



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS
FL.
4006305-68.2013.8.12.0000

28 de agosto de 2013

4ª Seção Cível

Mandado de Segurança - Nº 4006305-68.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator – Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso
Impetrante : Multimov Indústria e Comércio de Móveis Ltda.
Advogado : Alziro Francisco Gonçalves
Impetrado : Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul
Litisconsorte : Estado de Mato Grosso do Sul
Advogado : Fernando C. C. Zanele

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PEDIDO DE ADMISSÃO DO REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA PESSOA JURÍDICA NA QUALIDADE DE LITISCONSORTE NECESSÁRIO PASSIVO – ACOLHIDO – PRELIMINAR – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA CONTRA LEI EM TESE – DECRETO ESTADUAL COM EFEITO CONCRETO – REJEITADA – MÉRITO – AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS POR MEIO DE INTERNET/SHOWROOM E TELEMARKETING – OPERAÇÕES INTERESTADUAIS – ICMS – CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO – INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA INTERESTADUAL – NA EVENTUALIDADE DAS MERCADORIAS SEREM APREENDIDAS A LIBERAÇÃO DEVE OCORRER APÓS O TEMPO NECESSÁRIO PARA AVERIGUAÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – INCABÍVEL – SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Constatada a notificação do órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, assim como demonstrada nas informações prestadas sua participação conjunta com a autoridade coatora, defere-se o pedido de ingresso do Estado de Mato Grosso do Sul na condição de litisconsorte passivo necessário.

É admissível a interposição do *writ* contra Decreto Estadual com efeito concreto e com operatividade imediata.

A arrecadação do ICMS com fulcro no Decreto Estadual n.º 13.162/2011 não inova o ordenamento jurídico, pois está conformidade com o disposto no artigo 155, VII, “a” da Constituição Federal de 1988 e artigos 4.º, 11 e 13 da Lei Complementar n.º 87/96.

Consoante súmula 323 da alta Corte, não se justifica a apreensão de mercadorias por parte do Fisco, com a finalidade de coagir o contribuinte a realizar o pagamento do tributo, isso porque a retenção de mercadorias deve ficar adstrita tão somente ao tempo suficiente e necessário para averiguar a materialização do crédito tributário, sob pena de violação ao disposto no art. 150, IV, da Constituição Federal, que veda o confisco.



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS
FL.
4006305-68.2013.8.12.0000

Não cabe, no processo de mandado de segurança, a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios. (art. 25, da Lei 12.016/2009 e Súmulas nº 512 do STF e 105 do STJ).

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar arguida e, no mérito, conceder parcialmente a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 28 de agosto de 2013.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS

FL.

4006305-68.2013.8.12.0000

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Multimov Indústria e Comércio de Móveis Ltda, neste ato representado por José D'arc da Costa e Zélia Aparecida da Costa, impetra o presente mandado de segurança preventivo com pedido liminar contra ato praticado pelo **Secretário de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul**, que a partir da edição do Protocolo ICMS n.º 21 de 01.04.2011, regulamentado pelo Decreto n.º 13.162 de 27.04.2011 e alterado pelo Decreto n.º 13.628 de 14.05.2013, passou a cobrar na entrada de mercadorias destinadas a consumidores finais, diferença do imposto sobre as operações de circulação de mercadorias e serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), em que a aquisição se dê na modalidade de comércio de forma não presencial, especialmente as compras por meio da internet, telemarketing ou showroom.

Assevera que industrializa sob encomenda personalizada móveis de madeira para montagem em agências bancárias, cujos produtos são fabricados seguindo o projeto do adquirente, desta feita a comercialização efetuada não se confunde com vendas não presenciais pela internet, telemarketing ou showroom.

Argumenta que vem sendo obrigada a recolher ICMS junto ao Estado de Minas Gerais no importe de 18% e, no posto de fiscalização ao entrar no território sul matogrossense mais 10% ao Estado destino, a fim de que a mercadoria não fique apreendida pelo impetrado, gerando além do valor do tributo, multa por falta de recolhimento.

Alega que o diferencial de alíquota tem lugar, tão somente, quando o destinatário da mercadoria, situada em outro Estado, é contribuinte do imposto e não pretende revendê-lo, figurando como consumidor final, exigência esta que não se amolda no presente caso e em total dissonância com o disposto no artigo 155, inciso II, § 2º; inciso VII, alínea “a” e “b” e inciso VIII, da Constituição Federal.

Assegura que a alteração do critério constitucional de repartição da arrecadação do ICMS, sem a aprovação de uma reforma constitucional e sequer contando com a participação de todos os Estados-membros, acaba por desequilibrar o pacto federativo ofendendo diretamente a Constituição Federal.

Afirma ainda que a Carta Magna, em seu artigo 152, veda a fixação pelos Estados de diferenças tributárias em função da sua procedência e destino, mandamento que está sendo vulnerado pelo Protocolo ICMS n.º 21/2011.

Aduz que a cobrança do ICMS em operações interestaduais realizadas para consumidor final não contribuinte do imposto, perverte frontalmente o princípio da estrita legalidade tributária (art. 150, inciso I, da CF).

E por fim, salienta que se faz presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, requisitos necessários à concessão da medida liminar pleiteada para, suspender, de imediato, o ato de exigência de pagamento da diferença da alíquota de ICMS cobrada pelo Estado de MS sobre as operações praticadas pela impetrante, tendo como destinatários pessoas jurídicas de direito público ou privado tratados como consumidores finais; ou, vencido o pedido anterior, conceder a liminar a fim de abster a



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS

FL.

4006305-68.2013.8.12.0000

retenção ou apreensão dos produtos em postos de fiscalizações ou repartições fiscais.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 09-38 TJ/MS.

A liminar foi deferida em parte. (fls. 40-50 TJ/MS)

O **Secretário de Estado de Fazenda do Mato Grosso do Sul**, ao se manifestar sobre o presente *mandamus*, suscita, preliminarmente, pela necessidade de se cumprir o comando inserto no artigo 7º, inciso II, da Lei n.º 12.016/2009, chamando ao processo o Estado de Mato Grosso do Sul, uma vez que irá sofrer os efeitos das decisões que serão proferidas pelo Poder Judiciário nesse *writ*. Ainda em preliminar, argumenta ser impossível utilizar o *writ* contra lei em tese, devendo ser decretada a carência da ação.

No mérito, sustenta que a ação do fisco estadual foi efetivada em estrito cumprimento do dever de observância a norma legal, mormente porque o órgão especial do e. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul julgou constitucional o Decreto n.º 13.162/2001 e o Protocolo n.º 21/2011 em sede de arguição de inconstitucionalidade.

Assenta que o fato de a venda não presencial (internet, telemarketing, showroom, representante comercial, etc.) realmente ter ocorrido em solo sul-mato-grossense possibilita ao Fisco Estadual abster-se da realidade formal (nota fiscal emitida em SP) e apegar-se na realidade fática tributável do art. 116, § único e art. 127, §2º, ambos do CTN c.c. §2º, do art. 2º, da Lei Kandir, ou seja, à própria caracterização do fato gerador do ICMS (circulação e econômica da mercadoria - art. 155, II, da CF c.c. art. 5º, I, e art. 84, I, §1º, ambos do Código Tributário Estadual) formando, assim, o seguinte entendimento: a venda não presencial no estabelecimento remetente ocorre, de fato, em solo sul-mato-grossense e, portanto, aqui deve ser tributada.

Afirma que na hipótese de o serviço de fiscalização de tributos estaduais vir a encontrar mercadorias ou bens em desacordo com a legislação tributária, há previsão legal para a apreensão daquelas (artigo 93 e 94, §1º, inciso I e II, da Lei Estadual n.º 1.810/97; art. 193 do Decreto Estadual n.º 9.203/98; artigo 194 e 113, § 2º, ambos do CTN e art. 1º, § 1º, do Decreto Estadual n.º 12.110/06.

Aduz que ausente o direito líquido e certo da impetrante, já que a apreensão não ocorreu como medida coercitiva para o pagamento de tributos, mas sim por que as mercadorias em questão constituíam material de infração à legislação tributária.

Assevera que a Súmula n.º 323 do STF deve ser interpretada com maior razoabilidade, considerando que o Poder Judiciário não pode conceder ordem Judicial que se torne um verdadeiro salvo conduto a contribuintes que desempenhem suas atividades sem a observância de obrigações legais tributárias mínimas (documentação inidônea, sonegação fiscal flagrante e risco à saúde pública e à economia pública)

Por fim, argumenta que o ato de apreensão praticado pelo Fisco Estadual não é ilegal e tampouco abusivo ou arbitrário.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e afastamento da preliminar de carência de ação. No mérito, pela concessão da segurança



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS
FL.
 4006305-68.2013.8.12.0000

pleiteada, determinando-se que a autoridade coatora se abstenha de cobrar o diferencial de alíquota do ICMS das mercadorias adquiridas por consumidores finais sul-matogrossenses não contribuintes do referido imposto, bem como de retê-las como meio coercitivo de recolher tributo.

Remetam-se cópias aos eminentes pares.

V O T O

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Trata-se de Mandado de Segurança preventivo com pedido liminar impetrado por **Multimov Indústria e Comércio de Móveis Ltda**, neste ato representado por José D`arc da Costa e Zélia Aparecida da Costa contra ato praticado pelo **Secretário de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul**, que a partir da edição do Protocolo ICMS n.º 21 de 01.04.2011, regulamentado pelo Decreto n.º 13.162 de 27.04.2011 e alterado pelo Decreto n.º 13.628 de 14.05.2013, passou a cobrar na entrada de mercadorias destinadas a consumidores finais, diferença do imposto sobre as operações de circulação de mercadorias e serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), em que a aquisição se dê na modalidade de comércio de forma não presencial, especialmente as compras por meio da internet, telemarketing ou showroom.

PEDIDO PARA INGRESSO DO ESTADO NA LIDE – LITISCONSORTE NECESSÁRIO PASSIVO.

Inicialmente, ressalto que o impetrante requereu na peça inicial a notificação do órgão de representação judicial da Fazenda Pública do Estado de Mato Grosso do Sul e, no despacho inicial, foi observado à determinação exposta no art. 7º, II da Lei nº 12.016/2009, ou seja, o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada foi devidamente intimado a respeito das razões contidas no presente *writ*.

Cumprido o dispositivo em evidência e, atendido o chamamento processual, verifica-se que o Estado de Mato Grosso do Sul apresentou as informações conjuntamente com a autoridade apontada como coatora, inexistindo assim, qualquer alegação de prejuízo e/ou nulidade processual.

Sem dizer que o Estado compareceu espontaneamente aos autos, no prazo das informações para aduzir que não iria interpor recurso contra a liminar que determinou a liberação das mercadorias apreendidas (f. 65)

Assim sendo, nenhum óbice existe para o deferimento do pedido de ingresso do Estado de Mato Grosso do Sul na condição de litisconsorte passivo necessário.

CARÊNCIA DE AÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE WRIT CONTRA LEI EM TESE.



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS

FL

4006305-68.2013.8.12.0000

Os impetrados sustentam que o mandado de segurança foi proposto contra lei em tese, qual seja Decreto Estadual n.º 13.162/2011 e Protocolo de ICMS/CONFAZ n.º 21/2011, o que é expressamente condenado pela Súmula 266 do STF.

De fato, muito embora a impetração vergaste a suposta ilegalidade da cobrança de ICMS sobre a venda de mercadorias de forma não presencial regulamentando pelo Decreto editado pelo Governador do Estado, o fato é que a impugnação não é feita contra lei em tese (Decreto Estadual n.º 13.162/2011 e Protocolo de ICMS/CONFAZ n.º 21/2011), mas contra os efeitos concretos oriundos dela, para o fim de se afastar a sua incidência, que seria ofensiva do direito do impetrante.

Assim, temos que o *writ* se dirige contra os atos que podem vir a ser praticados pela autoridade apontada como coatora - Secretário de Estado da Fazenda - com fundamento no Decreto, e não contra este diploma em tese, mesmo porque se não fosse essa a pretensão da impetrante, o impetrado seria o chefe do Poder Executivo e não um de seus auxiliares.

Aliás, nessa mesma vertente, opinou o ilustre membro da Procuradoria-Geral de Justiça, aduzindo que “(...) *não deve prosperar tal preliminar, pois resta evidente que o presente mandamus ao visar a obtenção de tutela jurisdicional com efeitos normativos futuros, em verdade, possui natureza preventiva. Ademais, verificando-se que a norma impugnada acarreta efeito concreto, com operatividade imediata, qual seja, a exigência de recolhimento de tributo, conclui-se que é perfeitamente possível utilizar o mandado de segurança para evitar que o Fisco pratique ato violador do alegado direito líquido e certo da empresa Impetrante, não se tratando, portanto, de impetração contra lei em tese. Ora, se o mandamus foi impetrado contra decreto estadual que impõe obrigações acessórias à Impetrante, exigindo o recolhimento de ICMS no Estado de destino de mercadorias, não há se falar em carência da ação ante a busca de tutela jurisdicional com efeitos normativos futuros ou pela insurgência contra lei em tese, pois nesse caso a impetração assume nítida natureza preventiva, voltando-se contra os efeitos concretos de ato normativo, mostrando-se cabível o mandado de segurança.*”

Assim sendo, mostra-se inaplicável à espécie a súmula n.º 266, do Supremo Tribunal Federal, porquanto o *mandamus* não fora impetrado para discutir lei em tese, mas sim para declarar a legalidade de futuro ato administrativo específico (incidência de ICMS sobre a venda de mercadoria de forma não presencial).

Desprezo, assim, essa preliminar.

MÉRITO

Extraí-se dos autos que a impetrante é uma empresa que industrializa sob encomenda personalizada móveis de madeira para montagem em agências bancárias, cujos produtos são fabricados seguindo o projeto do adquirente, desta feita a comercialização efetuada não se confunde com vendas não presenciais pela internet, telemarketing ou showroom.

Argumenta que vem sendo obrigada a recolher ICMS junto ao Estado de Minas Gerais no importe de 18% e, no posto de fiscalização ao entrar no território sul



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS

FL.

4006305-68.2013.8.12.0000

matogrossense mais 10% ao Estado destino, a fim de que a mercadoria não fique apreendida pelo impetrado, gerando além do valor do tributo, multa por falta de recolhimento.

Alega que o diferencial de alíquota tem lugar, tão somente, quando o destinatário da mercadoria, situada em outro Estado, é contribuinte do imposto e não pretende revendê-lo, figurando como consumidor final, exigência esta que não se amolda no presente caso e em total dissonância com o disposto no artigo 155, inciso II, § 2º; inciso VII, alínea “a” e “b” e inciso VIII, da Constituição Federal.

O impetrado aduz, nas informações prestadas, que a ação do fisco estadual foi efetivada em estrito cumprimento do dever de observância a norma legal, mormente porque o órgão especial do e. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul julgou constitucional o Decreto n.º 13.162/2001 e o Protocolo n.º 21/2011 em sede de arguição de inconstitucionalidade.

Assenta que o fato de a venda não presencial (internet, telemarketing, showroom, representante comercial, etc.) realmente ter ocorrido em solo sul-mato-grossense possibilita ao Fisco Estadual abster-se da realidade formal (nota fiscal emitida em outra unidade da federação) e apegar-se na realidade fática tributável do art. 116, § único e art. 127, §2º, ambos do CTN c.c. §2º, do art. 2º, da Lei Kandir, ou seja, à própria caracterização do fato gerador do ICMS (circulação e econômica da mercadoria - art. 155, II, da CF c.c. art. 5º, I, e art. 84, I, §1º, ambos do Código Tributário Estadual) formando, assim, o seguinte entendimento: a venda não presencial no estabelecimento remetente ocorre, de fato, em solo sul-mato-grossense e, portanto, aqui deve ser tributada.

Afirma, por fim, que na hipótese de o serviço de fiscalização de tributos estaduais vir a encontrar mercadorias ou bens em desacordo com a legislação tributária, há previsão legal para a apreensão daquelas (artigo 93 e 94, §1º, inciso I e II, da Lei Estadual n.º 1.810/97; art. 193 do Decreto Estadual n.º 9.203/98; artigo 194 e 113, § 2º, ambos do CTN e art. 1º, § 1º, do Decreto Estadual n.º 12.110/06.

Dito isso, percebe-se que a controvérsia mandamental cinge-se à possibilidade ou não do Estado impetrado exigir o pagamento do tributo (ICMS) nas operações interestaduais que destinem mercadoria ou bem a consumidor final, cuja aquisição ocorrer de forma não presencial no estabelecimento remetente.

A questão ora debatida já foi alvo de pronunciamento em todas as sessões cíveis deste Sodalício, inclusive pelo Órgão Especial que no julgamento realizado em 31.8.2011, pela grande maioria de seus membros, ao apreciar o recurso do Agravo Regimental em Pedido de Suspensão de Liminar - n.º 2011.023989-4/0001-00 - Campo Grande, da relatoria do e. Des. Luiz Carlos Santini, deixou averbado o seguinte, *verbis*:

“(…) O incremento do comércio eletrônico na última década fez aumentar, ainda mais, as desigualdades entre os entes Federados, pois os estabelecimentos comerciais que fazem a distribuição de mercadorias pela via do comércio eletrônico se concentram nas regiões Sul e Sudeste. Estas lojas virtuais vendem os produtos aos demais Estados com alíquota interna do ICMS, fato esse que concentra toda a arrecadação do imposto



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS

FL.

4006305-68.2013.8.12.0000

no Estado de origem das mercadorias, não contemplando, portanto, o Estado do adquirente. Tal prática comercial irreversível de vendas pela internet, fez com que os Estados consumidores dos produtos articularsem e estabelecessem o Protocolo n. 21/2011, visando reaver parcela do ICMS que, nestas operações, não são mais transferidas.

A Constituição Federal firmou, como um dos seus títulos, a ordem econômica e financeira, lançando, destarte, verdadeiros princípios de direitos humanos (ou fundamentais) a uma ordem econômica justa e razoável, que obedeça a critérios de ordem pública, sujeitando-se os atores da atividade econômica nacional às regras e princípios legais e constitucionais. O Art. 170, incisos IV e VII, da Constituição estabelece como princípio a livre concorrência e a redução das desigualdades regionais e sociais, in verbis:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência;

(...)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais”

Portanto, no contexto atual de incremento de vendas no e-commerce, sem adentrar no mérito da questão, pois está se debatendo em sede de suspensão de liminar, este regramento causa distorções na distribuição de receitas do ICMS nos Estados da Federação e no Distrito Federal.

O próprio formato de venda atual sequer poderia ser vislumbrado antes da década de 90, quanto mais às dificuldades geradas pelo crescimento desta espécie, interferindo no comércio local de cada Município do Estado. No contexto anterior, as vendas pela internet eram de menos de R\$ 550 milhões (2001) e, passaram para mais de R\$ 13,6 bilhões (2010), segundo a pesquisa da evolução do faturamento do varejo on-line, que não considera as vendas de automóveis, passagens aéreas e leilões on-line. Aqui está a ofensa à economia pública, por dez anos produtos que seriam adquiridos em nosso Estado deixaram de aqui serem consumidos e migraram para o e-commerce (efetuando recolhimento de tributos apenas a naqueles Estados), muito embora os consumidores não tenham ultrapassado os limites deste ente federado. Patente, portanto, os sucessivos danos à economia pública de nosso Mato Grosso do Sul.

Convém ressaltar, ainda nesta oportunidade, disposições em nosso ordenamento proibindo o domínio econômico, que propiciem uma espécie de monopólio ou impeçam a livre concorrência, conforme se infere do art. 173, § 4º, da Constituição Federal, o qual estabelece a obrigação de reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, bem como da Lei n. 8.884, de 11/06/1994.

É fato, ainda, que os serviços de call center/telemarketing das empresas ligadas à questão, estabelecem sede fora de nosso Estado e até mesmo do País, a exemplo do que ocorre na Índia, e esvaziam,



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS

FL.

4006305-68.2013.8.12.0000

incontestavelmente, o comércio local gerando queda das vendas, na contratação de trabalhadores, na expansão dos empreendimentos regionais e perda na arrecadação em face da opção do consumidor por estes gigantes grupos empresariais, os quais exercem verdadeiro monopólio e “venda em casa”, impedindo, daí sim, a livre concorrência com as demais, que não reúnem estrutura de atendimento e capital, tal qual aos grandes empreendedores.

O mesmo se estende às vendas na internet, as quais se utilizam desta gama de aparatos, mantendo o administrador da página da empresa em qualquer local (fora ou dentro do Estado ou País) propiciando novamente o ciclo de perdas relacionado acima, e se multiplicam pela venda em site próprio e nas demais empresas virtuais do setor.

Ora, não é plausível crer que pequenos e médios empreendedores tenham esta mesma desenvoltura para obter esta projeção, implicando certamente em abuso do poder econômico e de recolhimento de tributo exclusivamente ao Estado de origem do site virtual em prejuízo do Estado destinatário, acarretando perigo de lesão à ordem econômica. Daí se dizer que a matéria aqui enfrentada deve passar pela análise da aplicação do decreto estadual. (...)”.

De outro norte, não se desconhece ainda que após o resultado do consenso mantido pela maioria dos Estados da Federação, que culminou na formalização do Protocolo ICMS n.º 21, de 1º de abril de 2011, no Rio de Janeiro/RJ, abrangendo Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Rondônia e Sergipe e o Distrito Federal, foi editado o Decreto Estadual n.º 13.162/2011.

Embora o Protocolo n.º 21 do ICMS/CONFAZ não tenha sido feito pela unanimidade dos representantes, tal circunstância não é capaz de invalidar a decisão do Conselho, porquanto a unanimidade dos representantes presentes somente se faz necessária quando a matéria tributária versar sobre concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais.

No caso, então, a deliberação do Conselho do CONFAZ foi possível em razão do disposto no inciso III, do artigo 30, do Convênio ICMS 133/97 (Regimento do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ), que prevê decisões do Conselho, por maioria dos representantes presentes, nas demais deliberações.

Deste modo, diante da legalidade do Protocolo n.º 21 do ICMS/CONFAZ, o Estado de Mato Grosso do Sul pode editar o Decreto Estadual n.º 13.162/2011.

Observa-se também que a cláusula terceira do referido protocolo foi mantida na íntegra no Decreto Estadual n.º 13.162/2011, vejamos o seu teor:

“A parcela do ICMS devido a este Estado nas operações de que trata o art. 1º corresponderá ao valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações internas com a mesma mercadoria ou bem, sobre o valor da operação de aquisição, deduzido do valor equivalente aos seguintes percentuais, aplicados sobre a base de cálculo do ICMS devido



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS

FL.

4006305-68.2013.8.12.0000

na origem:

7% (sete por cento), para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Sul e Sudeste, exceto do Estado do Espírito Santo;

12% (doze por cento), para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Estado do Espírito Santo.

Nessa vertente, até o advento do Decreto Estadual nº 13.162/2001, publicado em 27.04.2011, os valores pagos a título de ICMS devido na operação interestadual em que o consumidor final adquiria mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou showroom eram revertidos exclusivamente ao Estado da localização do site virtual e, após, como dito alhures, passou a ser em favor da unidade federada de destino da mercadoria ou bem, inclusive, nas operações procedentes de unidades da Federação não signatárias do protocolo.

De outro vértice, voltando-se mais especificamente ao Decreto Estadual 13.162/2011, em seu art. 4º, caput, constata-se clara disposição de que a parcela do ICMS deve ser recolhida pelo estabelecimento remetente da mercadoria ou do bem, por meio de Documento Estadual de Arrecadação (DAEMS) ou de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), mas de nenhum modo imputa ao consumidor esta obrigação.

Segundo seus incisos o recolhimento se dará nos seguintes prazos:

“I - antes da saída da mercadoria ou bem, nos casos de operações procedentes:

a) de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS n. 21, de 2011;

b) de unidade da Federação signatária do Protocolo ICMS n. 21, de 2011, quando o remetente não for inscrito no CCE, na qualidade de substituto tributário;

II - até o dia nove do mês subsequente ao de ocorrência do fato gerador, nos casos de operações procedentes de unidade da Federação signatária do Protocolo ICMS n. 21, de 2011, quando o remetente for inscrito no CCE, na qualidade de substituto tributário.”

Da mesma forma, ao analisar as obrigações tributárias definidas no Decreto Estadual n.º 13.162/2011, vê-se que elas não contrariam a Constituição Federal tampouco a Lei Complementar n.º 87/96, porquanto o Decreto Estadual não cria tributo, não modifica alíquotas, nem base de cálculo e, nem altera o sujeito passivo.

No caso, temos que o fato gerador ocorre no local do Estado Consumidor, também denominado de Estado de Destino, pois a circulação da mercadoria ocorre no local onde foi feita a operação, mesmo que tenha sido de modo virtual realizada através de “e-comércio”.

Portanto, verifica-se que o fato gerador para efeitos da cobrança do imposto, bem como a definição do estabelecimento responsável pelo recolhimento quando a mercadoria for adquirida através de “internet” deve ser feita conforme o disposto no artigo 11, § 3.º, I da Lei Complementar 87/96, vejamos:



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS

FL.

4006305-68.2013.8.12.0000

“Art. 11. O local da operação ou da prestação, para efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

(...)

§ 3º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

I – na impossibilidade de determinação do estabelecimento, considera-se como tal o local em que tenha sido efetuada a operação ou prestação, encontrada a mercadoria ou constatada a prestação.”

Desse modo, a arrecadação do ICMS com fulcro no Decreto Estadual n.º 13.162/2011 não inova o ordenamento jurídico, pois está em conformidade com o disposto no artigo 155, VII, 'a' da Constituição Federal de 1988 e artigos 4.º, 11 e 13 da Lei Complementar n.º 87/96.

RETENÇÃO DE MERCADORIAS.

Com relação à retenção das mercadorias adquiridas pela impetrante de outras unidades da federação, na qualidade de consumidora final, conforme descrita no Termo de Verificação Fiscal n.º 105.064, somente poderá ocorrer pelo período necessário para que a Receita Estadual lavre os autos de infração, a fim de que proceda a cobrança do tributo pelas vias ordinárias.

Assim, nem mesmo o sistema especial de controle e fiscalização a que eventualmente pode ser submetida a impetrante prevê a apreensão das mercadorias que comercializa para a compelir ao pagamento de ICMS.

Por diversas vezes este Tribunal já se manifestou a respeito da questão referente à apreensão de mercadorias pelo fisco, como forma coercitiva de pagamento de tributo.

Mantendo as mercadorias apreendidas, o Fisco visa tão somente coagir o sujeito passivo a efetuar o pagamento do débito unilateralmente constituído, o qual surgiu sem a concessão de oportunidade de defesa para a impetrante, o que é constitucionalmente garantido; sua inobservância é abuso por parte do impetrado.

A via da coação só é aberta para o Poder Público quando não há outro meio eficaz para obter o cumprimento da pretensão jurídica e só se legitima na medida em que é não só compatível como proporcional ao resultado pretendido e tutelado pela ordem normativa.

Toda coação que exceda ao estritamente necessário à obtenção do efeito jurídico lícitamente desejado pelo Poder Público é injurídica.

Portanto, a apreensão de mercadoria somente será medida oportuna em casos em que o contribuinte não ofereça qualquer forma de segurança para satisfazer crédito tributário em favor do fisco, como seriam os casos dos contribuintes eventuais, sem qualquer inscrição, o que sem dúvida não ocorre no presente caso.

Assim sendo, é ilegal e enseja a concessão parcial da ordem de



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS

FL.

4006305-68.2013.8.12.0000

segurança, por ofensa a direito líquido e certo da impetrante, o ato de retenção de mercadorias, por agentes do fisco, a pretexto de receber valores inerentes ao ICMS não recolhido, cristalizada, aliás, na pré-falada Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal que dispõe: **“É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”**.

Decidindo questão semelhante, esta Seção Cível, ementou:

“MANDADO DE SEGURANÇA – INCLUSÃO DO ESTADO NO PÓLO PASSIVO – LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO – APREENSÃO MERCADORIAS PELO FISCO – IMPOSSIBILIDADE ALÉM DO TEMPO NECESSÁRIO PARA APURAÇÃO DE FRAUDE – ARBITRARIEDADE – SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. O ônus no cumprimento das decisões também será suportado pelo Estado, razão pela qual deve ser admitido na condição de litisconsorte passivo necessário. 2. A apreensão de mercadoria, além do estrito tempo necessário à apuração dos fatos, constitui ato ilegal posto que nada mais o justifica a não ser a força coercitiva para pagamento de tributo, caracterizando confisco, em afronta ao art. 150, IV, da CF, e em contrariedade à pacífica jurisprudência de nossos Tribunais, inclusive Súmula n. 323 do STF. (Mandado de Segurança - N. 2011.005454-0/0000-00 – Capital – Relator Des. Sideni Soncini Pimentel – Data do Julgamento 25.4.2011)”

Os tribunais, seguindo a mesma orientação, também têm assim decidido, verbis:

REMESSA DE OFÍCIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE MERCADORIAS OBJETIVANDO O ADIMPLENTO DE TRIBUTOS. ILEGALIDADE. SÚMULA Nº 323 DO STF. 1. Somente é permitida a retenção de mercadorias por parte de agentes de fiscalização pelo período de tempo necessário à lavratura de auto de infração. 2. Nos termos da Súmula nº 323, do colendo Supremo Tribunal Federal "É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributo". 3. Remessa de Ofício conhecida e não provida. (TJ-DF; Rec. 2009.01.1.045314-5; Ac. 455.809; Terceira Turma Cível; Relª Desª Nídia Corrêa Lima; DJDFTE 25/10/2010; Pág. 159)

PEDIDO PARA ABSTER DA RETENÇÃO E APREENSÃO DE MERCADORIAS FUTURAS.

Vislumbro que o pleito de proibição de novas apreensões de mercadorias em futuras operações da empresa postulante, em verdade, como dito na decisão de fls. 40-50, conduz a interpretação de que a Impetrante visa à expedição de um alvará em branco, um mandamento genérico capaz de protegê-la de toda e qualquer situação futura, sem a devida delimitação de situações concretas específicas, estas sim passíveis de prevenção por meio do *mandamus*.

Nesse sentido, decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS
FL.
 4006305-68.2013.8.12.0000

de Justiça do Rio Grande do Sul:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA: CABIMENTO - AGROPECUARISTAS - AQUISIÇÃO DE INSUMOS - RECOLHIMENTO DE ICMS - CREDITAMENTO - ALCANCE.1. O mandado de segurança, segundo jurisprudência desta Corte (Primeira Seção), é usado com efeito declaratório tão-somente. Tese jurídica, sobre a qual guardo reservas. 2. Pedido formulado na inicial no sentido de garantir o direito ao creditamento do ICMS relativamente a insumos já adquiridos nas operações futuras. Possibilidade. 3. Descabe a concessão de segurança para coibir-se, de forma genérica, permanente e futura, a edição de qualquer ato que venha a lesar o direito do impetrante, conferido ao julgado caráter normativo. 4. Recurso especial improvido. (REsp 438693/MT, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24.08.2004, DJ 13.12.2004 p. 280).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. APREENSÃO DE VEÍCULOS E MERCADORIAS. PEDIDO GENÉRICO. IMPOSSIBILIDADE. PROCESSUAL CIVIL. CONEXÃO/CONTINÊNCIA. JULGAMENTO EM PRIMEIRO GRAU. REUNIÃO DE PROCESSOS. SÚM. 235 DO STJ. Segundo o verbete nº 235 da Súm. do STJ, a conexão não determina a reunião dos processos, quando sobre um deles já houve julgamento. SENTENÇA. EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA. A sentença que preenche os requisitos legais, sendo entregue ao cartório para registro e juntada aos autos existe, é válida e é eficaz, não se confundindo publicação com intimação. O fato de o pedido de reunião dos processos ter sido juntado aos autos antes da intimação da sentença não tem o condão de produzir a anulação desta. REQUERIMENTO GENÉRICO EM MANDADO DE SEGURANÇA. Não se presta a via do writ para a obtenção de mandamento genérico, o qual, em caso de eventual concessão, geraria decisão normativa. HIPÓTESE DE NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO APELO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70019371350, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 21/05/2007)

A propósito, seguindo a mesma orientação, esse E. Tribunal de Justiça já decidiu, *verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR – DECRETO N. 13.162/2011 – ICMS SOBRE OPERAÇÕES DE INTERNET – APREENSÃO DE MERCADORIAS – LIMINAR DEFERIDA APENAS PARA DETERMINAR A LIBERAÇÃO DAS MERCADORIAS COMPROVADAMENTE APREENDIDAS – AUSÊNCIA DE FUMAÇA DO BOM DIREITO PARA DETERMINAR A SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO DECRETO N. 13.162/2011 E A



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS

FL.

4006305-68.2013.8.12.0000

PROIBIÇÃO DE APREENSÃO DE MERCADORIAS – REGIMENTAL NÃO PROVIDO. *Presentes os requisitos, defere-se a liminar para determinar a liberação das mercadorias comprovadamente apreendidas, especialmente porque, nos termos do que dispõe a Súmula n. 323 do STF, “é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.” Liminar indeferida em relação aos pedidos de sustação dos efeitos do Decreto n. 13.162/2011 e de proibição de novas apreensões de mercadorias, pois, ao menos por ora, verifica-se, sem prejuízo da apreciação exauriente quando do julgamento do mérito, que eles possuem caráter normativo, o que, a princípio, não se admite em mandado de segurança. Agravo Regimental em Mandado de Segurança - N. 2011.013479-0/0001-00 - Capital. Órgão Especial – Relator Des. Sérgio Fernandes Martins. Data do Julgamento 6.7.2011*

“(…) Ante o exposto, defiro o pedido formulado na inicial suspendendo a eficácia da parte final da medida liminar concedida no mandado de segurança nº 0030075-29.2011.8.12.0001, através da decisão de f. 200-204, que determina o Estado a abster-se da realização de novas apreensões das mercadorias do impetrante, quando a apreensão for medida auto-executória destinada a exigir o pagamento do tributo criado pelo Decreto Estadual nº 13.162/2011. Tal situação deverá perdurar até o trânsito em julgado de sua decisão de mérito. Em consequência, determino que seja oficiado, com urgência, à douta autoridade judiciária, para ciência e cumprimento desta decisão. Dê-se ciência igualmente ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 704, do RITJMS. (Pedido de Suspensão de Liminar n.º 2011.015425-9, Des. Luiz Carlos Santini, Data: 02.06.2011. Origem Mandado de Segurança n.º (0016490-10.2011.8.12.0000), da 6ª Vara de Fazenda Pública e de registros Públicos de Campo Grande.)

Ainda, no mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL – SUSPENSÃO LIMINAR – SOBRESTAMENTO DA EXECUÇÃO LIMINAR – LIVRE CONCORRÊNCIA – ART. 170, IV E VII, CF – PERDA ARRECADADA DA ÚLTIMA DÉCADA – REPRIMIR ABUSO ECONÔMICO – ART. 173, § 4º, CF E [LEI Nº 8.884/94](#) – CALL CENTER E INTERNET – LIMITES – APLICAÇÃO – DECRETO (MS) Nº 13.162/11 – PROTOCOLO ICMS Nº 21/2011 – VENDA – INTERNET, TELERMARKETING OU SHOWROOM – INCIDÊNCIA DO ICMS – OFENSA À ECONOMIA PÚBLICA – EFEITO MULTIPLICADOR – PERICULUM IN MORA INVERSO – FUMUS BONI IURIS – PRESENTES – IMPROVIDO. A apreciação dos fatos demonstra perigo de lesão grave a interesse público protegido, caso mantida a decisão atacada, ocasionando ofensa à economia pública. Aplica-se ao presente o art. 170, inciso IV e VII, da Constituição, que estabelecem como princípio a livre concorrência e redução das desigualdades regionais e sociais, assim como o art. 173, § 4º, da Constituição Federal, na repressão do abuso do poder econômico que vise à dominação dos



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS

FL.

4006305-68.2013.8.12.0000

mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, bem como o disposto na [Lei nº 8.884/94](#), os quais devem servir de limites nas vendas via *internet*, *call center/telemarketing* ou *showroom*. O Decreto (MS) nº 13.162/11 é o resultado do consenso mantido pela maioria dos Estados da Federação, que culminou na formalização do Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, no Rio de Janeiro-RJ, abrangendo Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Rondônia e Sergipe e o Distrito Federal, em decorrência da fuga de parte da receita tributária decorrente da aquisição ocorrida na forma não presencial no estabelecimento remetente (*internet*, *telemarketing* ou *showroom*). O *periculum in mora* inverso gerado pela concessão da medida é imenso, haja vista que acarretaria o efeito multiplicador e perda aos cofres públicos. O *fumus boni iuris* influi diretamente na autonomia do gestor, que se vê, de um momento para outro, impedido de efetivar a tributação que é de sua competência, o que no caso possui respaldo dos demais Entes Federados que firmaram o Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011. (Agravo Regimental em Pedido de Suspensão de Liminar - N. 2011.016138-8/0001-00 - Campo Grande. Relator Des. Luiz Carlos Santini. Órgão Especial. Data de Julgamento 22.6.2011)

Assim, reconheço a impossibilidade em deferir a ordem almejada para impedir novas apreensões de mercadorias, uma vez que eventual abusividade do ato da Administração somente poderá ser aferida no caso concreto, podendo a medida causar prejuízos ao erário público, além de implicar em intervenção desmotivada no poder de polícia estatal.

Nesse diapasão, é inadmissível a apreensão de mercadorias pelo fisco estadual como meio de coagir o pagamento de tributo considerado devido pelo contribuinte, uma vez que a retenção dos bens deve ficar adstrita, tão somente, ao tempo suficiente e necessário para averiguar a materialização do crédito tributário, sob pena de violação ao disposto no art. 150, IV, da Constituição Federal, que veda o confisco.

A respeito do assunto, este Tribunal já teve a oportunidade de deixar ementado o seguinte:

“REEXAME DE SENTENÇA. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE MERCADORIAS PELO FISCO. LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE TRIBUTO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. DECISÃO MANTIDA.

A apreensão de mercadorias como meio de compelir o contribuinte a recolher tributo apresenta-se com a pecha da ilegalidade, se mantida além do tempo necessário a identificação do sujeito passivo e da adoção do procedimento fiscal adequado, e merece corrigida pela via do mandado de segurança. (Reexame de Sentença, 463063. Campo Grande. Rel. Des. Josué de Oliveira. Primeira Turma Cível Isolada. Unânime. J. 30/04/1996, DJ-MS, 20/06/1996, pág. 04.)”



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS
FL.
 4006305-68.2013.8.12.0000

CONCLUSÃO

Em face do exposto, em parte com o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, defiro o ingresso na lide do Estado de Mato Grosso do Sul na condição de litisconsorte necessário passivo e rejeito a preliminar de carência de ação por inadequação da via eleita. Quanto ao mérito, concedo parcialmente a segurança para que as mercadorias adquiridas pela internet fiquem apreendidas por tempo suficiente e tão somente para que o Fisco Estadual possa lavrar o auto de infração, e, após, sejam liberadas.

Deixo de condenar o impetrante ao pagamento dos honorários advocatícios, por expressa vedação legal (art. 25, da Lei 12.016/2009 e Súmulas nºs 512 do STF e 105 do STJ).

D E C I S Ã O

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR ARGUIDA E, NO MÉRITO, CONCEDERAM PARCIALMENTE A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO EM PARTE COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel
 Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.
 Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 28 de agosto de 2013.

gb