

Decisão->Concessão->Liminar

Vistos.

SABTEX - INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, qualificado nos autos, impetrou o presente Mandado de Segurança contra ato indigitado coator do SUPERVISOR DE AGENTES DE TRIBUTOS ESTADUAIS e do GERENTE DE CONTROLE ADUANEIRO DA SECRETARIA DA FAZENDA DE MATO GROSSO, objetivando suspender a exigibilidade do diferencial de alíquota quando da entrada dos seus produtos no Estado com base no Protocolo CONFAZ 21/2011 e no Decreto 312/2011, liberando o ingresso dos bens comercializados pela Impetrante nos postos de fiscalização do Estado de Mato Grosso, bem como, que deixe de lavrar ou cancele qualquer notificação fiscal e/ou auto de infração, sob fundamento do referido decreto e protocolo.

Aduz, em síntese, que o Estado de Mato Grosso publicou o Decreto nº 312/2011 que alterando o RICMS/MT, acrescentou o artigo 398-Z-5 para introduzir as disposições do aludido Protocolo ICMS.

Assevera que a Impetrante promoveu a venda de mercadorias retratadas na nota fiscal nº 000.007.699 (fls. 48), sendo que o Estado de Mato Grosso exigiu o adicional do ICMS, sendo lavrado o termo de apreensão e depósito nº. 1067893-1 (fls. 50/52) em decorrência do não recolhimento do ICMS/ST conforme os termos do protocolo 21/2011.

Alega que referida imposição é inconstitucional porque viola o art. 155, § 2º, VII, 'b' da CF/88, que prevê a aplicação da alíquota interna e recolhimento ao Estado de origem, que está com o justo receio de que suas mercadorias sejam apreendidas se não se submeter ao aludido Protocolo.

Colacionou à inicial os documentos de fls. 34/90.

É o necessário relato.

Decido.

À vista da nova legislação que passou a disciplinar o mandado de segurança (art. 7º, inciso III, da Lei 12.016/2009), para a concessão de medida liminar, mister a presença dos seguintes requisitos: que os fundamentos da impetração sejam relevantes (*fumus boni iuris*) e a possibilidade do ato impugnado resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida (*periculum in mora*).

Busca a Impetrante a medida liminar para o fim de suspender a exigibilidade do ICMS quando da entrada dos seus produtos no Estado com base no Protocolo CONFAZ 21/2011 e no Decreto 312/2011, bem como proibir a apreensão das suas mercadorias ou

a prática de qualquer ato que com fundamento no protocolo aludido impeça, prejudique ou dificulte o livre desempenho de suas atividades neste Estado.

No que se refere ao pedido de liberação das mercadorias apreendidas, verifica-se dos termos de apreensão em tela (fls. 50/52) que os bens foram apreendidos por infração ao art. 45, I, alínea I da Lei Estadual n.º 7098/98.

Sem razão a autoridade, pois o pleito de proibir a apreensão das suas mercadorias ou a prática de qualquer ato que com fundamento no protocolo aludido impeça, prejudique ou dificulte o livre desempenho de suas atividades neste Estado, a apreensão de mercadorias prevista no RICMS é no sentido de permitir a detenção com o específico fim de identificar-se o responsável tributário e recolher-se provas materiais da infração tributária cometida. Alcançada aludida finalidade, identificado o responsável e recolhidas provas da infração, não mais se justifica a retenção das mercadorias, que se transmuda para ato coativo objetivando o pagamento de tributo, consoante assinala a Súmula 323 do STF.

Assim, não obstante seja dever funcional do Agente Fiscal averiguar a normalidade do transporte de mercadorias e se houve o recolhimento do aludido imposto estadual, por outro lado, não lhe cabe apreender ou reter tais bens, se já coletado os dados necessários à verificação de eventual ilícito tributário.

Nesses termos é a doutrina do tributarista Roque Antônio Carraza:

É muito comum o Fisco, objetivando o recebimento de ICMS e multa devidos pelo contribuinte, apreender a mercadoria considerada em situação irregular (v.g., desacompanhada da competente nota fiscal).

Tal prática, todavia é abusiva. De fato, assim que lavrado o auto de infração e imposição de multa, a mercadoria há de ser imediatamente liberada. É que o ato de apreensão visa apenas assegurar a prova material da infração cometida. Por isso mesmo, deve subsistir somente enquanto estiver sendo realizada a coleta dos elementos necessários à caracterização de eventual ilícito tributário. (in, ICMS. Editora Malheiros, 11ª edição. 2006, página 522).

Do mesmo modo é a jurisprudência do TJMT, vejamos:

MANDADO DE SEGURANÇA - APREENSÃO DE MERCADORIA - SÚMULA 323/STF - APLICABILIDADE DO ARTIGO 475, §2º, CPC - RECURSO IMPROVIDO. É inadmissível a apreensão de mercadorias vinculado ao pagamento de tributos. Entendimento da súmula 323/STF. Admite-se a apreensão, em caso de infração à legislação tributária, somente pelo tempo necessário à lavratura do auto de infração, após a confecção não se ajusta a retenção. Em razão do valor controvertido ser manifestamente inferior a 60 salários mínimos e somado ao fato da sentença ser fundada em súmula editada pelo STF, não há que se falar em sujeição ao duplo grau de

jurisdição por força do art.475, §2º e 3º do CPC. (PROCESSO N.º 34325/2007. DR. CARLOS ALBERTO ALVES DA ROCHA). Destacamos.

Ademais, no que se refere ao pedido para suspender a exigibilidade do ICMS quando da entrada dos seus produtos no Estado com base no Protocolo CONFAZ 21/2011 e no Decreto 312/2011, segundo dispõe o art. 155, II, §2º, VII, “b”, da CF/88 que:

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;

O sistema de recolhimento antecipado do ICMS na entrada de mercadoria no território do Estado, fora das hipóteses previstas na Lei Complementar n.º. 87/96, quebra a uniformidade do tributo por interferir com o seu fato gerador e a sua base de cálculo.

A par disso, o Estado de Mato Grosso em conjunto com outros Estados Federados ratificaram o Protocolo n.º. 11/2011 do CONFAZ que estabelece disciplina relacionada à exigência do ICMS nas operações interestaduais que destinem mercadoria ou bem a consumidor final, cuja aquisição ocorrer de forma não presencial no estabelecimento remetente, cujas regras do citado Protocolo seguem:

Cláusula primeira - Acordam as unidades federadas signatárias deste protocolo a exigir, nos termos nele previstos, a favor da unidade federada de destino da mercadoria ou bem, a parcela do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - devida na operação interestadual em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou showroom. Parágrafo único. A exigência do imposto pela unidade federada destinatária da mercadoria ou bem, aplica-se, inclusive, nas operações procedentes de

unidades da Federação não signatárias deste protocolo. Cláusula segunda Nas operações interestaduais entre as unidades federadas signatárias deste protocolo o estabelecimento remetente, na condição de substituto tributário, será responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, em favor da unidade federada de destino, relativo à parcela de que trata a cláusula primeira. Cláusula terceira A parcela do imposto devido à unidade federada destinatária será obtida pela aplicação da sua alíquota interna, sobre o valor da respectiva operação, deduzindo-se o valor equivalente aos seguintes percentuais aplicados sobre a base de cálculo utilizada para cobrança do imposto devido na origem: I - 7% (sete por cento) para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Sul e Sudeste, exceto do Estado do Espírito Santo; II - 12% (doze por cento) para as mercadorias ou bens procedentes das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Estado do Espírito Santo. Parágrafo único. O ICMS devido à unidade federada de origem da mercadoria ou bem, relativo à obrigação própria do remetente, é calculado com a utilização da alíquota interestadual. Cláusula quarta Parágrafo único. Será exigível, a partir do momento do ingresso da mercadoria ou bem no território da unidade federada do destino e na forma da legislação de cada unidade federada, o pagamento do imposto relativo à parcela a que se refere a cláusula primeira, na hipótese da mercadoria ou bem estar desacompanhado do documento correspondente ao recolhimento do ICMS, na operação procedente de unidade federada: I - não signatária deste protocolo; II - signatária deste protocolo realizada por estabelecimento remetente não credenciado na unidade federada de destino.

Com efeito, o Estado de Mato Grosso incorporou referido acordo no ordenamento interno, qual seja, RICMS, ao editar o Decreto nº. 312/2011, assim dispendo:

Art. 398-Z-5 Nas operações interestaduais que destinarem bem ou mercadoria a consumidor final, pessoa física ou jurídica não contribuinte do imposto, domiciliado no território mato-grossense, adquiridos de forma não presencial, por meio de internet, telemarketing ou showroom, será exigida a parcela do ICMS devida ao Estado de Mato Grosso, em conformidade com o disposto neste artigo. (cf. caput da cláusula primeira do Protocolo ICMS 21/2011 – efeitos a partir de 1º de maio de 2011) § 1º O estabelecimento remetente, na condição de substituto tributário, será responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, em favor deste Estado, apurado na forma do parágrafo seguinte. (cf. cláusula segunda do Protocolo ICMS 21/2011 – efeitos a partir de 1º de maio de 2011) § 2º A parcela do imposto devida ao Estado de Mato Grosso será obtida pela aplicação da alíquota interna, fixada para o bem ou mercadoria, sobre o valor da respectiva operação, deduzindo-se o valor equivalente aos seguintes percentuais aplicados sobre a base de cálculo utilizada para cobrança do imposto devido na origem: (cf. caput da cláusula terceira do Protocolo ICMS 21/2011 – efeitos a partir de 1º de maio de 2011) I – 7% (sete por cento) para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Sul e Sudeste, exceto do Estado do Espírito Santo; II – 12% (doze por cento) para as mercadorias ou bens procedentes das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Estado do Espírito Santo. § 3º O ICMS devido à unidade federada de origem da mercadoria ou bem, relativo à obrigação própria do remetente, é calculado com a

utilização da alíquota interestadual. (cf. parágrafo único da cláusula terceira do Protocolo ICMS 21/2011 – efeitos a partir de 1º de maio de 2011) § 5º Sem prejuízo da incidência dos acréscimos legais cabíveis, será exigível a partir do momento do ingresso do bem ou mercadoria no território deste Estado, o pagamento do imposto relativo à parcela a que se refere o caput deste artigo, quando o bem ou mercadoria estiverem desacompanhados do documento correspondente ao recolhimento do ICMS e a operação: I – for precedente do Estado do Amazonas, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo ou do Tocantins; (cf. inciso I do parágrafo único da cláusula quarta do Protocolo ICMS 21/2011, combinado com o Protocolo ICMS 30/2001 – efeitos a partir de 1º de maio de 2011) II – for precedente de unidade federada não arrolada no inciso anterior, na hipótese em que o estabelecimento remetente não esteja regularmente credenciado junto à Secretaria de Estado de Fazenda, na forma preconizada no § 4º deste artigo. (cf. inciso II do parágrafo único da cláusula quarta do Protocolo ICMS 21/2011 – efeitos a partir de 1º de maio de 2011) § 6º O disposto neste artigo não se aplica às operações de que trata o Convênio ICMS 51/00, de 15 de dezembro de 2000. (cf. cláusula quinta do Protocolo ICMS 21/2011 – efeitos a partir de 1º de maio de 2011) § 7º Às operações a que se refere o caput deste artigo aplicam-se, ainda, as disposições do caput e dos §§ 5º, 6º e 7º do artigo 216-M-1 deste regulamento. § 8º Fica dispensada a observância do disposto no artigo 216-M-1 deste regulamento quando a operação de remessa do bem ou mercadoria para este Estado, nas hipóteses descritas no caput deste artigo, for acobertada por Nota Fiscal Eletrônica – NF-e. (efeitos a partir de 1º de maio de 2011) grifos nossos.

Pelo que se extrai do documento, o tributo, que nos termos do art. 155, § 2º, VII, b, da CF/88 é pago no estado de origem do produto, passará a ser cobrado também no destino pelos estados signatários e não signatários do protocolo.

Embora se admita a extraterritorialidade da legislação tributária, como alude o art. 102 do CTN, as partes signatárias devem acordar com as disposições previstas no Convênio, não sendo lícito que a extraterritorialidade atinja estado não signatário do acordo, sob pena de violação da autonomia dos Estados prevista no art. 18 da CF/88.

Ao que se afiguram os Estados signatários do pacto ao fundamento de que as vendas do comércio a consumidor final de forma não presencial estão acarretando perda de arrecadação pela desigualdade na repartição do imposto, estabeleceram normas visando o equilíbrio arrecadatório.

Todavia, tais normas não podem alcançar território de ente federado que não participou do acordo, ou seja, não pode obrigar o ente federado que ficou fora do acordo a fazê-lo, como foi a hipótese, eis que nesse caso estar-se-á violando a própria autonomia federativa do Estado, fato que corrobora a relevância da fundamentação.

O perigo de dano irreparável é evidente na medida em que os efeitos concretos advindos dessa nova regra, a princípio ilegal, estão na iminência de atingir o impetrante tendo em

vista o objeto social da sua atividade econômica, que sofrerá diretamente a incidência da norma já que localizado o estabelecimento em base territorial não signatária do Protocolo.

Destarte, criar obstáculos ao livre exercício das atividades da autora com a retenção indevida de mercadorias de sua mercancia é ilegal, portanto, resta presente a verossimilhança da alegação.

O perigo da demora é notório, na medida em que a manutenção da constrição dos bens indevidamente poderá acarretar prejuízos à atividade da empresa.

ISTO POSTO, CONCEDO A LIMINAR VINDICADA para determinar à autoridade coatora que libere imediatamente as mercadorias apreendidas constantes do Termo de Apreensão e Depósito nº 1067893-1, bem como a suspensão da exigibilidade do ICMS quando da entrada dos seus produtos no Estado com base no Protocolo CONFAZ 21/2011 e no Decreto 312/2011, e que os requeridos se abstenham de apreender as suas mercadorias ou a prática de qualquer ato que com fundamento no protocolo aludido, que impeça, prejudique ou dificulte o livre desempenho de suas atividades neste Estado, até julgamento final do presente mandamus.

Notifiquem-se as autoridades coatoras enviando-lhe a segunda via da inicial, a fim de que, no prazo de 10 dias, prestem as informações de praxe, e na oportunidade intimem-nas do teor desta decisão (art. 7º, I, Lei 12.016/09).

Em seguida, dê ciência à Procuradoria do Estado, enviando-lhe cópia da inicial, para que, querendo, ingresse no feito (art. 7º, II, da Lei 12.016/09).

Após, cls. para sentença.

Cumpra-se, com urgência, pelo oficial de plantão.