



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO CEARÁ

Comarca de Fortaleza

5ª Vara da Fazenda Pública

Rua Desembargador Floriano Benevides Magalhaes nº 220, Água Fria - CEP 60811-690, Fone: (85) 3492 8862, Fortaleza-CE - E-mail: for05fp@tjce.jus.br

DECISÃO

Processo nº: **0571051-52.2012.8.06.0001**
 Classe – Assunto: **Mandado de Segurança - ICMS / Incidência Sobre o Ativo Fixo**
 Impetrante: **[REDACTED]**
 Impetrado: **Coordenador da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda de Fortaleza**

Vistos, etc.

[REDACTED] já qualificada nos autos, por procurador judicial legalmente constituído, impetrou o presente Mandado de Segurança com pedido de liminar, contra ato que reputa ilegal e abusivo, lavrado pelo Sr. **COORDENADOR DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – CATRI/SEFAZ**, aduzindo para tanto os motivos fáticos e fundamentos jurídicos abaixo transcritos.

É sociedade empresarial situada no Estado de São Paulo, dedicada à instalação, locação, importação, exportação e comércio de sistemas, equipamentos e materiais elétricos, eletrônicos, licenciamento e sub-licenciamento de softwares, bem como prestação de diversos serviços na área de informática, telecomunicações e outros sistemas, conforme estabelecido em seu contrato social.

Na realização de suas atividades, comercializa produtos com consumidores finais não-contribuintes de ICMS, localizados em outras Unidades da Federação, inclusive no Estado do Ceará.

Nestas operações interestaduais de venda de mercadoria, quando

**PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO CEARÁ**

Comarca de Fortaleza

5ª Vara da Fazenda Pública

Rua Desembargador Floriano Benevides Magalhaes nº 220, Água Fria - CEP 60811-690, Fone: (85) 3492 8862, Fortaleza-CE - E-mail: for05fp@tjce.jus.br

o destinatário não é contribuinte de ICMS, recolhe integralmente este imposto ao Estado de origem dos produtos, conforme determina a Lei Complementar nº 87/96 e a Constituição Federal de 1988, especificamente em seu art. 155, §2º, VII, b.

Entretanto, quando da chegada dos produtos no Estado do Ceará, a Impetrante está sendo compelida novamente ao recolhimento do ICMS, como condição para liberar a entrada de tais mercadorias neste Estado, com destino ao consumidor final.

Referida exigência fundamenta-se no Decreto nº 30.542/11, que regulamentou o protocolo nº 21/2011.

Entende que esta legislação afronta os dispositivos constitucionais disciplinadores do ICMS, caracterizando bitributação sobre um mesmo fato gerador.

Por fim, requereu a concessão de medida liminar, determinando o imediato cancelamento da cobrança prevista no documento de arrecadação emitido pelas autoridades vinculadas ao Impetrado no valor de R\$ 47.799,53 (quarenta e sete mil, setecentos e noventa e nove reais e cinquenta e três centavos), vem como para que, em futuras operações realizadas pela Impetrante com empresas situadas no Estado do Ceará, não lhe seja exigido da Impetrante o diferencial de alíquota de ICMS.

Com a inicial de fls. 01/11, vieram os documentos de fls. 12/30.

Às fls. 31, despacho proferido pela 1ª Vara da Fazenda Pública, determinando a remessa dos autos a esta 5ª Vara da Fazenda Pública, em virtude da conexão com o Mandado de Segurança nº 0126745-35.2010, em trâmite neste Juízo.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO CEARÁ

Comarca de Fortaleza

5ª Vara da Fazenda Pública

Rua Desembargador Floriano Benevides Magalhaes nº 220, Água Fria - CEP 60811-690, Fone: (85) 3492 8862, Fortaleza-CE - E-mail: for05fp@tjce.jus.br

Relatei, em síntese. Passo a examinar o pedido de requesto liminar.

Recebo a exordial em seu plano formal, acolhendo a competência a mim atribuída.

A concessão de medida liminar em sede de *writ of mandamus* é medida de excepcional aplicação, devendo, para tanto, estarem presentes os requisitos ensejadores da concessão do provimento cautelar, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*.

Numa averiguação superficial e provisória, observam-se presentes os requisitos necessários à concessão do provimento cautelar, posto que vislumbra-se na análise do *fumus boni juris* a plausibilidade dos fatos e argumentos constantes na exordial, especialmente no que diz respeito ao descumprimento do princípio da legalidade tributária. Isso porque, a exação *in quaestio*, além de transpor os limites fixados pela Carta Magna, estabelece sua fundamentação jurídica em Decreto Estadual, fato este vedado pelas limitações constitucionais ao poder de tributar. Portanto, não parece compatível com o disposto no Art. 155, §2º, inciso VII, alínea "b", da Constituição Federal, nem com o Decreto nº. 30.542/11, que regulamentou o protocolo nº 21/2011.

No caso dos autos, quanto a análise do requisito do *fumus boni juris*, constato a ocorrência de tais pressupostos legais para efeito de concessão da medida liminar, mormente diante dos precisos preceitos contidos na alínea "b", do inciso VII, do § 2º., do art. 155, da Constituição Federal/88, estabelecendo:

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

Omissis

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO CEARÁ

Comarca de Fortaleza

5ª Vara da Fazenda Pública

Rua Desembargador Floriano Benevides Magalhaes nº 220, Água Fria - CEP 60811-690, Fone: (85) 3492 8862, Fortaleza-CE - E-mail: for05fp@tjce.jus.br

intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

Omissis

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

Omissis

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

Omissis

b) **a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;**" (gn)

Com maior clarividência, a doutrina do célebre e sempre festejado constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA¹ que, acerca da competência dos Estados para a tributação da circulação de mercadorias, professa:

"Sobre *mecanismos de fixação de suas* alíquotas em operações ou prestações, interestaduais e de exportação, e sobre alíquotas mínimas e máximas nas *operações* internas, já nos manifestamos com base no art. 155, § 2º, IV e V, quando tratamos das normas de prevenção de conflitos tributários de competência do Senado Federal, por via de resolução (n. 5, supra), notando-se que, **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, ou seja, quando, por exemplo, o destinatário for um comerciante, um industrial ou um produtor, caso em que a diferença entre aquela alíquota interestadual cobrada pelo Estado de origem e a alíquota interna do Estado do destino será cobrada por este, pois que na técnica do tributo as alíquotas são mais elevadas; (b) **a alíquota interna do Estado de origem da mercadoria, quando o destinatário não for contribuinte do imposto, como é o caso, por exemplo, de uma remessa de alguma mercadoria para uma pessoa não comerciante, não industrial ou não produtor, que vai consumi-la por si.**" (gn)

Sobre a matéria, aliás, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, reiteradamente, tal como demonstra o seguinte aresto, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO - AGRAVO REGIMENTAL - ICMS - INCIDÊNCIA - ALÍQUOTA INTERNA - SAÍDA DA MERCADORIA DE ESTABELECIMENTO SITUADO EM OUTRO ESTADO - CONSUMIDOR FINAL - NEGÓCIO REALIZADO ATRAVÉS DA EMPRESA FILIAL. 1. **O ICMS** deve ser recolhido pela alíquota interna, no Estado onde saiu a

¹ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. – São Paulo: Malheiros, 2000, p. 706.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO CEARÁ

Comarca de Fortaleza

5ª Vara da Fazenda Pública

Rua Desembargador Floriano Benevides Magalhaes nº 220, Água Fria - CEP 60811-690, Fone: (85) 3492 8862, Fortaleza-CE - E-mail: for05fp@tjce.jus.br

mercadoria para o consumidor final, após a sua fatura, ainda que tenha sido negociada a venda em outro local, através da empresa filial. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido." (STJ – 2ª. Turma - AgRg no REsp 67025 / MG ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 1995/0026356-4 – Rel. Min. ELIANA CALMON, j: 23/05/2000, p: DJ 25.09.2000 p. 83) (gn)

Portanto, pelas disposições acima, a exigência de ICMS sobre os produtos remetidos ao Impetrante não se faz legítima.

Na realidade, o protocolo nº 21/2011 é mais uma tentativa dos estados signatários de terem uma parcela de arrecadação maior do imposto ICMS, em contra posição à imensa arrecadação da maioria dos centros de distribuição de mercadorias vinculados aos estabelecimentos virtuais, localizados nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais, que, frisa-se, não aderiram ao referido protocolo e não deixarão de arrecadar o ICMS, ao aplicarem a alíquota interna. Isto é a chamada guerra fiscal. Com isso, há a verdadeira bitributação do imposto estadual.

Quanto ao *periculum in mora*, entendo que, a não concessão desta liminar poderá causar sérios prejuízos a impetrante, principalmente no que tange a apreensão de seus bens até o pagamento do referido tributo.

Assim sendo, concedo parcialmente a medida liminar requerida, determinando à Autoridade Impetrada que se abstenha de exigir da Impetrante o diferencial de alíquota com base no Decreto nº 30.542/11, que regulamentou o protocolo nº 21/2011, sobre as mercadorias constantes do DANFE nº 1819, Série 5, acostado às fls. 20, e em futuras remessas de mercadorias ao território cearense, destinadas a consumidor final não-contribuinte do ICMS, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, IV, do CTN, até ulterior deliberação desse Juízo.

Notifique-se a autoridade coatora, de todo o conteúdo da petição

**PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO CEARÁ**

Comarca de Fortaleza

5ª Vara da Fazenda Pública

Rua Desembargador Floriano Benevides Magalhaes nº 220, Água Fria - CEP 60811-690, Fone: (85) 3492 8862, Fortaleza-CE - E-mail: for05fp@tjce.jus.br

inicial e documentos, para que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as suas informações, na forma do art. 7º, I, da Lei nº. 12.016/09.

Intime-se a Procuradoria-Geral do Estado do Ceará, enviando-lhe a cópia da inicial, para, querendo, ingressar no feito, conforme art. 7º, II, da Lei nº. 12.016/09.

Cumpra-se com urgência.

Exp. necessários.

Fortaleza, 25 de janeiro de 2012.

DRA. MARIA VILUBA FAUSTO LOPES
Juíza de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública