e ordem**. 8. Assim é que exigir o tributo, pelo regime da substituição tributária, em hipóteses em que a substituta (no caso, a montadora) não tem vinculação com o fato gerador (no caso, o elemento do fato relativo ao transporte), importaria ofensa ao art. 128 do CTN.9. Recurso especial provido, reconsiderando-se o voto anteriormente proferido. (REsp 865.792/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 27/05/2009)

Logo, como a apelante vem sendo compelida, pela Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, a recolher o imposto com incidência da parcela correspondente ao ingresso dos fretes na base de cálculo do ICMS, tal conduta só pode configurar uma evidente ilegalidade e abuso de poder, a ser corrigido pela via do writ.

Diante disso, ao quantificar a base de cálculo do ICMS em desacordo com o que determina a legislação que trata das normas gerais deste imposto, acaba tornando o valor tributável da operação maior que o efetivo, o que merece reforma por parte de ordem do Poder Judiciário, devendo ser reformada a r. Sentença exarada pelo d. Juízo *a quo*, posto que o interesse processual do autor pode se limitar a declaração do seu direito nos termo do art. 19 do CPC.

V - DA CONFISSÃO POR PARTE DO APELADO

Em simples leitura da sentença prolatada no evento 38, observa-se que o Juízo a *quo* considerou a inexistência de prova do ato praticado pela autoridade coatora, ora apelada, ou seja, a cobrança do tributo indevido, conforme debatido na inicial. Ocorre que, a contestação e documentos anexados no evento 20, mais precisamente no relatório de nº 0790471 da Auditoria Fiscal da Gerência de Auditoria de Varejo, são provas ROBUSTAS da cobrança por parte da apelada, senão vejamos:

> *A par do exposto conclui-se que a alegação do contribuinte não procede, a legislação é clara em responsabilizá-lo pelo pagamento do ICMS nas prestações de serviço de transporte realizadas quando o valor do frete não tiver integrado a base de cálculo para efeito de retenção.*

Neste diapasão, mesmo que o Juízo *a quo*, considerou a ausência de provas produzidas pela apelante, observa-se que nos autos haviam provas da ilegalidade praticada pela apelada. Portanto, o documento é claro ao demonstrar que o ato ilegal, tem sido praticado pela autoridade coatora, demonstrando cristalinamente a incidência do imposto (ICMS) indevidamente; conforme debatido nas linhas pretéritas.

VI - DO PEDIDO

Por todo o exposto requer a parte apelante:

a) Seja conhecido e provido o presente apelo para, preliminarmente, decretar a nulidade da sentença prolatada, como o retorno dos autos ao juízo de piso, para possibilitar que a apelante possa se manifestar sobre a contestação do apelado apresentada (evento 20),

assim como do parecer do Ministério Público (evento 32); e falar sobre a produção de outras provas, consoante os artigos 7º e 10º do Código de Processo Civil.

b) Não se acolhendo a preliminar, seja reformada a Sentença para conceder a segurança e declarar o direito à apelante de não ser compelida ao recolhimento do ICMS com inclusão dos fretes na base de cálculo objeto desta ação, quais sejam, o frete que é pago pela própria apelante ao responsabilizar pelo transporte das mercadorias que recebe do fabricante (Conhecimento de Transporte de Cargas), inclusive com o ICMS cobrado e destacado neste documento, *ex vi* dos artigos 13, § 1o, II, "b", da LC 87/96 e 128 do CTN;

Termos em que
Pede provimento.

Goiânia/GO, 16 de janeiro de 2020.

ADVOGADOS