



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DES. ABRAHAM LINCOLN DA CUNHA RAMOS

A C Ó R D ã O

MANDADO DE SEGURANÇA nº 2002898-70.2014.815.0000

RELATOR :Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos

IMPETRANTES :Manus Lanches

ADVOGADO :Isis Petrusinhas e Francisco de Assis Martins Neto

IMPETRADO :Secretario da Receita do Estado da Paraíba, representado por seu procurador Ricardo Ruiz Arias Nunes.

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - Mandado de Segurança com pedido de liminar – Isenção ICMS – Mercadorias – Insumos – Não comprovação - Possibilidade de compensação de créditos – Isenção na saída – Ausência de violação ao princípio da não-cumulatividade - Apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos – Impossibilidade – Incidência da Súmula 323 do STF - Concessão, parcial, da ordem.

– O mandado de segurança é ação constitucionalizada instituída para proteger direito líquido e certo, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por ilegalidade ou abuso de poder, exigindo-se prova pré-constituída como condição essencial à verificação da pretensa ilegalidade, sendo a dilação probatória incompatível com a natureza dessa ação constitucional (art. 5, LXIX, CF/88).

- *A jurisprudência desta Corte é no sentido de que não viola o princípio da não-cumulatividade a vedação ao creditamento do ICMS relativo à entrada de insumos usados em industrialização de produtos cujas saídas foram isentas.*

(STF - RE: 392370 MT, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 05/10/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-204 DIVULG 22-10-2010 PUBLIC 25-10-2010 EMENT VOL-02421-02 PP-00283) (grifo nosso).

- “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamentos de tributos” Súmula 323 STF

V I S T O S, relatados e discutidos os presentes autos acima identificados,

A C O R D A M, em Primeira Sessão Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, concessão, parcial, da segurança, nos termos do voto do Relator e da súmula de julgamento de fl. 313.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por **MANUS LANCHES** contra ato considerado ilegal praticado pelo **SECRETÁRIO DA RECEITA DO ESTADO DA PARAÍBA**, apontado como autoridade coatora, consistente no indeferimento de isenção do ICMS para aquisição de açaí e cupuaçu adquiridos no Pará.

Na preambular, a impetrante arguiu que, é empregadora no ramo de alimentação e adquire de outros Estados, artigos que são utilizados na industrialização dos produtos comercializados por ela, como é o caso do açaí do Pará e do cupuaçu.

Afirmou, ainda, que o local onde a empresa adquire esses artigos, o Estado do Pará, o produto tem influência do benefício fiscal referente ao ICMS, por força de um Decreto da Secretaria Estadual daquele Estado, sob o nº 288/95 e o Convênio 08/95. Assim, a empresa está sendo obrigada a recolher o valor do ICMS na alíquota de 17% (dezessete por cento), que é a alíquota interna estabelecida pelo Estado da Paraíba, considerando a impetrante como consumidora final e não contribuinte do imposto.

Dessa forma, requereu, liminarmente, que a autoridade coatora suspenda a exigibilidade do ICMS sobre a aquisição do Açaí do Pará e do Cupuaçu por se tratar de insumos, bem como caso assim não entenda, se digne a determinar a cobrança do diferencial de alíquotas no percentual de 5% (cinco por cento) sobre os aludidos produtos adquiridos do Estado do Pará, assim como se abstenha de proceder quaisquer atos tendentes a reter mercadorias nos termos dos artigos 155, § 2º CF, arts. 52 e 72, III e IV do RICMSPB e Súmula 323 STF.

Documentos acostados às fls. 13/212.

Este signatário reservou-se no direito de apreciar a medida liminar após as informações da autoridade apontada como coatora, bem como da ciência do órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada (fl. 218).

Informações da autoridade coatora prestada às fls. 224/233, requerendo o indeferimento do presente “mandamus” nos termos do artigos 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009, ou ainda, caso não seja esse o entendimento, no mérito, a denegação da segurança pleiteada.

O Estado da Paraíba ratificou os termos das informações constantes da petição de fls. 224/233 (fls. 235).

Liminar deferida, parcialmente, para determinar que a autoridade impetrada se abstenha de proceder quaisquer atos tendentes a reter mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos (fls. 237/244).

Não conformado, o Estado da Paraíba atacou a decisão concessiva da medida liminar, interpondo o presente agravo interno (fls. 247/251), pugnando pela reforma da decisão hostilizada, sob o argumento de que o entendimento do STF, nos termos da Súmula nº 323, de maneira nenhuma, pode ser utilizado como forma de obstar toda e qualquer retenção de mercadorias, posto que a retenção não só é lícita, como também indispensável para averiguar a materialização do crédito tributário.

Irresignada com a liminar deferida parcialmente, a impetrante interpôs agravo de instrumento, pugnando pelo provimento do recurso a fim de que seja determinado a autoridade coatora que suspenda a exigibilidade do ICMS sobre a aquisição de Açaí do Pará e Cupuaçu, pois são insumos, bem como, caso assim não entenda, que se digne a cobrar apenas o diferencial de alíquota no percentual de 5% (cinco por cento) sobre os aludidos impostos adquiridos do Estado do Pará.

Às fls. 286/297, este signatário negou provimento ao agravo interno interposto pelo Estado da Paraíba e não conheceu do agravo de instrumento interposto pela impetrante, mantendo-se a decisão objurgada.

Instada a se pronunciar, a Douta Procuradoria de Justiça emitiu parecer, pugnando pelo prosseguimento da irresignação recursal, deixando de manifestar-se sobre o mérito, porquanto ausente interesse público que torne necessária a intervenção Ministerial.

É o relatório.

VOTO

O mandado de segurança é uma ação constitucional, de natureza civil e de rito sumário especial, posto à disposição de toda pessoa para a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, não amparado por “habeas corpus” ou “habeas data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

JOSÉ AFONSO DA SILVA conceitua o mandado de segurança como sendo *“um remédio constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público”*¹.

O direito líquido e certo, por seu turno, é aquele que se apresenta cristalino, evidente, capaz de ser apurado de plano, sem exames mais detidos.

A violação a direito líquido e certo, capaz de ser corrigida por mandado de segurança, deve decorrer de evidente ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública.

A esse respeito, trago à baila as lições doutrinárias do mestre **CASTRO NUNES**:

“Direito líquido e certo ou que assim deva ser declarado situa-se no plano jurídico da obrigação certa quanto a

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

sua existência, determinada quanto ao seu objeto e líquido na prestação exigida”².

E de HELY LOPES MEIRELLES:

“As provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial. O que se exige é prova pré-constituída das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante”³.

Assim, para que seja impetrado mandado de segurança, faz-se necessário que haja prova pré constituída nos autos, como condição essencial à verificação da pretensa ilegalidade, sendo a dilação probatória incompatível com a natureza dessa ação constitucional (art. 5, LXIX, CF/88⁴).

Feitas essas considerações, passa-se a análise do mérito da presente ação mandamental.

A controvérsia dos autos cinge-se em saber se possui o impetrante direito líquido e certo a ter suspensa a exigibilidade do ICMS sobre a aquisição do Açaí do Pará e do Cupuaçu por se tratar de insumos, bem como caso assim não entenda, a ter a cobrança do diferencial de alíquotas no percentual de 5% (cinco por cento) sobre os aludidos produtos adquiridos do Estado do Pará, bem como não ter apreendidas suas mercadorias.

De início, verifica-se que o inciso I do art. 155, § 2º, da CF/88, tratando do ICMS, dispõe que:

“II – a isenção ou não incidência , salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

Do mesmo modo, a Lei nº 6.379 do Estado da Paraíba prevê expressamente em seu art. 50 que:

“Não implicará em crédito do imposto as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de

² Mandado de Segurança, Forense, 8ª ed., Rio de Janeiro, 1980, p. 66

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e “habeas data”*, 3ª Edição ampliada e atualizada pela Constituição de 1988, Editora Revista dos Tribunais, São PAULO, 1998, P. 15

⁴ Art. 5º. LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou pelo abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento”.

Assim, observa-se dos autos que o impetrante não desincumbiu-se do seu ônus de comprovar que o açaí do Pará e o Cupuaçu são insumos, bem como que eles, caso sejam considerados insumos, tem isenção do ICMS no Estado da Paraíba.

Ademais, é inadmissível a dedução do ICMS não destacado em documento fiscal ou o creditamento do imposto referente a produtos isentos.

Dessa forma, é vedado crédito fiscal decorrente da aquisição de produtos isentos ou não tributados.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVÊNIO ICMS 36/92. ISENÇÃO. INSUMOS AGROPECUÁRIOS. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. DIREITO À COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. INEXISTÊNCIA. INSTITUIÇÃO POR MEIO DE DECRETO EXECUTIVO. MATÉRIA PRECLUSA. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que não viola o princípio da não-cumulatividade a vedação ao creditamento do ICMS relativo à entrada de insumos usados em industrialização de produtos cujas saídas foram isentas. 2. A matéria referente à instituição de isenção por meio de Decreto Executivo está preclusa, porque não suscitada na oportunidade da interposição do primeiro regimental interposto pela recorrente. Precedente. 3. Agravo regimental improvido. (STF - RE: 392370 MT, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 05/10/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-204 DIVULG 22-10-2010 PUBLIC 25-10-2010 EMENT VOL-02421-02 PP-00283) (grifo nosso).

Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ISENÇÃO NA SAÍDA. PRETENDIDO CREDITAMENTO DO MONTANTE PAGO NA ENTRADA. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. I - A E. C. N. 23/83, VIGENTE AO

TEMPO DA IMPORTAÇÃO DA MATÉRIA-PRIMA, DANDO NOVA REDAÇÃO AO ART. 23, II, DA CONSTITUIÇÃO/ 67, VEDA, EXPRESSAMENTE, O CRÉDITO FISCAL RELATIVO A ISENÇÃO OU NÃO-INCIDENCIA, SALVO DETERMINAÇÃO LEGAL EM CONTRÁRIO. II - SE O IMPOSTO É DEVIDO NA PRIMEIRA ETAPA E NÃO O É NA SEGUNDA, NÃO PODE EVIDENTEMENTE HAVER CUMULAÇÃO, CUJO PRESSUPOSTO É QUE ALGO, SEM DEDUÇÃO, SE INCORPORA A ALGO MAIOR, O QUE NÃO OCORRE QUANDO ESTE INEXISTE. III - A ISENÇÃO CONCEDIDA A SAÍDA DE PRODUTO NÃO SE COMUNICA A ETAPA ANTERIOR (ENTRADA DA MATÉRIA-PRIMEIRA) PARA O EFEITO DE O IMPOSTO ENTÃO PAGO SEJA CREDITADO POR OCASIÃO DA SAÍDA DO PRODUTO EM QUE ELA SE INCORPOROU. IV - RECURSO IMPROVIDO.

(STJ - REsp: 13916 SP 1991/0017358-4, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 29/03/1993, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 03.05.1993 p. 7769)

nossos Tribunais Pátrios:

Sobre o tema, enveredam os julgados dos

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. VIGÊNCIA DA EC Nº 23/83. AQUISIÇÃO DE MATÉRIA-PRIMA TRIBUTADA. ISENÇÃO NA SAÍDA DA MERCADORIA. AUSÊNCIA DE DIREITO A CRÉDITO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. INOCORÊNCIA. RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. Na vigência da EC 23/83, o direito de abater o montante cobrado nas operações anteriores pressupunha a existência de algo do qual esse montante pudesse ser abatido, de forma que, não sendo devido o ICM na saída da mercadoria, não se poderia pretender a manutenção dos valores creditados na entrada da matéria-prima que nela se incorporou. 2. **Em outras palavras, após a EC nº 23/83, resta patente a impossibilidade de creditamento nos casos de saída isenta, ou seja, quando ocorre pagamento do tributo na comercialização/circulação de matéria-prima e isenção na saída da mercadoria produzida. 3. Irregular e ilegal a utilização do crédito fiscal pela executada, ora agravante, referente ao recolhimento anterior de ICM na compra de matéria-prima tributada para a industrialização de produtos isentos, não havendo que se falar em violação ao princípio da não-cumulatividade.** 4. Precedentes do STF citados. 5. Recurso de agravo improvido à unanimidade, não se considerando malferido o art. 155, § 2º, I, da CF/88, explicitamente prequestionado.

(TJ-PE - AGR: 2661443 PE , Relator: Ricardo de Oliveira Paes Barreto, Data de Julgamento: 16/01/2014, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 21/01/2014)

E:

APELAÇÃO CÍVEL MANDADO DE SEGURANÇA. 1. ICMS - Importação de vegetais congelados - País signatário do GATT - Isenção concedida ao produto nacional em estado natural - Aplicabilidade, ao produto importado, das mesmas regras fiscais dispensadas ao produto similar nacional - Súmulas n.ºs. 575 do E. STF e 20 do C. STJ - Precedentes - Eventual industrialização da mercadoria Irrelevância Hipótese que incidirá o ICMS por ocasião da saída do produto, pelo valor integral e sem nenhum abatimento, pois não foi recolhido na operação anterior Manutenção da sentença. 2. Recursos não providos.

(TJ-SP - APL: 00046255520148260562 SP 0004625-55.2014.8.26.0562, Relator: Osvaldo de Oliveira, Data de Julgamento: 30/07/2014, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 04/08/2014)

Por outro lado, é impossível a apreensão de bens como meio coercitivo de pagamento de tributos, consoante firmado pela Súmula n.323/STF:

“É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamentos de tributos”

Certo é que o Fisco pode reter mercadoria por falta de documento idôneo ou na hipótese do contribuinte não observar as regras pertinentes para trânsito de mercadorias, porém, somente para lavrar o Auto de Infração e identificar o proprietário, e logo em seguida, liberar a mercadoria, uma vez que a medida correta para forçar o contribuinte a pagar tributos é a ação de cobrança.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS. MERCADORIAS ADQUIRIDAS POR CONSTRUTORA PARA EMPREGO EM OBRA. IMPROPRIEDADE DA COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. APREENSÃO DE MERCADORIAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 323 DO STF. 1. As construtoras que adquirem material em

Estado-membro instituidor de alíquota de ICMS mais favorável não estão compelidas, ao utilizarem essas mercadorias como insumos em suas obras, à satisfação do diferencial de alíquota de ICMS do Estado destinatário, uma vez que são, de regra, contribuintes do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios. 2. É inadmissível a apreensão de mercadorias com o propósito de coagir o contribuinte ao pagamento de tributos (Súmula n. 323 do Supremo Tribunal Federal). Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 397079 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 24/06/2008, DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008 EMENT VOL-02328-05 PP-00899) .

Da mesma forma, este Egrégio Tribunal de Justiça já se manifestou. Observe-se:

REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. EXIGÊNCIA DE COMPLEMENTAÇÃO DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL PELO ESTADO DE DESTINO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 423 DO STJ. INADMISSIBILIDADE DE APREENSÃO DE MERCADORIAS COMO MEIO COERCITIVO PARA O PAGAMENTO DE TRIBUTOS. SÚMULA N. 323/STF. SENTENÇA PROFERIDA COM ACERTO. SEGUIMENTO NEGADO MONOCRATICAMENTE. A Primeira Seção, ao julgar o REsp 1.135.489/AL, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 01/02/2010, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, decidiu que as empresas do ramo da construção civil, quando adquirem de outro estado da federação materiais necessários à prestação do serviço, não estão sujeitas ao pagamento da diferença de alíquota interestadual do ICMS para o estado destinatário. STJ AgRg no Ag 1361422/PE. As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais. Súmula 432/STJ. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos Súmula 323/STF. Tendo a sentença concessiva da ordem de writ sido proferida com amparo no entendimento dominante do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, impõe-se negar seguimento à remessa oficial ex vi do art. 557, caput, do CPC.

TJPB - Acórdão do processo nº 00120060012190001 - Órgão (TRIBUNAL PLENO) - Relator Márcio Murilo da Cunha Ramos - j. em 12-09-2012

E:

MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR PROTOCOLO CONFAZ 21/2011 INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE O COMÉRCIO ELETRÔNICO OPERAÇÕES DESTINADAS A CONSUMIDORES FINAIS NÃO CONTRIBUENTES DO IMPOSTO QUESTÃO AFETA AO MÉRITO DO PRESENTE MANDAMUS LIMINAR DE NATUREZA SATISFATIVA APREENSÃO DAS MERCADORIAS SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO REFERIDO TRIBUTO IMPOSSIBILIDADE DECISÃO LIMINAR PARCIALMENTE DEFERIDA AGRAVO INTERNO MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA PROVIMENTO NEGADO. Embora sejam relevantes as argumentações laboradas na impetração, a análise da medida pleiteada, notadamente no que se refere ao fitus boni iuris, demandaria profundidade tal que se confundiria com o próprio mérito do mandamus, o que, por si só, inviabiliza a concessão da liminar diante do caráter satisfativo do pleito. Entendemos, em razão dessa circunstância, que a decisão sobre a suspensão da exigibilidade do ICMS, core base no referido ato, melhor se coadunará com o julgamento de mérito da presente impetração. No entanto, ilógico seria permitirmos que a autoridade fazendária desse continuidade à eventual prática lesiva, destinada à apreensão das mercadorias como meio oblíquo à arrecadação do referido tributo, sobretudo em razão do vasto arcabouço jurisprudencial no sentido de que tal circunstância seria inadmissível à luz da Constituição Federal.

TJPB - Acórdão do processo nº 99920110004572001 - Órgão (TRIBUNAL PLENO) - Relator Aluizio Bezerra Filho - j. em 27-07-2011

Ainda:

MANDADO DE SEGURANÇA - Ausência de recolhimento do ICMS - Lavratura de auto de infração - Apreensão e retenção de mercadorias - Meio coercitivo Impossibilidade - Concessão da ordem Remessa oficial - Seguimento negado Recurso em manifesto confronto com a súmula 323, do STF Inteligência do art. 557, do CPC. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Art. 557, CPC

TJPB - Acórdão do processo nº 03820070021688001 -
Órgão (TRIBUNAL PLENO) - Relator Manoel Soares
Monteiro - j. em 10-02-2010

Desse modo, é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamentos de tributos, conforme disposto na Súmula 323 STF.

Por tais razões, **concede-se, parcialmente, a ordem**, para determinar que o a autoridade impetrada se abstenha de proceder quaisquer atos tendentes a reter mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Custas “*ex lege*”.

Sem honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009 c/c Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

É como voto.

Presidiu a Sessão o Excelentíssimo Senhor Desembargador José Ricardo Porto, decano no exercício da Presidência. Relator: Excelentíssimo Senhor Desembargador Abraham Lincoln da Cunha Ramos. Participaram ainda do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Maria das Neves do Egito de Araújo Duda Ferreira e Marcos Coelho Salles (Juiz convocado para substituir o Des. Leandro dos Santo). Ausentes, justificadamente, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Gustavo Leite Urquiza (Juiz convocado para substituir o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho) e Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti.

Presente à sessão a Excelentíssimo Senhora Doutora Lúcia de Fátima Maia de Farias, Procuradora de Justiça.

Sessão Plenária do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, no dia 08 de julho de 2015.

Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
Relator