

TURMA DE CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
AGRAVO REGIMENTAL Nº 86903/2012 - CLASSE CNJ - 206 - COMARCA CAPITAL

AGRAVANTE: RM HOSPITALAR LTDA.

AGRAVADO: ESTADO DE MATO GROSSO

Número do Protocolo: 86903/2012

Data de Julgamento: 02-08-2012

E M E N T A

AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO QUE INDEFERE LIMINAR
EM MANDADO DE SEGURANÇA – AUSÊNCIA DO *FUMUS BONI IURIS* -
RECURSO IMPROVIDO.

Não havendo demonstração, de plano, do *fumus boni iuris*, não há
falar-se em modificação da decisão que indeferiu tal liminar em mandado de
segurança, via agravo regimental.

**TURMA DE CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
AGRAVO REGIMENTAL Nº 86903/2012 - CLASSE CNJ - 206 - COMARCA CAPITAL**

AGRAVANTE: RM HOSPITALAR LTDA.

AGRAVADO: ESTADO DE MATO GROSSO

R E L A T Ó R I O

EXMO. SR. DES. JOSÉ SILVÉRIO GOMES

Egrégia Turma:

Cuida-se de AGRVO REGIMENTAL contra decisão que indeferiu liminar em mandado de segurança, no qual busca a agravante, suspender a eficácia do Protocolo ICMS 21/2011 CONFAZ, e do Decreto nº 312/2011, afastando, ainda, a possibilidade de apreensão e depósito de mercadorias, exigência de pagamento de diferença de parcela de ICMS ou qualquer outra imposição pecuniária com base no Protocolo e Decreto acima citados.

Aduz, que o entendimento do *decisum* não se coaduna com os fundamentos da impetração, especialmente a evidência de que os atos vergastados produzem resultados lesivos, e a demora da proteção jurisdicional implica ainda em maiores e irreparáveis prejuízos ou de difícil e improvável reparabilidade se o direito pleiteado só for completamente protegido pela segurança definitiva, que ainda muito demorará em decorrência da regular tramitação processual.

Alega, que o fato do postulado ter natureza preventiva, não é motivo sustentável para a denegação da liminar protetiva, sobretudo porque é seu direito obter a medida cautelar de modo preventivo quando há justo receio de sofrer violação de seu direito líquido e certo, frisando, ainda, que todos os requisitos exigidos para a concessão da liminar foram demonstrados.

Requer, assim, a reforma da decisão recorrida.

É o relatório.

Colocar em mesa para julgamento.

Cuiabá, 27 de julho de 2012.

Des. JOSÉ SILVÉRIO GOMES
Relator

**TURMA DE CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
AGRAVOREGIMENTAL Nº 86903/2012 - CLASSE CNJ - 206 - COMARCA CAPITAL**

V O T O

EXMO. SR. DES. JOSÉ SILVÉRIO GOMES (RELATOR)

Egrégia Turma:

Ao indeferir a liminar no mandado de segurança, fundamentei a decisão nos seguintes termos:

“Busca a impetrante, nesta oportunidade:

"b. De acordo com o inciso III do art. 7º da nº 12.016/2009, plasmados os relevantes fundamentos, a concessão de adequada decisão liminar assecuratória de tutela cautelar inaudita altera parte e sem o facultativo caucionamento para imediatamente determinar a suspensão da eficácia do Protocolo ICMS 21/2011 CONFAZ e do Decreto nº 312/2011, de lavra, ordem e execução das autoridades impetradas, com extensão aos seus agentes fiscais subordinados, como medida necessária e indispensável a obstar a continuidade de violação de direitos constitucionais e infraconstitucionais da impetrante até o julgamento do mérito desta mandamental, posto que se ao revés for conferida só ao final restará a ineficácia da tutela definitiva pretendida;

c. Também liminarmente seja mandado às autoridades nominadas coatoras e aos agentes fiscais executores de suas ordens, que abstenham-se de praticar quaisquer outros atos administrativos tendentes a suprimir ou embaraçar direitos líquidos e certos da impetrante em exercer quaisquer direitos relacionados à regular remessa de mercadorias a pessoas jurídicas de direito público e privado consumidores finais destinatárias de seus produtos domiciliadas no território do Estado de Mato Grosso, afastando-se a possibilidade de apreensão e depósito de mercadorias, exigência de pagamento de diferença de parcela de ICMS ou qualquer outra imposição pecuniária com base no Protocolo ICMS 21/2011 CONFAZ e, especialmente, no Decreto nº 312/2011, que trata do art. 598-Z-5 do Decreto nº 1.944/1989 (RICMS), como condição para a transposição de mercadorias pela fronteira estadual destinadas a consumidores da autora sediados nessa unidade da federação, sob pena de cominação de multa diária fixada com base no § 4º do art.

TURMA DE CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
AGRAVOREGIMENTAL Nº 86903/2012 - CLASSE CNJ - 206 - COMARCA CAPITAL

461 do Código de Processo Civil;" (fl.28)

Alega, que é estabelecida no Estado de Goiás, e tem como objeto social e econômico a distribuição de medicamentos e materiais hospitalares, e que fornece suas mercadorias a diversos consumidores sediados no Estado de Mato Grosso, especialmente órgãos da Administração Pública e Hospitais e clínicas privadas.

Aduz, que em virtude do Decreto nº 312/2011, passou a sofrer apreensão de suas mercadorias nos postos fiscais do Estado de Mato Grosso.

Registra, que seus negócios com a Administração Público deste Estado, decorrentes de processo de licitação, implicam em contratos de fornecimentos futuros com remessas mensais entabuladas para até 31.12.2012, cuja composição de preços não previu a cobrança de parcelas de ICMS exigidas pelo malgrado Decreto nº 312/2011, vez que estava acobertada desde 2009 contra a exigibilidade de parcela complementar de ICMS nas operações destinadas a consumidores finais domiciliados no Estado de Mato Grosso por decisão liminar concedida por esta Corte no mandado de segurança nº 96683/2009, o qual já foi julgado, sendo concedida a ordem definitiva face ao fustigado Decreto nº 2.033/2009, que introduziu o art. 216-M-1 ao Decreto nº 1.944/1989

Em virtude disso, insurge-se a impetrante contra o Decreto Estadual 312/2011, que institui a incidência do ICMS às mercadoria compradas de forma não presencial no Estado de Mato Grosso.

Pontua, que no modo pelo qual o tributo está sendo cobrado, verificam-se ofensas a preceitos da Constituição Federal, em flagrante afronta ao pacto federativo e ao livre trânsito de mercadorias e pessoas.

Frisa, também, que tanto o Protocolo 21 quanto o Decreto Estadual 312, inovaram o ordenamento jurídico pátrio, criando verdadeira nova hipótese de incidência tributária, inclusive com fixação de base de cálculo para o ICMS, em arrepio à Constituição Federal e a Lei Complementar 87/96.

Em casos quejandos, quando ocorre a apreensão de mercadoria, meu entendimento tem se pautado no sentido de que a apreensão, com o objetivo de

**TURMA DE CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
AGRAVOREGIMENTAL Nº 86903/2012 - CLASSE CNJ - 206 - COMARCA CAPITAL**

coagir o contribuinte a recolher parte do ICMS ao Estado onde se destina o produto adquirido, sendo ele estabelecido em outro Estado da Federação, constitui abusividade por se tratar de consumidor final.

Aliás, o entendimento que tem predominado em nossos tribunais, é o de que as alíquotas interestaduais somente aproveitam aos adquirentes que sejam contribuintes do ICMS, conforme estabelecido no art. 155, § 2º, VII, “a”, da CF.

Quanto ao assunto em tela, trago à colação os seguintes arestos do STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. FATOGERADOR EMISSÃO DE NOTA FISCAL E REMESSA DA MERCADORIA AO COMPRADOR PELA MATRIZ DA EMPRESA SITUADA EM SÃO PAULO. INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA INTERNA DO IMPOSTO DESSE ESTADO DA FEDERAÇÃO. PRECEDENTES. SÚMULA Nº 166 DO STJ. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, II DO CPC.

(...)

Deveras, é pacífica a jurisprudência nas turmas de direito público no sentido de que: “O ICMS deve ser recolhido pela alíquota interna, no Estado onde saiu a mercadoria para o consumidor final, após a sua fatura, ainda que tenha sido negociada a venda em outro local, através da empresa filial” (AGREsp 67.025/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 25.9.2000). Isto por que existe um repúdio à saída ficta e à analogia para justificação de compreensão fiscalista na venda direta ao consumidor, além da ingerência da legislação estadual em assunto reservado à lei complementar semear violação dos limites legais à circulação de tributação. Outrossim, no caso, o ICMS tem como local de incidência aquele de onde saiu a mercadoria para o consumidor. Precedentes: REsp 439057/MG, Relator Ministro José Delgado, DJ 23.09.2002; REsp nº 251326/SP, 1ª Turma, DJ de 14/08/2000, Rel. Min. Garcia Vieira; REsp nº 122405/MG, 2ª Turma, DJ de 13/03/2000, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins; REsp nº 64127/MG, 2ª Turma, DJ de 21/02/2000, Rel. Min. Paulo Gallotti; REsp 190357/SP, Ministro Milton Luiz Pereira, DJ 04.02.2002. (...)” (REsp 732.991/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ

**TURMA DE CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
AGRAVOREGIMENTAL Nº 86903/2012 - CLASSE CNJ - 206 - COMARCA CAPITAL**

05/10/2006, p. 248).

“TRIBUTÁRIO – ICM – VENDEDOR E COMPRADOR SEDIADOS EM ESTADOS-MEMBROS DIVERSOS – FATOGERADOR – LOCAL DA FATURA DA NOTA FISCAL – ALÍQUOTA INTERNA – CTN, ARTS. 97, III, 102, 108 E 114 – DEL 406/1968 (ART. 1) – LEIS ESTADUAIS/MG 6.763/1975 E 7.164/1977.

1 – A definição do fato gerador corresponde a situação definida em lei, sintonizando a nota fiscal ou a fatura (expressão da ‘tradição’) o local da saída para a entrega ao consumidor final, espelhando o envolvimento do ato mercantil.

2 – Repudio a ‘saída ficta’ e a ‘analogia’ para justificação de compreensão fiscalista na venda direta ao consumidor.

3 – A ingerência da legislação estadual em assunto reservado a lei complementar e sementeira de violação dos limites legais a criação de tributação.

4 - No caso, o ICM tem como local de incidência aquele de onde saiu a mercadoria para o consumidor.

5 – Precedentes jurisprudenciais.

6 – Recurso provido” (REsp 87862/MG, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ 24/03/1997).

Entretanto, no caso dos autos, embora a discussão da matéria seja a mesma, todavia, se trata de mandado de segurança preventivo, caso em que, tenho que não cabe a concessão de liminar, vez que, em ocorrendo a apreensão da mercadoria, deve-se analisar caso a caso.

Por corolário, também não há falar-se, ao menos neste momento processual, em liminar para suspensão do Protocolo ICMS 21 e do Decreto Estadual 312.

Com essas considerações INDEFIRO A LIMINAR.”

Como se vê, estes foram os fundamentos que me levaram a indeferir a liminar, fundamentos estes, que mantenho neste recurso.

TURMA DE CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
AGRAVOREGIMENTAL Nº 86903/2012 - CLASSE CNJ - 206 - COMARCA CAPITAL

De fato, como consta da decisão agravada, tenho entendimento no sentido de que, em caso de apreensão de mercadorias, os casos devem ser analisados um a um, não podendo ser concedida liminar de forma preventiva, estando ausente, portanto, no meu sentir, o *fumus boni iuris*, o que impede a concessão da liminar no mandado de segurança em apenso.

Mantenho, pois, a decisão.

Com essas considerações, **NEGA-SE** provimento ao recurso.

É como voto.

**TURMA DE CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
AGRAVOREGIMENTAL Nº 86903/2012 - CLASSE CNJ - 206 - COMARCA CAPITAL**

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, a TURMA DE CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência do DES. JOSÉ SILVÉRIO GOMES, por meio da Turma Julgadora, composta pelo DES. JOSÉ SILVÉRIO GOMES (Relator), DESA. MARIA EROTIDES KNEIP BARANJAK (1ª Vogal), DES. LUIZ CARLOS DA COSTA (2º Vogal), DRA. CLEUCI TEREZINHA CHAGAS (3ª Vogal convocada), DR. SEBASTIAO BARBOSA FARIAS (4º Vogal convocado) e DR. ELINALDO VELOSO GOMES (5º Vogal convocado), proferiu a seguinte decisão: **NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, IMPROVERAM O RECURSO .**

Cuiabá, 2 de agosto de 2012.

DESEMBARGADOR JOSÉ SILVÉRIO GOMES - PRESIDENTE DA TURMA
DE CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO E
RELATOR