

Vistos etc.

Trata-se de Mandado de Segurança Individual, com pedido de liminar, impetrado pela empresa MEXICHEM BRASIL INDÚSTRIA DE TRANSFORMAÇÃO PLÁSTICA LTDA, contra ato supostamente ilegal praticado pelo Exmo. Sr Secretário de Estado da Fazenda e pelo Agente de Tributos Estaduais da SEFAZ/MT, consubstanciado na cobrança de ICMS sobre mercadorias (produtos, bens e serviços) que a empresa impetrante vende a consumidores finais (não contribuintes do tributo em questão) em aquisição, não presencial, situado no Estado de Mato Grosso.

A impetrante aduz que é empresa devidamente constituída, com sede na cidade de Joinville, Estado de Santa Catarina, voltada para a fabricação, e comercio de produtos de artefatos à base de material plástico, resina ou similares, obtidos em processo de extrusão, injeção, sopro, “vacuum forming modagem” ou qualquer outro, bem como produtos de materiais diversos, inclusive metálicos ou químicos em geral, que seja acessórios ou componentes relacionados com os produtos de sua fabricação, dentre outras atividades, previstas no contrato social em anexo e, nessa qualidade realiza vendas diretamente a consumidores finais não contribuintes do ICMS, localizados em vários Estados da Federação, incluindo este Estado e, sendo assim, quando efetuadas as vendas, recolhe, com base na alíquota interna, o ICMS no Estado de origem Santa Catarina, que inclusive, não é signatário do Protocolo 21/2011.

Prossegue aduzindo, que, com a edição do Protocolo 21, de 1º de Abril de 2011, do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, o Estado de Mato Grosso passou a cobrar um diferencial de alíquota de ICMS quando da entrada de mercadorias destinada a consumidor final, resultando em descarada bitributação, já que o imposto é exigido no Estado de origem, ofendendo diversos princípios constitucionais e tributários.

Assim, verbera a impetrante, a inconstitucionalidade e ilegalidade do Protocolo Nº 21 do CONFAZ, que, estaria incidindo em bitributação ao permitir exação de ICMS em mercadoria destinada à consumidor final, não contribuinte do tributo, na medida em que o imposto correspondente é exigido pelo Estado de origem, o que, afronta não só o Pacto Federativo, como, também, o artigo 155, § 2º, inciso VII, alínea “b”, art. 150, I, e IV, 146, I, 152 e 170, IV, todos, da Cártula Fundamental.

Alicerçada nesses argumentos, a empresa impetrante pugna pelo deferimento da liminar mandamental, apontando a ocorrência de ameaça atual, concreta, objetiva e evidente, para que, a autoridade coatora seja compelida a suspender a exigibilidade do ICMS, na modalidade prevista pelo Protocolo nº 21/2011 e pelo Decreto Estadual 312/2011, nas operações interestaduais realizadas pela Impetrante que destinem mercadorias ou bem a consumidor final localizado no Estado de Mato Grosso, cuja aquisição venha a ocorrer de forma não presencial, abstendo-se, de igual modo, de reter as mercadorias e bens objetos de venda por tais negociações à distancia. No mérito, pugna pela concessão da ordem, para que se ratifique o provimento liminar deferido, afastando definitivamente a exigência tributária em tela.

Completo seu arrazoado indicando a presença de requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pelo que requereu a concessão de liminar a fim de que lhe seja autorizado realizar operações de venda a pessoas físicas e jurídicas neste Estado, quando os consumidores finais não forem contribuintes, sem submeter-se ao pagamento do ICMS estabelecido no Protocolo nº 21, de 1º de Abril de 2011, do CONFAZ.

Documentos colacionados às fls. 37/108.

É o breve relatório.

Passo a decidir.

O mandado de segurança é instrumento que visa proteger direito subjetivo individual, líquido e certo, que deve ser comprovado documentalmente e de plano. O deferimento de medida liminar em mandado de segurança pressupõe a relevância do direito alegado (*fumus boni iuris*) e o risco associado à demora no julgamento do pedido (*periculum in mora*), a teor do que dispõe o art. 7º, inciso III, da Lei Federal nº 12.016/2009. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*:

**MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR – RISCO DE IRREVERSIBILIDADE PARA IMPETRANTE – AUSÊNCIA DE RISCO PARA O ESTADO.** Para a **CONCESSÃO** da LIMINAR devem concorrer os dois REQUISITOS legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido da inicial e a possibilidade de ocorrência de lesão irreparável ao direito da impetrante. Presentes os REQUISITOS da LIMINAR, justifica-se a **CONCESSÃO** da medida. A LIMINAR no MANDADO DE SEGURANÇA é condicionada (art. 7º, § 1º, da Lei 12.016/2009). Não possui caráter de tutela de urgência, mas objetiva viabilizar direito líquido e certo que, de outro modo, tornar-se-ia inviável, desde que haja fundamento relevante para tal suspensão. (TJMG. Agravo de Instrumento Cível nº 1.0433.09.36147-4/001, Rel. Des. Wander Marotta, DJ 02/03/2010).

In casu, compulsando os fatos alegados na inicial, constata-se a existência da fumaça do bom direito da impetrante, vez que, a partir de uma análise superficial dos dispositivos do Protocolo nº 21, de 1º de Abril de 2011, do CONFAZ, verifica-se que, na prática, poderá sim haver verdadeira bitributação do ICMS.

Explico:

O Protocolo em questão altera o regime de tributação nas vendas efetuadas de forma não presencial (pela internet e por telemarketing), de forma que os Estados e o Distrito Federal passam a dividir o ICMS, que era recolhido exclusivamente nas unidades da Federação de origem das mercadorias. Com a mudança, o referido imposto passará a ser repartido entre os Estados de origem e o do destino. Assim, constata-se que os Estados signatários do Protocolo em apreço exigem o recolhimento do ICMS na entrada de mercadorias adquiridas de forma não presencial, inclusive na hipótese de a operação ser precedente de Estado não signatário deste, configurando-se assim, o *fumus boni iuris*.

Impende anotar, que este Areópago, em diversos julgamentos, já reconheceu a ilegalidade da cobrança do ICMS nos moldes estabelecidos pelo Protocolo 21/2011. Aliás tanto este Protocolo, quanto o Decreto Estadual 312/2011, que regulamenta a matéria, são objetos de ADIn junto ao Supremo Tribunal Federal.

Também vislumbro o *periculum in mora*, no caso posto em pretório, já que a demora na concessão da medida liminar poderá acarretar à impetrante dano irreparável ou de difícil reparação, que se assenta, especialmente no receio da impetrante em ter obstada sua atividade comercial. Sendo assim, configurados os requisitos antecitados, outra opção não resta senão pelo acolhimento do pleito liminar formulado pela impetrante.

Por fim, ressalte-se que a circunstância do imposto ser ou não devido ao Estado de Mato Grosso, não guarda qualquer relação com a questão atinente à liberação ou não de produtos eventualmente apreendidos, segundo o entendimento encampado na Súmula 323 do Colendo Supremo Tribunal Federal, verbis: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.”

Por outro lado, não há que se falar em irreversibilidade da medida, mormente porque, caso seja denegada a segurança quando do julgamento final da presente ação mandamental, o Fisco Estadual tem à sua disposição os meios legais para exigir o pagamento do tributo devido pelo contribuinte.

Desta forma, presentes os requisitos ensejadores da liminar, é fundamental sua concessão respeitando-se assim os ditames Constitucionais e legais ligados à matéria.

Ante o exposto, DEFIRO PARCIALMENTE a liminar requerida, a fim de autorizar a impetrante a realizar operações de vendas a pessoa físicas e jurídicas deste Estado, sem submeter-se ao pagamento do ICMS estabelecido no Protocolo nº 21, de 1º de Abril de 2011, do CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária, ordenando, ainda, a imediata liberação de bens que, por ventura, estejam apreendidos com base na cobrança do mencionado imposto, até ulterior julgamento de mérito deste mandamus.

Notifiquem-se, com urgência, as autoridades apontadas como coatoras, dando-lhes conhecimento da decisão, para prestarem as informações que entenderem necessárias no prazo legal. Aos expedientes, juntem-se cópias desta decisão.

Cientifique o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando cópia da inicial, para que, querendo, ingresse no feito. Chegados os informes, ao Procurador Geral de Justiça para elaboração do opinativo.

Após, voltem-me conclusos para decisão de mérito.

Publique-se.

Notifique.

Cumpra-se.

Cuiabá, 22 de janeiro de 2014.

Dra. Maria Aparecida Ribeiro

Relatora