



**AÇÃO ORDINÁRIA**  
**PROCESSO NUMERO 18623-89.2012 - CÓDIGO: 765884**

**SENTENÇA**

**Vistos.**

**FORJAS TAURUS S.A.**, nos autos qualificado, propõe a presente **AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA** em desfavor da **ESTADO DE MATO GROSSO**, na qual busca em tutela antecipada que seja desobrigada a recolher a parcela de ICMS de que trata o Decreto 312/2011, liberando o ingresso de seus bens comercializados nos postos de fiscalização de ICMS.

Aduz a Requerente que é do ramo de fabricação de revólveres, pistolas, carabinas, armas de pressão e armas policiais e comercializa produtos para consumidores finais domiciliados nos mais diversos Estados da Federação.

Assenta que neste Estado pratica vendas reiteradas e recolhe ICMS ao Estado de origem com base na sua alíquota interna.

Conta que o Fisco Estadual exige com base no Decreto Estadual n.º 312/2011, o ICMS pelo Estado de destino nas compras interestaduais por consumidores finais.

Junta documentos às fls. 20/105.

Custas recolhidas às fls. 106/110.

A liminar foi deferida às fls. 111/115.

O Estado de Mato Grosso apresentou Contestação às fls. 121/137.

**É o relatório. Fundamento. Decido.**



Considero cabível o julgamento da lide na fase em que se encontra o processo, porquanto dispenso a produção de provas, por entender que a questão debatida envolve matéria eminentemente de direito, razão pela qual conheço diretamente do pedido com fulcro no artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

Colhe-se dos autos que, a empresa Requerente tem como pretensão, de que seja desobrigada a recolher a parcela de ICMS de que trata o Decreto 312/2011, autorizando o ingresso dos bens comercializados nos postos de fiscalização de ICMS, vê-se que, no exercício de sua atividade econômica, comercializa produtos com pessoa física situada nesta Unidade Federada (fls. 87/89), sob a qual o Fisco está exigindo o ICMS a ser recolhido neste Estado.

Dispõe o art. 155, II, §2º, VII, "b", da CF/88 que:

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

*(...)*

*II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior*

*(...)*

*§ 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;*

O sistema de recolhimento antecipado do ICMS na entrada de mercadorias no território do Estado, fora das hipóteses previstas na Lei Complementar n.º 87/96, quebra a uniformidade do tributo, por interferir com o seu fato gerador e a sua base de cálculo.



A par disso, o Estado de Mato Grosso em conjunto com outros Estados Federados ratificaram o Protocolo nº. 21/2011 do CONFAZ que estabelece disciplina relacionada à exigência do ICMS nas operações interestaduais que destinem mercadoria ou bem a consumidor final, cuja aquisição ocorrer de forma não presencial no estabelecimento remetente, cujas regras do citado Protocolo seguem:

**Cláusula primeira** - *Acordam as unidades federadas signatárias deste protocolo a exigir, nos termos nele previstos, a favor da unidade federada de destino da mercadoria ou bem, a parcela do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - devida na operação interestadual em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou showroom. **Parágrafo único.** A exigência do imposto pela unidade federada destinatária da mercadoria ou bem, aplica-se, inclusive, nas operações procedentes de unidades da Federação não signatárias deste protocolo. **Cláusula segunda** Nas operações interestaduais entre as unidades federadas signatárias deste protocolo o estabelecimento remetente, na condição de substituto tributário, será responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, em favor da unidade federada de destino, relativo à parcela de que trata a cláusula primeira. **Cláusula terceira** A parcela do imposto devido à unidade federada destinatária será obtida pela aplicação da sua alíquota interna, sobre o valor da respectiva operação, deduzindo-se o valor equivalente aos seguintes percentuais aplicados sobre a base de cálculo utilizada para cobrança do imposto devido na origem: I - 7% (sete por cento) para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Sul e Sudeste, exceto do Estado do Espírito Santo; II - 12% (doze por cento) para as mercadorias ou bens procedentes das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Estado do Espírito Santo. **Parágrafo único.** O ICMS devido à unidade federada de origem da mercadoria ou bem, relativo à obrigação própria do remetente, é calculado com a utilização da alíquota interestadual. **Cláusula quarta** **Parágrafo único.** Será exigível, a partir do momento do ingresso da mercadoria ou bem no território da unidade federada do destino e na forma da legislação de cada unidade federada, o pagamento do imposto relativo a parcela a que se refere a cláusula primeira, na hipótese da mercadoria ou bem estar desacompanhado do documento correspondente ao recolhimento do ICMS, na operação procedente de unidade federada: I - não signatária deste protocolo; II - signatária deste protocolo realizada por estabelecimento remetente não credenciado na unidade federada de destino.*



Com efeito, o Estado de Mato Grosso incorporou referido acordo no ordenamento interno, qual seja, RICMS, ao editar o Decreto n.º. 312/2011, assim dispondo:

**Art. 398-Z-5 Nas operações interestaduais que destinarem bem ou mercadoria a consumidor final, pessoa física ou jurídica não contribuinte do imposto, domiciliado no território mato-grossense, adquiridos de forma não presencial, por meio de internet, telemarketing ou showroom, será exigida a parcela do ICMS devida ao Estado de Mato Grosso, em conformidade com o disposto neste artigo. (cf. caput da cláusula primeira do Protocolo ICMS 21/2011 – efeitos a partir de 1.º de maio de 2011) § 1.º O estabelecimento remetente, na condição de substituto tributário, será responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, em favor deste Estado, apurado na forma do parágrafo seguinte. (cf. cláusula segunda do Protocolo ICMS 21/2011 – efeitos a partir de 1.º de maio de 2011) § 2.º A parcela do imposto devida ao Estado de Mato Grosso será obtida pela aplicação da alíquota interna, fixada para o bem ou mercadoria, sobre o valor da respectiva operação, deduzindo-se o valor equivalente aos seguintes percentuais aplicados sobre a base de cálculo utilizada para cobrança do imposto devido na origem: (cf. caput da cláusula terceira do Protocolo ICMS 21/2011 – efeitos a partir de 1.º de maio de 2011) I – 7% (sete por cento) para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Sul e Sudeste, exceto do Estado do Espírito Santo; II – 12% (doze por cento) para as mercadorias ou bens procedentes das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Estado do Espírito Santo. § 3.º O ICMS devido à unidade federada de origem da mercadoria ou bem, relativo à obrigação própria do remetente, é calculado com a utilização da alíquota interestadual. (cf. parágrafo único da cláusula terceira do Protocolo ICMS 21/2011 – efeitos a partir de 1.º de maio de 2011) § 5.º Sem prejuízo da incidência dos acréscimos legais cabíveis, será exigível a partir do momento do ingresso do bem ou mercadoria no território deste Estado, o pagamento do imposto relativo à parcela a que se refere o caput deste artigo, quando o bem ou mercadoria estiverem desacompanhados do documento correspondente ao recolhimento do ICMS e a operação: I – for precedente do Estado do Amazonas, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo ou do Tocantins; (cf. inciso I do parágrafo único da cláusula quarta do Protocolo ICMS 21/2011, combinado com o Protocolo ICMS 30/2001 – efeitos a partir de 1.º de maio de 2011) II – for precedente de unidade federada não arrolada no inciso anterior, na hipótese em que o estabelecimento remetente não esteja regularmente credenciado junto à Secretaria de Estado de Fazenda, na forma preconizada no § 4.º deste artigo. (cf. inciso II do parágrafo único da cláusula quarta do Protocolo ICMS 21/2011 – efeitos a partir de 1.º de maio de 2011) § 6.º O disposto neste artigo não se aplica às operações de que trata o Convênio ICMS 51/00, de 15 de dezembro de 2000. (cf. cláusula quinta do Protocolo**



*ICMS 21/2011 – efeitos a partir de 1º de maio de 2011) § 7º Às operações a que se refere o caput deste artigo aplicam-se, ainda, as disposições do caput e dos §§ 5º, 6º e 7º do artigo 216-M-1 deste regulamento. § 8º Fica dispensada a observância do disposto no artigo 216-M-1 deste regulamento quando a operação de remessa do bem ou mercadoria para este Estado, nas hipóteses descritas no caput deste artigo, for acobertada por Nota Fiscal Eletrônica – NF-e. (efeitos a partir de 1º de maio de 2011) **grifos nossos.***

Torna-se evidente que as mercadorias comercializadas pela Requerente, que possui sede no estado do Rio Grande do Sul, foram adquiridas por particulares, portanto, o valor do ICMS deve incidir sobre a alíquota interna (prevista em lei local), não havendo que falar-se em diferencial de alíquota.

Pelo que se extrai dos documentos acostados aos autos, o tributo, que nos termos do art. 155, § 2º, VII b, da CF/88 é pago no Estado de origem do produto, passará a ser cobrado também no Estado de destino, pouco importando se este é signatário ou não do referido protocolo, o que evidencia uma cobrança intolerável.

Embora os Estados federados e o Distrito Federal pretendam obter uma repartição tributária mais justa, mormente em face do crescimento das vendas não presenciais, fenômeno típico da globalização e da tecnologia, não previsto, evidentemente pelo constituinte de 1.988, o fato é que o protocolo 21/2011 atinge preceitos da Carta Magna que não podem surtir efeitos, uma vez que inconstitucional. Somente uma reforma tributária poderá, alterando o texto constitucional, atender aos novos anseios.

Essa matéria, aliás, foi objeto de recente exame pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4628, em 20.02.2014 na qual o Ministro Luiz Fux, em lapidar decisão, demonstra onde reside a inconstitucionalidade do protocolo, dispensando, a meu ver, quaisquer outras preleções jurídicas:

“Note-se que, segundo a Lei Fundamental de 1988 e diversamente do que fora estabelecido no Protocolo ICMS nº 21/2011, a aplicação da alíquota interestadual só tem lugar quando o consumidor final localizado em outro Estado for contribuinte do imposto, incê do art. 155, § 2º, inciso VII, alínea g, da CRFB/88. Em outras palavras, outorga-se ao Estado de



origem, via de regra, a cobrança da exação nas operações interestaduais, excetuando os casos em que as operações envolverem combustíveis e lubrificantes que ficarão a cargo do Estado de destino.

**Para o bem ou para o mal, esta opção do constituinte originário deve ser observada.** E há diversas razões para isso. A primeira delas é que, ante o tratamento constitucional dispensado à matéria, não se afigura legítimo.

*Admitir a fixação de novas regras para a cobrança de ICMS pelos Estados membros para além destes parâmetros já esquadrihados pelo constituinte. Isso subverteria a sistemática de repartição de competências tributárias, notadamente relativa ao ICMS, que tem na Constituição como sede própria para aglutinar tal regramento.*

Por outro lado, a estrita observância dos imperativos constitucionais relativos aos ICMS se impõe como instrumento de preservação da higidez do pacto federativo. O fato de tratar-se de imposto estadual não confere aos Estados-membros a prerrogativa de instituir, sponte sua, novas regras para a cobrança do imposto, desconsiderando o altiplano constitucional.

*Em que pese a alegação do agravamento do cenário de desigualdades inter-regionais, em virtude da aplicação do art. 155 § 2º, VII, da Constituição, a correção destas distorções somente poderá emergir pela promulgação de emenda constitucional, operando uma reforma tributária, e não mediante a edição de qualquer outra espécie normativa.*

Precisamente por não ostentar legitimidade democrática da Assembleia Constituinte ou do constituinte derivado, descabe ao Confaz ou a qualquer das unidades da Federação de forma isolada estipular um novo modelo de cobrança de ICMS nos casos de operações interestaduais quando o destinatário final das mercadorias não for seu contribuinte habitual.

Justamente por isso, o afastamento dessa premissa, além de comprometer a integridade nacional ínsita à Federação, gera um ambiente de anarquia



normativa, dentro da qual cada unidade federada irá se arvorar da competência de proceder aos ajustes que entenderem necessários para o melhor funcionamento da Federação. Daí por que a correção da engenharia constitucional de repartição de competências tributárias somente pode ocorrer somente pode ocorrer legitimamente mediante manifestação do constituinte reformador, por meio da promulgação de emendas constitucionais, e não pela edição de outras espécies normativas (e.g., Protocolos, Resoluções etc.).”

( ADI 4628, S.T.F. publicado no DJU de 21.02.2014, Rel. Min. Luiz Fux )

Necessário frisar que a referida ADI foi julgada procedente pelo plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, há poucos dias, precisamente em 17.09.2014, confirmando a decisão monocrática alhures.

E o que o governo do Estado de Mato Grosso fez, quando da edição do Decreto 312/2011, foi incorporar, no ordenamento jurídico-tributário, o Protocolo 21/2011, o qual, conforme demonstrado acima, padece de vício de inconstitucionalidade formal, por ser matéria reservada à Constituição Federal, e material por criar uma sistemática não contemplada pela Carta Magna.

Desta feita, o prejuízo é evidente na medida em que os efeitos concretos advindos dessa nova regra, estão atingindo a requerente, ferindo as suas atividades comerciais, além de, é claro, por um outro prisma, embora não contemplado nesta segurança, atinja também o consumidor final.



**DISPOSITIVO**

**ISTO POSTO**, consoante a fundamentação exposta, confirmo a liminar e, **JULGO PROCEDENTE** a ação vindicada, para que a empresa Requerente seja desobrigada a recolher a parcela de ICMS de que trata o Decreto 312/2011, liberando o ingresso de seus bens comercializados nos postos de fiscalização de ICMS e, via de consequência, **JULGO EXTINTO** o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Condeno a parte Requerida ao pagamento dos honorários advocatícios que fixo, por equidade, em R\$ 500,00 (quinhentos reais) nos termos do § 4º do art. 20 do CPC.

P. R. I. Após, não havendo recurso voluntário, archive-se com todas as baixas.

Cumpra-se.

Cuiabá/MT, 30 de setembro de 2014

**ROBERTO TEIXEIRA SEROR**  
**JUIZ DE DIREITO**