

Superior Tribunal de Justiça

AgRg na SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 2.450 - BA
(2011/0040996-7)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

O agravo regimental ataca a seguinte decisão, *in verbis*:

"1. Os autos dão conta de que Fast Shop Comercial S/A impetrou mandado de segurança preventivo, com pedido de medida liminar, contra ato do Secretário da Fazenda do Estado da Bahia, visando afastar a incidência do Decreto Estadual nº 12.354, de 2010, que estabeleceu 'nova sistemática a ser aplicada sobre as operações interestaduais a partir de 1º de fevereiro de 2011. No caso de venda de mercadoria diretamente a consumidor localizado na Bahia, por qualquer alienante situado fora do Estado, deverá ser recolhido o ICMS para o fisco baiano, calculado pela alíquota interna, antes da entrada do produto no Estado' (fl. 32).

A relatora, Juíza Convocada Lisbete Teixeira Almeida César Santos, deferiu a medida liminar à base da seguinte fundamentação:

'... vislumbra-se, na espécie, a relevância da fundamentação esposada pela impetrante, pois de fato, o decreto estadual, que incide a cobrança do ICMS, nas mercadorias compradas pelo consumidor final fora do Estado da Bahia, não só impõe uma prestação pecuniária sem espécie normativa de lei em sentido formal, como também, inova na incidência de fato gerador para a cobrança do ICMS. Explico melhor.

A Constituição Federal delimita a competência tributária dos entes federativos, sob o qual a regra estipulada no art. 155, § 2º, VII é evidente quando se refere às operações estaduais...

.....

Ora, o texto constitucional é claro quando delimita a tributação no caso de operação interestadual destinada a consumidor final, ou seja, a não contribuinte do ICMS, em que só se aplica uma vez a alíquota interna, a ser recolhida no estado de origem da operação. Ademais, com o advento da Lei Complementar 87/96, o assunto foi devidamente regulamentado...

Superior Tribunal de Justiça

.....

Assim, conforme disposição constitucional, em caso de venda de mercadoria destinada a consumidor final em Estado diverso do vendedor, este deverá recolher unicamente o ICMS ao Estado de origem, ao local onde se gerou o fato gerador, o local onde se deu saída ao bem, calculado pela alíquota interna do Estado de origem.

O grande problema, de fato, para o ente fiscal é que quando as vendas eram realizadas por lojas, ainda que a indústria fosse fora do Estado, os Estados e os consumidores nos quais estavam situados os estabelecimentos comerciais, era quem recebiam parcela significativa do ICMS. E a grande questão aqui é que as vendas virtuais, no caso da impetrante, o imposto na operação realizada diretamente como o consumidor final é devido aos estados que estão localizados os centros de distribuição, dos quais saem as mercadorias fisicamente.

Ora, se estas instituições vendedoras, pagam o imposto no local do fato gerador e se passam a pagar também quando chega a mercadoria em outro Estado para entrega ao consumidor final, eles estariam a pagar em duplicidade, o mesmo imposto, pois pagariam na origem e no destino, além de se submeterem as fiscalizações nos postos fiscais de barreira, repercutindo em atraso na entrega de mercadoria, ou até mesmo, em ter mercadorias apreendidas. O fato é, a legislação constitucional vigente, não deixa dúvidas, em que o imposto do ICMS, nestes casos, é devido ao Estado de origem, ao local do fato gerador.

.....

Quanto ao periculum in mora, está robustamente caracterizado, sendo imprescindível a concessão liminar da segurança postulada no sentido de garantir a impetrante a suspensão de imediato a exigibilidade do ICMS, na modalidade prevista no artigo 352-B do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, com redação dada pelo Decreto Estadual nº 12.354/2010 e que a autoridade coatora se abstenha de praticar qualquer ato tendente ao lançamento deste crédito, inclusive exigência de tributo na fronteira ou retenção de mercadorias.

Ante o exposto, DEFIRO, liminarmente, a segurança postulada, determinando ao impetrado que se abstenha a proceder a exigibilidade do ICMS, na modalidade prevista no artigo 352-B do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, com redação dada pelo Decreto Estadual nº 12.354/2010' (fl.

Superior Tribunal de Justiça

96/99).

2. Daí o presente pedido de suspensão, articulado pelo Estado da Bahia, em que se alega grave lesão à ordem e à economia públicas.

Lê-se na petição inicial:

'... são inegáveis os prejuízos advindos na arrecadação do ICMS do Estado no montante de R\$ 82.947.831,12 (oitenta e dois milhões, novecentos e quarenta e sete mil, oitocentos e trinta e um reais e doze centavos), conforme levantamento minucioso realizado pela Diretoria de Planejamento e Fiscalização da Secretaria da Fazenda Estadual.

Urge ao Estado obter a suspensão da liminar vergastada, como forma de se evitar o 'efeito multiplicador' da decisão hostilizada, uma vez que esta e outras companhias do setor estão desrespeitando a legislação tributária, ao deixar de recolher o ICMS mesmo quando estabelecida neste Estado, ofendendo princípio do federalismo, da territorialidade, da legalidade e da boa-fé. Por consequência, causando prejuízos econômicos e sociais ao requerente.

Em contrapartida, o Estado, que já se encontra em região menos favorecida economicamente na Federação, encontra obstáculo para viabilizar programas sociais e de infraestrutura, diante da perda de arrecadação anual no valor de cerca de 83 milhões de reais, de acordo com o levantamento sobre o impacto na arrecadação em anexo.

No caso in lide, o Fisco Estadual é o maior prejudicado com o deferimento da liminar suspendendo os efeitos da decisão agravada. Ao suspender os efeitos do Decreto, o Estado ficará com o equilíbrio de suas contas afetados, com a perda iminente de receita do ICMS, em virtude da decisão guerreada.

.....

Com efeito (...) os reflexos daí decorrentes são graves para a economia e finanças do Estado, bem como do aspecto social, deixando de utilizar este recurso na persecução de seus fins, com uma queda brusca na arrecadação.

Pois bem, a liminar concedida pelo Tribunal local à requerida, além de comprometer a economia pública, também fere o princípio da isonomia, garantido aos contribuintes (art. 150, inciso II, CF/88), na medida em que se privilegia segmento do comércio eletrônico em detrimento de outro, que passa a atuar com carga tributária maior; deste modo, outras

Superior Tribunal de Justiça

companhias na mesma situação estariam em situação de desvantagem (art. 170, inciso IV, CF/88)' (fl. 08/09).

3. A espécie é um dos tantos litígios comuns no cenário forense a respeito de tributos. A suspensão da segurança, nesses casos, passa, sim, pelo exame do mérito da controvérsia. Sendo indúvidoso o crédito fiscal, o pedido deve ser deferido. Não é este o caso, em que o tema, pelo menos, é controverso.

Indefiro, por isso, o pedido" (fl. 107/109).

A teor das razões:

"A decisão do Ministro Ari Pargendler na SS 2450 de que trata o presente caso foi no sentido de que o crédito fiscal não se revela indúvidoso.

Entretanto, apenas à guisa de esclarecimentos, mais recentemente, o Estado obteve suspensões de duas liminares nos processos nº 0002695-29.2011.8050000-0, em face de Pontofrio.com Comércio Eletrônico S/A, e processo nº 0002758-54.2011.805.0000-0, em face de Bud Comércio de Eletrodomésticos Ltda. e Whirlpool Eletrodomésticos AM S/A, ambos deferidos no dia 16/03/11, e publicados no dia 21/03/11, conforme decisões em anexo que demonstram que a controvérsia da matéria é apenas superficial.

A Impetrante, Fast Shop, expõe o crédito tributário ao risco da insolvência do devedor, ao mesmo tempo que obtém uma odiosa vantagem em relação aos demais contribuintes, ferindo, inclusive, o princípio da livre concorrência, obtendo uma espécie de benefício fiscal pela via judicial, quando, como se sabe, trata-se de matéria reservada a lei, motivo pelo qual a r. decisão liminar fustigada na SS 2450, data maxima venia, contraria o disposto no art. 2º da Carta Magna.

Muito embora a empresa possua loja física instalada no Estado da Bahia, a empresa interpôs o mandado de segurança por considerar indevida a tributação do comércio eletrônico de forma generalizada.

A empresa realiza, de fato, vendas de mercadorias em sua loja, com o pagamento na loja física, que, quando tem o produto no seu estoque, solicita de outra unidade da federação, para entrega, ora na própria loja, ora direto ao consumidor, ora na própria loja, comunicando posteriormente ao consumidor.

Como a empresa tem cadastro entre os contribuintes do ICMS neste Estado, realiza corriqueiramente vendas com a

Superior Tribunal de Justiça

emissão de nota fiscal de compra, ou como simples notas de faturamento de pedido, para aquelas mercadorias não encontradas no estoque da Companhia.

Todavia, esta diferenciação não foi trazida pelo contribuinte, alegando ofensa a direito líquido e certo sem mostrar com a clareza necessária da natureza de suas operações, que, certamente, não visa apenas mostrar produtos em uma vitrine - situação que não justificaria sua inscrição estadual como contribuinte do ICMS. Ao assim agir, há ofensa ao art. 6º da Lei 12.014/09, porque o direito não apresenta nem líquido, nem certo" (fl. 119/120).

"Nessa hipótese, considerado o site como extensão do estabelecimento físico, quando mercadoria é comprada na loja física, com registro no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, através do site da empresa, não há razão para afastar a aplicação do art. 11, inciso I, alínea 'c' da Lei Complementar nº 87/96. Razão pela qual não cabe falar em ausência de lei sobre a matéria, pois este dispositivo foi recepcionado pelo art. 8º, § 4º, inciso I, alínea 'b' da Lei Estadual do ICMS nº 7.014/96 e o art. 2º, IV, § 1º, VI e art. 125, II, 'a', item 2 do Regulamento do ICMS (Decreto 6.284/97), bem como no inciso VII do art. 155, § 2º da Carta Magna Constitucional, demonstrada a plausibilidade do direito.

Da mesma forma, o inciso IV do art. 12 da LC nº 87/96 reforça a questão ao considerar ocorrido o fato gerador no momento da transmissão de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente - o que acontece quando o consumidor vai até a loja física e compra a mercadoria, regulamentado pelo Decreto Estadual que regulamentou a matéria (Decreto nº 12.354/2010). Neste aspecto, o TJBA também contraria o princípio do federalismo e da territorialidade.

Forçoso concluir, portanto, que dentre as atividades realizadas pela Companhia, ocorrem também vendas internas, como entrega imediata ou diferida. Na primeira modalidade de venda, há a solicitação do bem a outro estabelecimento - mas a transmissão da propriedade já se perfez (com a compra na loja física na Bahia), ocorrendo o fato imponível. Contudo, esta última está sendo tratada equivocadamente pela Companhia como vendas diretas ao consumidor, como se fosse mera intermediária entre o fornecedor e o consumidor" (fl. 120/121).

"A existência de loja física no Estado consumidor evidencia a existência de operação em outro estabelecimento, travestida em venda direta ao consumidor; o que encontra obstáculo no parágrafo único do art. 116 do CTN, e ainda contraria o princípio da boa-fé.

Superior Tribunal de Justiça

Nesse contexto, o Estado da Bahia ao alterar o Regulamento do ICMS/BA, através do Decreto Estadual n. 12.534, de 23 de dezembro de 2010, que introduziu o art. 352-B tenta regulamentar a situação já encontra amparo nos princípios claros e racionais e na legislação federal vigente. Deste modo, o Decreto acima visa unicamente disciplinar a cobrança do ICMS incidente nas aquisições interestaduais efetuadas pelo consumidor baiano, através da internet ou serviço de telemarketing, adotando a mesma sistemática aplicável às vendas interestaduais realizadas por empresa não inscrita no território baiano, o ICMS correspondente à aplicação da alíquota interna do Estado da Bahia, deduzindo-se o crédito correspondente à alíquota interestadual.

Sem esta ferramenta legal, o Estado da Bahia tem o grave risco de deixar de recolher o ICMS nas vendas internas, realizadas por estabelecimento da mesma empresa, deixando de tributar a operação realizada pelas lojas físicas existentes neste Estado, como se suas lojas fossem meros catálogos de produtos, sem qualquer obrigação fiscal!" (fl. 121/122).

"É inegável os prejuízos advindos na arrecadação do ICMS do Estado no montante de R\$ 82.947.831,12 (oitenta e dois milhões, novecentos e quarenta e sete mil, oitocentos e trinta e um reais e doze centavos), conforme levantamento minucioso realizado pela Diretoria de Planejamento e Fiscalização da Secretaria da Fazenda Estadual" (fl. 122).

"

Superior Tribunal de Justiça

AgRg na SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 2.450 - BA
(2011/0040996-7)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

O Estado da Bahia pediu a suspensão da medida liminar deferida no mandado de segurança impetrado por Fast Shop Comercial S/A, determinando que o requerente se abstenha de exigir o ICMS, na modalidade prevista no artigo 352-B do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, com a redação dada pelo Decreto Estadual nº 12.354, de 2010.

A relatora do mandado de segurança vislumbrou na espécie a relevância da fundamentação, "pois, de fato, o decreto estadual, que incide a cobrança do ICMS, nas mercadorias compradas pelo consumidor final fora do Estado da Bahia, não só impõe uma prestação pecuniária sem espécie normativa de lei em sentido formal, como também, inova na incidência de fato gerador para a cobrança do ICMS" (fl. 96).

"O grande problema" - lê-se na decisão impugnada - "para o ente fiscal é que quando as vendas eram realizadas por lojas, ainda que a indústria fosse fora do Estado, os Estados e os consumidores nos quais estavam situados os estabelecimentos comerciais, era quem recebiam parcela significativa do ICMS. E a grande questão aqui é que as vendas virtuais, no caso da impetrante, o imposto na operação realizada diretamente como o consumidor final é devido aos estados que estão localizados os centros de distribuição, dos quais saem as mercadorias fisicamente.

Ora, se estas instituições vendedoras, pagam o imposto no local do fato gerador e se passam a pagar também quando chega a mercadoria em outro Estado para entrega ao consumidor final, eles estariam a pagar em duplicidade, o mesmo imposto, pois pagariam na origem e no destino, além de se submeterem as fiscalizações nos postos fiscais de barreira, repercutindo em atraso na entrega de mercadoria, ou até mesmo, em ter mercadorias apreendidas. O fato é, a legislação constitucional vigente, não deixa dúvidas, em que o imposto do ICMS, nestes casos, é devido ao Estado de origem, ao local do fato gerador" (fl. 97).

Tal como dito na decisão agravada, a espécie é um dos tantos litígios comuns no cenário forense a respeito de tributos. A suspensão da segurança, nesses casos, passa, sim, pelo exame do mérito da controvérsia. Sendo indubitoso

Superior Tribunal de Justiça

o crédito fiscal, o pedido deve ser deferido. Não é este o caso, em que o tema, pelo menos, é controverso.

Voto, por isso, no sentido de negar provimento ao agravo regimental.

