

Liminar Deferida

14/03/2014

MANDADO DE SEGURANÇA impetrado por LOGOS LOGÍSTICA E TRANSPORTES PLANEADOS LTDA. E SUAS FILIAIS contra ato tido como ilegal perpetrado pelo EXMO. SR. SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA DO ESTADO DE MATO GROSSO, consistente na cobrança de ICMS, nos moldes estabelecidos pelo Protocolo CONFAZ ICMS n.º 21/2011, consoante a expedição do Decreto Estadual n.º 312/2011, que determinou a cobrança nas operações interestaduais, que destinem bem ou mercadoria a consumidor final não contribuinte do imposto, adquiridos de forma não presencial, por meio de internet, telemarketing ou showroom.

Os impetrantes sustentam que o protocolo provoca uma "superposição indevida" da cobrança do ICMS na origem, com a nova incidência no destino, e traz como resultado a violação de vários artigos da Constituição Federal; a incidência do ICMS nos moldes do protocolo, tanto no Estado de origem, como no destino da mercadoria, nas operações com contribuintes ausentes, como no caso da venda e-commerce, é inconstitucional, pois gera bitributação do ICMS.

Aduzem que não é possível que um protocolo do CONFAZ, assinado por apenas um grupo de entes públicos tenha o condão de substituir a legitimidade democrática da Assembleia Constituinte, nem do constituinte derivado, na fixação da regra de origem imposta no artigo 155, §2º, VII, "b", da Constituição Federal.

Que, nos termos do artigo 146 da CF, compete ao Poder Público tomar medidas necessárias para que o tributo seja neutro em relação ao funcionamento do mercado; o artigo 150, I e V da CF têm como finalidade impedir que um tributo onere o tráfego interestadual ou intermunicipal de pessoas ou de bens, portanto, os tributos não poderão ter como hipótese de incidência a transposição de fronteira interestadual ou municipal.

Assim, requer a concessão de liminar para determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir da impetrante o recolhimento do tributo em questão, quando das vendas de produtos, de forma não presencial, o consumidor final não contribuinte do ICMS localizados em Mato Grosso.

Pugna, ao final, pela concessão definitiva da segurança, com a declaração incidental de inconstitucionalidade da exigência do ICMS complementar a que se refere o Protocolo ICMS 21/2011.

Decido.

Nos termos do artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009, a concessão de provimento liminar em mandado de segurança reclama a presença concomitante dos requisitos relativos à relevância dos fundamentos jurídicos da impetração e à possibilidade de sobrevir ao impetrante a ineficácia da medida reclamada, acaso não seja liminarmente concedida.

Conforme disposto no artigo 155, §2º, inciso VII, alínea b, da Constituição Federal, deve ser adotada a alíquota interna do Estado de origem para o recolhimento do ICMS no caso de operações de venda de mercadorias destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto, localizado em outro ente da federação:

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;

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

- a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;
- b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

Assim, a legislação estadual, ao determinar o recolhimento de diferencial de alíquota em vendas feitas de forma não presencial a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outro ente federativo, está, em tese, criando uma incidência tributária indevida, configurando bitributação, uma vez que o imposto deve ser recolhido exclusivamente na unidade da Federação de origem das mercadorias, razão pela qual, inicialmente, vislumbro o pressuposto do relevante fundamento exigido pela Lei nº 12.016/2009, necessário para ensejar o deferimento da liminar pleiteada.

Assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal ao conceder liminar na ADI nº 4565, determinando a suspensão de lei semelhante de outro Estado da Federação (Lei nº 6.041/2012 do Estado do Piauí):

“EMENTA: CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL. LEI 6.041/2010 DO ESTADO DO PIAUÍ. LIBERDADE DE TRÁFEGO DE BENS E PESSOAS (ARTS. 150, V E 152 DA CONSTITUIÇÃO). DUPLICIDADE DE INCIDÊNCIA (BITRIBUTAÇÃO – ART. 155, § 2º, VII, B DA CONSTITUIÇÃO). GUERRA FISCAL VEDADA (ART. 155, § 2º, VI DA CONSTITUIÇÃO). MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Tem densa plausibilidade o juízo de inconstitucionalidade de norma criada unilateralmente por ente federado que estabeleça tributação diferenciada de bens provenientes de outros estados da Federação, pois: (a) Há reserva de resolução do Senado Federal para determinar as alíquotas do ICMS para operações interestaduais; (b) O perfil constitucional do ICMS exige a ocorrência de operação de circulação de mercadorias (ou serviços) para que ocorra a incidência e, portanto, o tributo não pode ser cobrado sobre operações apenas porque elas têm por objeto “bens”, ou nas quais fique descaracterizada atividade mercantil-comercial; (c) No caso, a Constituição adotou como critério de partilha da competência tributária o estado de origem das mercadorias, de modo que o deslocamento da sujeição ativa para o estado de destino depende de alteração do próprio texto constitucional (reforma tributária). Opção política legítima que não pode ser substituída pelo Judiciário. Medida liminar concedida para suspender a eficácia prospectiva e retrospectiva (ex tunc) da Lei estadual 6.041/2010.” (ADI 4565 MC, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 07/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 24-06-2011 PUBLIC 27-06-2011).

Assim, em razão da decisão supramencionada, não há como aplicar tutela diversa no momento, mormente porque, pende de análise pelo STF a constitucionalidade do Protocolo 21, bem como do Decreto Estadual n. 312/2011, objetos das ADIns 4628 e 4599, respectivamente.

No que se refere ao periculum in mora, entendo que o mesmo também se faz presente, uma vez que a não concessão da liminar poderá acarretar às impetrantes, dano irreparável ou de difícil reparação, qual seja, apreensão de mercadorias que derem entrada no território estadual de Mato Grosso, à evidência, de um mecanismo coercitivo de pagamento do tributo repudiado pelo nosso ordenamento constitucional.

Os incisos IV e V do art. 150 da Constituição Federal vedam a cobrança de tributos com efeitos confiscatórios e o estabelecimento de restrições, por meio da cobrança de tributos, ao livre tráfego de

pessoas ou bens entre os entes da Federação. É nesse sentido a Súmula nº 323 do STF: "inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos".

Ressalte-se que o Fisco já dispõe de um procedimento privilegiado de execução e dele deve fazer uso para receber os créditos tributários (Lei 6.830/1980), por meio do qual será assegurada ao contribuinte ampla oportunidade de defesa. A apreensão de mercadorias somente se justifica pelo tempo necessário à lavratura do auto de infração, caso se verifique alguma irregularidade.

Presentes, pois, os requisitos legais, **CONCEDO A LIMINAR** pretendida para determinar que a autoridade impetrada se abstenha de exigir das impetrantes o recolhimento do imposto estabelecido no Protocolo nº 21, de 1º de abril de 2011, do CONFAZ - Conselho Nacional de Política Fazendária, nas operações interestaduais de venda que vierem a ser realizadas de forma não presencial, e que destinem mercadorias ou bens a pessoas físicas e jurídicas não contribuintes do ICMS localizados neste Estado de Mato Grosso.

Notifique-se a autoridade apontada como coatora para que preste as informações, no prazo de 10 (dez) dias.

Após, dê-se vista à Doutra Procuradoria, para que se manifeste explicitamente sobre o pedido de inconstitucionalidade feito pelas impetrantes, ante a disposição contida no artigo 15, I, "b" do Regimento Interno deste Sodalício.

Cuiabá-MT, 14 de março de 2014.

VANDYMARA G. R. PAIVA ZANOLO

Juíza de Direito Convocada - Relatora