ACÓRDÃO Nº 97.802
CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS
AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA DA COMARCA DA CAPITAL
AGRAVANTE: ESTADO DO PARÁ
AGRAVADO: PONTOFRIO.COM COMÉRCIO ELETRÔNICO S/A
RELATOR: DESEMBARGADOR CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO

EMENTA
CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO.
AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE
SEGURANÇA PREVENTIVO.
PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO.
PEDIDO LIMINAR PARA OBSTAR A
COBRANÇA DE ICMS NO
ESTABELECIMENTO DO REMETENTE
NAS COMPRAS INTERESTADUAIS DE
FORMA NÃO PRESENCIAL POR MEIO
DA INTERNET, TELEMARKETING E
SHOWROOM. PRESENÇA DO FUMUS
BONI IURIS E DO PERICULUM IN
MORA. RECURSO CONHECIDO E
IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Desembargadores que integram as Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, por unanimidade de votos em CONHECER do recurso e lhe NEGAR PROVIMENTO, mantendo a decisão agravada, nos termos do voto do relator.

Plenário das Câmaras Cíveis Reunidas, Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos trinta e um dias do mês de maio do ano de dois mil e onze.

Desembargador CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO

Relator

RELATÓRIO

ESTADO DO PARÁ, pessoa jurídica de direito público interno, interpôs AGRAVO INTERNO, perante esta Corte de Justiça, com base no art. 16, da Lei nº 12.016, de 07/08/2009, nos autos da AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO de fls. 02/18, sob sigilo fiscal, que PONTOFRIO.COM COMÉRCIO ELETRÔNICO S/A impetrou contra ato ilegal do SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO DO PARÁ, responsável pela aplicação do Decreto n.º 79, de 28/04/2011, do Governador do Estado do Pará, que dispõe sobre a exigência do ICMS nas operações interestaduais que destinem mercadoria ou bem a consumidor final, cuja aquisição ocorrer de forma não presencial no estabelecimento do remetente, especialmente as compras por meio da internet, telemarketing e showroom.

Em suas razões, às fls. 103/130, o Agravante Estado do Pará - impugna a decisão unipessoal deste Relator de fls. 70/71, que concedeu a liminar requerida pelo Impetrante, suspendendo o ato impugnado, com efeito retroativo, até julgamento do presente remédio heróico, ex vi do art. 7º, da atual Lei nº 12.016/2009, alegando que é incabível tal decisão monocrática, preliminarmente, pela ilegitimidade passiva da autoridade coatora, bem como descabimento da teoria da encampação, além do não cabimento do mandado de segurança contra lei em tese, conforme súmula 266 do STF.

E no mérito, em síntese, argumenta que está sendo cerceado em sua competência constitucional tributária, notadamente em relação à cobrança do ICMS para evitar evasão fiscal, a sonegação fiscal, a burla fiscal, a desigualdade regional e outros comportamento predatórios do gênero. Por fim, defende a função social da propriedade e seus efeitos nas atividades de livre comércio no país.

Assim, deixo de exercer o juízo de retratação, motivo pelo qual apresento o feito em mesa para julgamento, conforme previsto no artigo 16, parágrafo único, da Lei nº 12.016, de 07/08/2009 (Lei do Mandado de Segurança), c.c. artigo 557, § 1º, da Lei nº 5.869, de 11/01/1973 (Código de Processo Civil), aplicado subsidiariamente.

É o relatório.

VOTO

Mantenho a decisão de fls. 70/71, pelos seguintes fundamentos.

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DE PARTE

Acerca da matéria preliminar argüida pelo Agravante, a saber, ilegitimidade de parte no pólo passivo da demanda, que é de ordem pública apreciável, inclusive, de ofício e em qualquer grau de jurisdição, vê-se que a autoridade coatora apontada nos autos é parte legítima para figura no feito, conforme destacado, em caso concreto semelhante (não idêntico), pela jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, assim ementada:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA.

LEGITIMIDADE PASSIVA. ATO NORMATIVO DE EFEITO CONCRETO. AUTORIDADE COMPETENTE PARA

APLICAR A NORMA. SÚMULA 83/STJ.

1. Hipótese em que a agravante reitera a tese de que há violação ao artigo 3º do CPC, ao entendimento de que o Prefeito municipal é autoridade coatora para fins de mandado de segurança impetrado com a pretensão de

se comprovar a sua ilegitimidade passiva tributária para responder pela totalidade dos serviços tributados por meio de ISSQN.

2. O mandado de segurança impetrado contra ato normativo de efeito concreto tem como parte passiva a autoridade competente para aplicar a norma. Assim, no caso dos autos, compete ao Secretário da Fazenda municipal responder à pretensão, e não ao Prefeito municipal. Incidência da Súmula 83/STJ. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no Agravo de Instrumento n.º 993.649/RS, 1.ª T., rel. Min.

BENEDITO GONÇALVES, DJU de 31/08/2009)

Ante o exposto, julgo pelo indeferimento da preliminar de ilegitimidade passiva da autoridade apontada como responsável para aplicar o ato impugnado Sr. Secretário da Fazenda do Estado do Pará.

PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE

Em relação a essa preliminar, tratando da impossibilidade de mandado de segurança contra lei em tese, não possui melhor sorte.

No caso, o ato coator reveste-se de fundada e iminente cobrança de tributo quando houver qualquer compra e venda interestadual que se destinem a mercadoria ou bem a consumidor final, cuja aquisição ocorrer de forma não presencial no estabelecimento do remetente, especialmente as compras por meio da internet, telemarketing e showroom.

Portanto, em se tratando de ato normativo de efeito concreto, perfeitamente pertinente o mandamus em matéria tributária. Neste sentido, colaciona-se novamente o STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. VIABILIDADE. SÚMULA 282/STF. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. SÚMULA 280/STF.

1. Cabe Mandado de Segurança preventivo em matéria tributária, se houver justo receio de o Fisco exigir o tributo impugnado, o que se verifica, in casu. (AgRg no REsp. n.º 1.140.425/PE, 2.ª T., rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJU de 02/02/2010)

Diante disso, rejeito a preliminar de mandado de segurança contra lei em tese.

MÉRITO

Quanto ao mérito, considerando que o pleito trata de matéria tributária de cunho constitucional, cuja plausibilidade do direito enfocado pelo Impetrante revela-se pela incidência de ICMS na forma do Decreto 79/2011, que, entretanto, resta em confronto com a limitação do poder de tributar constante no artigo 155, § 2º, inciso VII, alínea b, da CF/88, razão pela qual houve a manutenção que deferiu a liminar requerida neste Mandado de Segurança,.

Aliás, em recente julgado, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já se pronunciou liminarmente sobre matéria semelhante, concedendo a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4565, na sessão de 07/04/2011, suspendendo, com efeito ex tunc, a Lei nº 6.014, de 30/12/2010, do Estado do Piauí, impedindo a cobrança do ICMS nas transações de compra e venda acima mencionada, ou seja, de forma não presencial no estabelecimento do remetente, especialmente as compras por meio da internet, telemarketing e showroom, de

modo a justificar o requisito do fumus boni iuris no manejo do presente writ of mandamus.

Já o periculum in mora foi na decisão impugnada pela delonga processual que poderia acarretar dano irreparável ou de difícil reparação ao Impetrante, obrigando-o ao pagamento de ICMS em caso remessa de mercadorias interestaduais aos consumidores finais de forma não presencial (internet, telemarketing ou showroom).

Assim, conheço o recurso e lhe nego provimento.

É como voto.

Belém, 31 de maio de 2011.

Desembargador CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO

Relator