



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Tribunal Pleno
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -
Salvador/BA

Classe : Mandado de Segurança n.º 0001334-74.2011.8.05.0000
Foro de Origem :
Órgão : Tribunal Pleno
Relator(a) : Des. Antonio Pessoa Cardoso
Impetrante : B2w - Companhia Global do Varejo
Advogado :
Advogado :
Impetrado : Secretario da Fazenda do Estado da Bahia
Impetrado : Governador do Estado da Bahia
Interveniente : Estado da Bahia
Proc. Estado : Cinthya Viana Fingergurt

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. DECRETO Nº 12.534/2010 DO ESTADO DA BAHIA. ART. 352-B INTRODUIDO NO RICMS PARA FAZER INCIDIR O IMPOSTO EM COMERCIALIZAÇÃO REALIZADA VIA INTERNET OU TELEMARKEETING. LIMINAR CONCEDIDA. DILIGÊNCIA REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO INDEFERIDA. AGRAVOS REGIMENTAIS DO ESTADO DA BAHIA E DO PARQUET PREJUDICADOS, EM FACE DO JULGAMENTO DA AÇÃO. PARTES LEGÍTIMAS. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PLENO PARA APRECIÇÃO DO FEITO RECONHECIDA. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. IMPETRAÇÃO CONTRA ATO DE EFEITOS CONCRETOS. INTERESSE DE AGIR CONSTATADO. PRESENÇA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA E PROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. CRIAÇÃO DE HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS, COM AUMENTO DE CARGA TRIBUTÁRIA, POR ATO NORMATIVO ILEGÍTIMO. INOBSERVÂNCIA DE REGRAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, DISCIPLINADORES DO IMPOSTO. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STF. LIMINAR CONFIRMADA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de **MANDADO DE SEGURANÇA n.º 0001334-74.2011.8.05.0000-0, de Salvador, sendo Impetrante B2W – COMPANHIA GLOBAL DO VAREJO e Impetrados GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA E SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA.**

Acordam os Desembargadores componentes do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, na sua composição plenária, à unanimidade de votos, em **julgar**



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Tribunal Pleno
 5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -
 Salvador/BA

prejudicados os agravos regimentais, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, conceder a segurança, pelas razões a seguir expostas.

B2W – COMPANHIA GLOBAL DO VAREJO impetrou Mandado de Segurança Preventivo contra as autoridades indicadas, referente à cobrança de ICMS na entrada de mercadoria no Estado da Bahia, vinda de outro Estado da Federação, quando comercializada via internet ou telemarketing a não contribuinte do imposto.

Relata que atua no ramo de comércio varejista de bens de consumo e, sediada no Estado de São Paulo, realiza sua atividade principalmente por comércio eletrônico. Sempre recolheu o ICMS para o estado onde está localizada, conforme regramento constitucional e legal do imposto, vez que a venda da mercadoria é consumada por sua saída do estabelecimento do vendedor. Afirma surpresa com a nova hipótese de incidência do tributo, instituída pelo Decreto 12.534/2010, do Estado da Bahia, que introduz o art. 352-B no Regulamento do ICMS. Tal incidência é absurda, por inexistir a hipótese de “antecipação tributária” para a operação, pois os compradores são consumidores finais dos produtos e o imposto tem sua disciplina traçada pela Constituição Federal, especialmente no que se refere às operações interestaduais (art. 155, §2º, VII e VIII).

Em consonância com a Constituição Federal, nas operações interestaduais compete ao Estado de origem das mercadorias a exigência do imposto, cabendo ao Estado de destino o adicional de alíquota (diferença entre a interna e a interestadual) tão somente quando o consumidor final for também contribuinte, situação esta que não se enquadra na hipótese de comercialização da impetrante. Defende que o fato gerador se concretiza com a saída da mercadoria do estabelecimento remetente, nos termos da LC 87/96 (arts. 11 e 12) e a exigência ora impugnada é inconstitucional, viola a disciplina geral do ICMS, afronta os arts. 150, incisos I, III alínea “c” e V, e 152 da CF/88 e não possui fundamento na própria Lei Estadual nº 7.014/96. Pede liminar e, ao fim, a concessão da segurança, para sustar a aplicação do art. 352-B do RICMS/BA nas remessas de mercadorias feitas pela impetrante para consumidores finais não contribuintes do imposto no Estado da Bahia.

Liminar deferida, em decisão de fls. 68/69.

Informações do Secretário da Fazenda Estadual, às fls. 128/129, afirmando que não praticou ação ilegal, pois o ato normativo hostilizado emanou do Chefe do Executivo.

Às fls. 132/133, o Governador do Estado prestou informações, defendendo sua ilegitimidade passiva.

Intervenção do Estado da Bahia, às fls. 136/174. Suscita preliminares de: 1) ilegitimidade ativa, vez que a parte legítima seria o adquirente da mercadoria, consumidor final, de quem será cobrado o diferencial de alíquota não retido na origem; 2) ilegitimidade passiva, pois deveria ser acionado o funcionário responsável pela fiscalização de mercadorias em trânsito e, por conseguinte, o juízo competente seria o de uma das Varas de



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Tribunal Pleno
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -
Salvador/BA

Fazenda Pública; 3) ofensa ao princípio do juiz natural; 4) impetração contra lei em tese; 5) carência de ação, por falta de interesse de agir, vez que inexistente direito comprovado a ser amparado; 6) ausência de prova pré-constituída das alegações, e; 7) impropriedade da via eleita, por necessidade de dilação probatória.

No mérito, o Estado da Bahia aduz inexistência de direito líquido e certo, à medida que é incerta a natureza das transações realizadas pela impetrante. A cobrança é legal e não encontra óbice na Constituição Federal, considerando o princípio do federalismo, da territorialidade, sendo que a previsão do art. 155, §2º, alínea “b” trata da forma tradicional de compra e venda, com deslocamento físico do consumidor para outro estado da federação. Na hipótese dos autos, a aquisição do bem é feita no Estado do consumidor, através de estabelecimento físico da impetrante, que emite o pedido pela internet ao distribuidor, caracterizando uma operação interestadual, que afasta a incidência do art. 155, §2º, alínea “b” e justifica a repartição da receita advinda do ICMS. Alega que o decreto hostilizado apenas regulamenta a tributação por aquisição pela internet e não houve inovação na hipótese de incidência, de acordo com a Lei Estadual 7.014/96 (art. 8º, §4º, I, “b”) c/c RICMS/BA (art. 125, II, “a”, item 2) e LC 87/96 (art. 13).

Pede, assim, a denegação da segurança, caso ultrapassadas as preliminares.

Às fls. 186/193, agravo interno interposto pelo Estado da Bahia, contra a decisão que deferiu a liminar, ensejando manifestação da impetrante, às fls. 205/216.

Remetidos os autos à Procuradoria de Justiça, o Ilustre Procurador pugnou pela conversão do julgamento em diligência, para que fosse dado conhecimento à impetrante sobre as informações e defesa apresentadas (fls. 260/263).

Diligência indeferida, conforme decisão de fl. 265, agravada regimentalmente às fls. 370/377.

Encaminhados os autos novamente para o Procurador de Justiça, este pleiteia que seja conhecido e julgado seu agravo (fls. 381/383).

Entendendo que o feito se encontra pronto para julgamento, pedi sua inclusão em pauta.

É o relatório.

Inicialmente convém registrar que a apreciação dos agravos interpostos às fls. 186/193 e 370/377, pelo Estado da Bahia e pelo Procurador de Justiça, respectivamente, ficam prejudicados em face do julgamento da ação.

No ensejo, ratificamos o entendimento de ser descabida a conversão do julgamento em diligência quando se trata de ação de rito tão célere e peculiar como o mandado de segurança, sendo, por isso, indeferida a solicitação do D. Procurador de Justiça, sob pena de desvirtuar a natureza da ação. Foi este indeferimento que motivou o



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Tribunal Pleno
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -
Salvador/BA

agravo de fls. 370/377.

A despeito dos argumentos lançados nas peças apresentadas pelo Ilustre Representante do *parquet*, não se visualiza qualquer prejuízo à parte impetrante, considerando que a mesma teve conhecimento das alegações e defesas apresentadas pela parte adversa, tanto que se manifestou sobre o agravo interposto pelo Estado da Bahia, refutando as preliminares ali suscitadas. É o que se verifica às fls. 205/216.

Apesar de inexistir prejuízo às partes litigantes, o D. Procurador de Justiça insiste em não emitir parecer sobre o tema discutido na ação, acreditando ser necessário o julgamento do seu agravo regimental.

Como a Lei nº 12.016/2009, no § único do art. 12, permite ao magistrado julgar a ação com ou sem parecer do Ministério Público, traz-se o feito a julgamento, sem o opinativo do *parquet*.

Passemos à análise das preliminares suscitadas.

1) O Estado da Bahia argui inicialmente preliminar de ilegitimidade ativa. Segundo seu entendimento, a legitimidade seria do adquirente do produto, consumidor final, a quem compete pagar o imposto.

O Decreto hostilizado prevê que o recolhimento do imposto deva ser realizado pelo remetente do produto, aplicando a alíquota interna do Estado da Bahia, e devendo a guia de pagamento acompanhar o trânsito. O Decreto, portanto, determina que a mercadoria já é entregue no Estado com o imposto pago pela empresa vendedora.

A atuação da própria Administração Pública contraria a alegação de ilegitimidade, pois a empresa impetrante tem sido notificada e autuada, com ameaças de retenção de mercadoria, tudo para exigir-lhe o ICMS sobre os produtos que entram no Estado. É o que demonstra toda a documentação juntada depois de proferida liminar na ação.

Indiscutível, por conseguinte, que a impetrante sofre diretamente os efeitos da exigência tributária, restando evidente sua legitimidade para propor a demanda.

Rejeita-se a preliminar.

2) Melhor sorte não tem a preliminar de ilegitimidade passiva, que, na argumentação de defesa, seria do funcionário responsável pela fiscalização de mercadorias em trânsito.

Não há como acolher tal alegação, considerando o fato de que o agente de fiscalização exerce atividade vinculada e é mero aplicador da norma referente ao ICMS; caso descumpra seu dever de observar os ditames advindos de autoridade superior responderá administrativamente ou poderá ser enquadrado em crime de prevaricação ou



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Tribunal Pleno
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -
Salvador/BA

outro contra a Administração Pública.

A situação sugerida pela defesa também não impediria a exigência do imposto, pela Secretaria da Fazenda, em momento posterior à entrada da mercadoria no Estado.

Por outro lado, como bem asseverou a impetrante, sua pretensão não é tão somente permitir a circulação das mercadorias no território baiano, mas afastar a própria aplicação do impugnado, art. 352-B do RICMS/BA, por considerá-lo inconstitucional. E, como visto, o funcionário indicado não tem poder para afastar ou anular a incidência da regra normativa, de sorte que não há como rejeitar a legitimidade passiva das autoridades indicadas coatoras.

O Decreto é de autoria do Governador do Estado, que está apontado como impetrado. Consequentemente, não há que se cogitar de competência de uma das Varas da Fazenda Pública, restando caracterizada a competência originária deste Tribunal de Justiça, em face da permanência das autoridades no pólo passivo da demanda.

Rejeita-se, assim, a preliminar.

3) Pelos mesmos motivos expostos acima, não pode ser acolhida a preliminar de ofensa ao princípio do juiz natural. A aceitação das autoridades indicadas pela impetrante, como coatoras, permite o julgamento da ação pelo Plenário desta Corte de Justiça.

Preliminar rejeitada.

4) O Estado da Bahia também suscita preliminar de cabimento de mandado de segurança contra lei em tese. Não é o que se visualiza nos autos.

Admite-se impetração preventiva, antes da entrada em vigor de norma considerada abusiva, e antes da concretização dos efeitos dessa norma, a fim de evitar prejuízos iminentes. E nada impede o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei, por meio do controle difuso de constitucionalidade, em ação mandamental, para proteger direito líquido e certo.

Destarte, cabível o manejo do *writ*, sendo conveniente destacar que a alegação de que não foram comprovados os efeitos concretos do ato normativo é contrariada pelos documentos dos autos, que se referem às notificações lançadas contra a impetrante e exigem o recolhimento do imposto, depois de a nova regra ter entrado em vigor. Evidenciado, portanto, que a ameaça era concreta, justificando a impetração.

Preliminar rejeitada.

5) Inacolhível a alegada carência de ação, por falta de interesse processual.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Tribunal Pleno
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -
Salvador/BA

O estatuto social da empresa revela que um de seus objetivos é a comercialização de produtos, via internet e telemarketing, entre outros meios, sendo que o art. 352-B do Regulamento do ICMS na Bahia, introduzido pelo Decreto 12.534/2010, estabelece a cobrança do imposto exatamente para estes tipos de transações comerciais (internet e telemarketing).

Como a cobrança entrou em vigor depois da data de ajuizamento da ação, cuja natureza era preventiva, não teria porque exigir da impetrante apresentação, com a inicial, de documentos comprobatórios de vendas pela internet.

Destarte, a documentação juntada à exordial é suficiente para caracterizar o interesse de a impetrante obter uma resposta judicial, diante de exigência fiscal, no seu entender, ilegítima, e que se consumaria em breve.

Ademais, como referido anteriormente, as notificações lançadas contra a empresa, em momento posterior à impetração, evidenciam claramente a existência do interesse e fazem cair por terra o argumento do Estado da Bahia.

Nota-se, também, que a arguição está exposta de forma a confundir interesse de agir com existência do direito líquido e certo, mesclando questão processual com o mérito propriamente dito da demanda, que será apreciado mais adiante.

Rejeita-se a preliminar.

6) Também não merece acolhida a alegação de ausência de prova pré-constituída.

O Estado da Bahia aduz, ainda em sede de preliminar, que a impetrante deveria ter juntado notas de faturamento dos pedidos realizados via *website* ou dos contratos de compra e venda que justificam a exigência do imposto.

Como dito acima, entendemos ser desnecessária a juntada dos documentos referidos pelo Estado da Bahia, para descartar a hipótese de transações efetivadas por lojas físicas da impetrante, localizadas neste Estado. Ora, restou evidenciada que a impetrante comercializa produtos pela internet e telemarketing, conforme estatuto social, e a irresignação se volta exclusivamente para este tipo de transação.

Não há que se cogitar, portanto, de ausência de prova pré-constituída no presente caso, devendo ser ressaltado que a fiscalização identifica o tipo de transação quando da entrada da mercadoria no território baiano, tanto que efetivou cobrança do imposto, aplicando a norma hostilizada, conforme se depreende dos termos de ocorrências fiscais e notificações lançadas contra a impetrante, com especificação na descrição dos fatos; situação que evidentemente exclui transações outras sugeridas pelo Estado da Bahia.

Convém ressaltar que está demonstrado nos autos que a impetrante não tem relação jurídica com as denominadas Lojas Americanas S.A., situadas no Estado, tratando-



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Tribunal Pleno
 5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -
 Salvador/BA

se, em verdade, de empresas autônomas e independentes.

Preliminar rejeitada.

7) Por fim, o Estado da Bahia suscita preliminar de impropriedade da via eleita, por necessidade de dilação probatória.

Tudo o que fora exposto até o momento se presta para fundamentar a rejeição também desta preliminar.

A ação mandamental é o mecanismo judicial cabível para o enfrentamento de ato ou omissão de autoridade, que, ao ferir direito líquido e certo, gere prejuízo para o administrado.

In casu, a impugnação à exigência fiscal perpetrada pelas autoridades, apontada como ilegítima, torna admissível o manejo da presente ação.

A exposição contida na inicial e a documentação juntada aos autos dispensa a produção de outras provas e demonstra que o deslinde da causa pode ser alcançado por decisão proferida em mandado de segurança. A ação é, portanto, adequada e não há motivo para indeferir a inicial.

A averiguação da existência ou não do direito líquido e certo está diretamente relacionada ao mérito da causa, e com ele deve ser decidido.

Rejeita-se, assim, a preliminar.

- MÉRITO.

No mérito, entendemos que a segurança deva ser concedida.

A Constituição Federal traz em seu corpo a regra matriz para cobrança do ICMS. Quando a operação envolve remetente de bens e destinatário localizados em Estados diversos da federação, o §2º, incisos VII e VIII, do art. 155 da CF/88, dispõe que:

Art. 155. Omissis

§ 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;*

VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Tribunal Pleno
 5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -
 Salvador/BA

A empresa impetrante realiza suas vendas a partir do Estado de São Paulo, sendo que as operações são concretizadas via internet e telemarketing e os bens remetidos para os vários Estados do País.

Em conformidade com a disciplina constitucional, ao realizar venda para pessoa física ou jurídica não contribuinte do imposto e destinar o bem para unidade federativa, diversa da sua localização, a impetrante sempre recolheu o ICMS para o Estado de São Paulo, com incidência da alíquota interna, nos termos da alínea “b” acima reproduzida.

Visando minorar as perdas econômicas para o Estado da Bahia, em face do rápido aumento das comercializações efetivadas pela internet e considerando que as empresas vendedoras estão situadas, em sua maioria, fora do território baiano, o Governador do Estado procedeu a alterações no Regulamento do ICMS, por meio de Decreto datado de dezembro de 2010 (Decreto nº 12.534), ampliando a incidência do imposto, para alcançar também essas operações, ainda que o adquirente do bem não seja contribuinte do tributo. Ampliação esta que extrapola a orientação traçada pela Constituição Federal, pois só há imposto a recolher para o Estado do Bahia quando se trata de adquirente contribuinte, com recolhimento da alíquota interestadual na origem e a diferença de alíquotas prevista no inciso VIII, §2º do art. 155 da CF, para o Estado do destinatário.

Vejamos a alteração introduzida pelo referido Decreto:

“Art. 2º - Ficam acrescentados ao Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, os seguintes dispositivos:

(...)

III - o art. 352-B, produzindo efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2011:

‘Art. 352-B - Nas aquisições via internet ou por serviço de telemarketing efetuadas neste Estado por pessoa jurídica não inscrita no CAD-ICMS ou por pessoa física, quando a remessa partir de outra unidade da Federação, o remetente deverá recolher, antes da entrada no território deste Estado, ICMS devido por antecipação tributária, aplicando a alíquota prevista nas operações internas e admitindo-se como crédito fiscal sobre o valor da operação uma das seguintes alíquotas:

I - 7% (sete por cento) para mercadorias ou bens provenientes das Regiões Sul e Sudeste, exceto Espírito Santo;

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

§ 1º - Para recolhimento do ICMS devido ao Estado da Bahia, nos termos deste artigo, será utilizada a Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), que deverá acompanhar o trânsito, caso o remetente não possua inscrição de contribuinte neste Estado.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Tribunal Pleno
 5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -
 Salvador/BA

§ 2º - Quando o remetente ou o transportador não recolher o imposto, o destinatário da mercadoria ou bem, a seu critério, poderá assumir a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, cujo pagamento será feito através de DAE. ;”

Note-se que a regra instituída pela autoridade coatora destoa flagrantemente da regra constitucional, uma vez que esta estabelece imposto a recolher para o Estado de destino da mercadoria somente quando o adquirente for contribuinte.

Como bem advertiu a impetrante, ainda que se pretenda alegar que o fato gerador do imposto em transações efetivadas pela internet ou telemarketing se dê com a entrada da mercadoria no Estado da Bahia, é certo que a previsão contida na Lei Complementar 87/96, em observância ao art. 155, §2º, inciso XII, alínea “d” da CF, direciona para sentido diverso. Dispõe a LC no art. 11, inciso I, “a” c/c art. 12, I, que:

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

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

a) o do estabelecimento onde se encontre, no momento da ocorrência do fato gerador;

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

A exação pretendida pelo impetrado infringe também o art. 152 da CF, ao estabelecer tratamento diferenciado para bem, em razão da procedência, e limita de forma desautorizada o tráfego de mercadorias, contrariando, assim, a vedação inserta no art. 150, V da Magna Carta. Além disso, a nova incidência do imposto, com aumento de carga tributária, foi instituída por decreto, em evidente afronta ao princípio da legalidade (art. 150, I, da CF) e inobservância da competência reservada ao Senado Federal (art. 155, §2º, inciso IV da CF).

O Estado da Bahia tenta justificar a exigência com a argumentação de que a impetrante possui filial em território baiano e que as vendas por ela realizadas justificam a incidência do imposto. Ora, como visto na análise das preliminares, a impetrante é empresa diversa da denominada Lojas Americanas S/A e o objeto da irrisignação da autora se restringe à cobrança fiscal nas comercializações realizadas pela internet e telemarketing, quando o bem é vendido a destinatário não contribuinte do imposto, localizado na Bahia. A comercialização por outros meios é, portanto, irrelevante para o julgamento do feito.

Ressalte-se que a situação de venda pela internet ou telemarketing é identificada nos postos de fiscalização, tanto que houve apreensão de mercadorias e lavraturas de notificações fiscais, visando a cobrança em questão, com enquadramento das hipóteses exatamente no hostilizado art. 352-B do RICMS, aprovado pelo Decreto 12.534/2010.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Tribunal Pleno
 5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -
 Salvador/BA

O fato é que o aumento considerável do comércio eletrônico, sem os necessários ajustes e adequações na regra matriz do ICMS (Constituição Federal), está causando prejuízos na arrecadação dos chamados Estados consumidores; mas, a ausência de repartição justa e constitucionalmente disciplinada da receita entre Estado fornecedor e Estado consumidor não pode motivar a edição de atos normativos ilegítimos e inconstitucionais, a exemplo do Decreto aqui analisado.

Ações portadoras de discussões análogas estão passando pelo crivo do Supremo Tribunal Federal, que, em sessão plenária datada de 07.04.2011, concedeu o pedido da Medida Cautelar na ADIn nº 4.565, suspendendo os efeitos da Lei 6.041/2010, do Estado do Piauí. A decisão foi assim ementada:

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.”



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Tribunal Pleno
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -
Salvador/BA

Destarte, na esteira do entendimento já pontilhado pelo Supremo Tribunal Federal e por todo o exposto, voto para julgar prejudicados os agravos regimentais, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, conceder a segurança, garantindo à impetrante não se sujeitar ao art. 352-B do RICMS/BA, no que tange à remessa de mercadoria ao Estado da Bahia, adquirida via internet ou telemarketing por consumidor não contribuinte do imposto. Custas *ex legis*; sem honorários advocatícios.

Sala das sessões, ____ / ____ / ____.

DES. PRESIDENTE

**DES. ANTONIO PESSOA CARDOSO
RELATOR**

PROCURADOR(A) DE JUSTIÇA