

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
DESEMBARGADOR EDMILSON CRUZ

Nº PROCESSO: 1999.08223-3

TIPO DE PROCESSO: MANDADO DE SEGURANÇA

COMARCA: FORTALEZA

PARTES:

IMPETRANTE: CDA – COMERCIAL DIST. AUTOM. LTDA.
E OUTROS

IMPETRADO: SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO
CEARÁ

RELATOR: DES. EDMILSON CRUZ

EMENTA: MANDADO DE
SEGURANÇA.

– Súmula 212 do STJ
prejudicada em virtude da análise do mérito.

PRELIMINAR DE
ILEGITIMIDADE REJEITADA –
SUBSTITUÍDO LEGÍTIMO.

– Ofensa ao § 7º, do art. 150.
Dever do Estado devolver valores pagos a
maior, com a devida correção, pelo
contribuinte substituído.

– Impossibilidade de retenção
a maior por parte do Estado, configurando
a diferença do valor presumido e do valor
real.

– Princípios Constitucionais –
bases para o cumprimento do direito do
cidadão.

– Termo de Acordo contendo

cláusulas impeditivas à apreciação do Judiciário – Flagrante inconstitucionalidade, conforme art. 5º XXXV da CF/88.

– Segurança concedida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança, em que são partes as acima mencionadas,

ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sua composição plena, por unanimidade, em conceder a segurança requestada, para assegurar às impetrantes o direito à imediata restituição do ICMS cobrado acima do valor real.

CDA – COMERCIAL DIST. AUTOM. LTDA. E OUTROS, pessoas jurídicas de Direito privado, devidamente qualificadas nos autos, impetram **MANDADO DE SEGURANÇA** com pedido de liminar, contra ato do Sr. **SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ**, visando a obter decisão judicial que lhes assegure o direito de continuar sofrendo a retenção antecipada do ICMS, na modalidade de substituição tributária, nos termos estatuídos pelo Convênio 50/99, não ficando dito direito condicionado à celebração do Termo de Acordo proposto pela autoridade coatora mencionada.

Deferiu-se a medida liminar requerida (fls. 57/60).

A autoridade impetrada, ao prestar as informações de estilo (fls. 73/81), em resumo, limitou-se a argumentar o seguinte:

a) o provimento liminar concedido afronta a Súmula 212 do STJ;

b) as afiliadas da impetrante não têm legitimidade ativa para pleitear compensação ou restituição de ICMS;

c) a Jurisprudência dos Tribunais sobre o artigo 150, §7º, da

Constituição Federal e artigo 10, da LC nº 87/96, não ampara o pleito da impetrante; d) não há ilegalidades no Termo de Acordo proposto pelo Fisco Cearense.

O Ministério Público, em seu parecer, opinou pela concessão da segurança pleiteada (fls. 105/107).

É, em resumo, o relatório.

Incluído em pauta de julgamento, passo ao *decisum*.

De início, cumpre-me apreciar as preliminares argüidas pela autoridade impetrada com o fim de obstar o conhecimento do mérito desta impetração.

Perlustrando os argumentos trazidos à colação pelo Secretário Estadual da Fazenda, em sede de preliminar, constata-se que a quase totalidade deles sequer diz respeito ao objeto da presente demanda judicial.

Relativamente à primeira preliminar suscitada (malferimento da Súmula 212 do STJ), evidencia-se que ela resta prejudicada, uma vez que, no atual estágio deste processo, não se está mais analisando o cabimento de provimento liminar como *remedium juris* par da situação sob julgamento.

Já no tocante à segunda preliminar argüida, ilegitimidade ativa das impetrantes para pleitear compensação ou restituição do ICMS, observa-se que também não prospera dito argumento, porquanto o caso *sub judice* não se dirige à obtenção de pronunciamento judicial que assegure o direito à prefalada compensação ou restituição de ICMS.

Repita-se, à exaustão: a questão nuclear posta pela impetrante atina com a possibilidade de suas afiliadas serem alcançadas pelas

regras postas no Convênio 129/97, sem que para tanto tenham de se submeter às inconstitucionais restrições impostas por determinadas Cláusulas constantes dos Termos de Acordo da lavra do Secretário Estadual da Fazenda.

Assim, nenhuma das objeções preliminares apresentadas pela autoridade impetrada merece acolhida.

Ultrapassadas as citadas questões preliminares, passo ao exame do mérito.

Conforme se depreende dos Autos, o desenlace da questão ali posta reclama uma acurada análise no que preceitua o art. 5º, inciso XXXV, da Magna Carta, dispositivo este que consagra o que se costuma denominar de “direito à jurisdição”.

Porém, antes de se passar à perquirição acerca do exato conteúdo do postulado acima referido, nunca é demais repisar que, segundo o princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF/88), **cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição**. Isto significa o seguinte: sempre que provocado, compete ao Poder Judiciário dizer, com o timbre da definitividade, qual o direito a ser cumprido pelas partes envolvidas na controvérsia suscitada. Noutras palavras: incumbe-lhe o exercício da denominada função jurisdicional.

A esse respeito, confira-se a profícua lição do mestre ARRUDA ALVIM, *verbis*:

“Podemos, assim, afirmar que função jurisdicional é aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida mediante processo regular, produzindo, afinal, coisa

julgada, com o que substitui, definitivamente, a atividade e vontade das partes.” (*in* Curso de Direito Processual Civil, Revista dos Tribunais, v.1, p. 149).

Pois bem, com relação especificamente ao tema a ser enfrentado, tem-se que a Carta Política de 1988 assinala, em seu art. 5º, XXXV, que **“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”**. Este inarredável comando constitucional, denominado por muitos de **“princípio da proteção judiciária”** ou **“princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”**, além de criar um intransponível limite ao legislador, garante a todos os cidadãos o direito de acesso aos órgãos do Poder Judiciário, a fim de serem deduzidas eventuais pretensões.

Na voz dos abalizados ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI:

“Essa garantia de acesso aos juízos e tribunais consiste, por sua vez, num direito público subjetivo, universalmente consagrado e decorrente da assunção, pelo Estado, do monopólio da administração da Justiça: é conferida ao membro da comunhão social (inclusive, à evidência, ao próprio Estado), em contrapartida, o direito à prestação jurisdicional, relativamente a determinado interesse em conflito com o de outrem.” (*in* Constituição de 1988 e Processo – Regramentos e garantias constitucionais do processo, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 10-1).

Aqui impende

assinalar que, estando o Estado de Direito (art. 1º, CF/88) assentado sobre o princípio da legalidade, **o primado da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito comparece como autêntica garantia d preservação dos valores apetecidos pelo Estado Constitucional**. A subtração de determinadas matérias do imparcial exame do Poder Judiciário implicaria a total ruína do preceito em análise (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88), assim como daria ensejo à prática de arbítrios os mais diversos, hipóteses estas não toleradas pelo Estado de Direito edificado na atual Carta Magna.

Veja-se, a respeito, a opinião do ilustre PINTO FERREIRA, *ad litteram*:

“Difícilmente poderia supor-se um Estado de Direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente. É uma fórmula consagrada pela doutrina contemporânea. A prática das Constituições não a repeliu; ao contrário, a consolidou.” (*in* Curso de Direito Constitucional, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 472).

Por outro lado, é de se destacar também que pululam manifestações jurisprudenciais sobre a amplitude do princípio acima tratado (“inafastabilidade do controle jurisdicional”), todas elas ratificando o entendimento de que a garantia ali firmada pode sofrer qualquer tipo de restrição.

O nosso Pretório Excelso, *ad exemplum*, deliberou que seria de indiscutível inconstitucionalidade a existência de norma que vedasse o acesso ao Judiciário (RMS – 21960/DF, Rel. Ac. Min. Maurício Corrêa, DJ 03/11/95).

Noutra oportunidade, a referida Suprema Corte decidiu pela impossibilidade de se cobrar taxa judiciária ilimitada (incidente sobre o valor da causa ou da condenação), pois do contrário, em determinadas situações, restaria inviabilizado o próprio acesso ao Poder Judiciário, o que não é permitido pela Constituição, por força do que prescreve o art. 5º, inciso XXXV (ADIMC – 1651/PB, Rel. Min. Sidney Sanches, DJ 11/09/98).

Destarte, cotejando os argumentos acima expendidos com o conteúdo do Termo de Acordo proposto pela autoridade coatora, especialmente o disposto na cláusula “terceira”, incisos I e IV, verifica-se que **o Estado, através da autoridade coatora, acutilou o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88**. Isto por que em tal cláusula, está manifestamente dito o seguinte, *verbis*:

“CLÁUSULA TERCEIRA – Para os efeitos deste Termo, o ACORDANTE obriga-se:

I – suspender da aplicação do instituto jurídico do ressarcimento, sob a alegativa de diferença entre “o valor da base de cálculo” e o “preço efetivamente praticado”, **durante o período compreendido entre o dia 22/09/1999 até a data do julgamento do mérito da ação correspondente, pelo Supremo Tribunal Federal (STF)**, independentemente da prorrogação do Convênio que trata do benefício fiscal de redução da base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações com veículos;

(...)

IV – não pleitear qualquer

ressarcimento, na esfera judicial, após efetuada a apuração de valores relativos a ICMS que porventura já tenham sido apropriados, conforme o caso, tomando como base o valor apurado na forma do inciso anterior.”

Com base no teor do texto acima transcrito, vê-se que a autoridade coatora aspirava a que o direito das impetrantes de sujeitarem-se ao regime jurídico-tributário da substituição tributária, nos termos do Convênio ICMS nº 50/99, ficasse irremediavelmente condicionado tanto à suspensão da aplicação do instituto jurídico do ressarcimento, sob a alegativa de diferença entre renúncia ao sublime direito de acesso ao Judiciário, como também à renúncia ao direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário.

Nada mais inconstitucional e abusivo.

Primeiro por que, antes mesmo de qualquer pronunciamento do STF sobre o direito de ressarcimento de quantias pagas a mais, por força do emprego de base de cálculo presumida maior do que o valor da venda efetiva de veículo a consumidor final, é perfeitamente possível que as impetrantes venham a obter autorização judicial que lhes permita proceder ao ressarcimento a que fazem “jus”.

Ora, diante de tal possibilidade, entrevê-se que, fora a competente via recursal, nenhum outro mecanismo teria o condão de paralisar os efeitos de qualquer decisão judicial proferida regularmente. Por isso, a pretensão do Fisco referida no inciso I, da Cláusula “terceira”, mostra-se como um verdadeiro ABSURDO JURÍDICO.

A propósito, segundo aduzem as impetrantes, há um processo em tramitação neste Egrégio Tribunal de Justiça (MS nº 98.08944-0), cujo objeto é exatamente o direito de ressarcimento de valores de ICMS pagos por conta do emprego de base de cálculo presumida maior do que o valor da venda efetiva de veículo a consumidor final, para fins de cobrança de tal imposto.

Segundo a vigente ordem constitucional, qualquer tentativa de cerceamento ao fundamental direito à jurisdição, é conduta a ser tida como nula, por ser incompatível com o que assegura o art. 5º, inciso XXV, da Carta Magna (“ **PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL**”).

Ora, segundo professa o pranteado PONTES DE MIRANDA, o direito de acesso ao Poder Judiciário é inabdicável. Na precisa expressão do referido autor, *verbis*:

“A pretensão à tutela jurídica é irrenunciável, ainda que sejam renunciáveis o direito, a pretensão, ou a ação, que, invocando aquela, a parte deduza *in iudicium*.” (*in* Tratado das Ações, tomo I, 1970, p. 113-4).

Aflora, pois, na espécie, que assiste razão à impetrante, isto é, **os Termos de Acordo que lhe foram propostos pelo Sr. SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ contém disposições eivadas de flagrante inconstitucionalidade**, visto que tais comandos implicam, em última análise, renúncia expressa ao direito fundamental de recorrer ao Poder Judiciário para discutir sobre a restituição das quantias de ICMS que foram, antecipadamente, retidas a mais em favor da Fazenda Estadual.

A conclusão acima firmada provém da meridiana clareza

manifestada pelo texto da Cláusula retromencionada. É que ali está expressamente estabelecida a inaceitável agressão àquele princípio constitucional que determina que todos têm o direito de se socorrer do Poder Judiciário. Isso significa o seguinte: **ao incluir a referida Cláusula nos indigitados Termos de Acordo, a autoridade estatal, iniludivelmente, feriu de morte o princípio constitucional da inderrogabilidade da atividade jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV), razão pela qual manda que seja concedida a segurança pleiteada.**

Em reforço ao entendimento de que se faz necessário prestigiar as normas estatuídas na Constituição, convém mencionar a lapidar lição do eminente Ministro CELSO DE MELLO, que, na condição de Relator da ADIn 293-7-DF, asseverou o seguinte:

“Uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples estrutura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos povos e das nações. **Todos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica dos Tribunais, especialmente porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade.** A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos.” (DJU de 16/04/93, p. 6.429) (grifamos)

Logo, à medida que a multicitada Cláusula, constante dos Termos de Acordo em discussão, solapa, de modo irrefragável, o que assegura o postulado constitucional consagrado no art. 5º, inciso XXXV, disso resulta que, segundo a judiciosa orientação proposta pelo ilustre Ministro da nossa mais elevada Corte de Justiça, **é preciso declarar nulos aqueles inconstitucionais comandos veiculados nos aduzidos Termos de Acordo.**

No mérito, aduz a autoridade coatora que a acetada interpretação do art. 150, § 7º, da CF/88, segundo a Jurisprudência de alguns Egrégios Tribunais Estaduais, não ampara o pleito da impetrante. Só que aquilo tido por dita autoridade como pleito da impetrante foi o “direito à restituição do ICM, na hipótese de não ocorrência do fato gerador presumido”.

Ora, considerando o que fora assinalado antes, a respeito da controvérsia suscitada pela impetrante, é forçoso concluir que não se pretendeu discutir, no caso *sub examine*, o direito em si mesmo àquela compensação ou restituição de ICMS. Segundo se depreende dos autos, a alusão feita pela impetrante ao assunto, “direito à restituição do ICMS, na hipótese de não ocorrência do fato gerador presumido” deveu-se apenas e tão-somente ao fato dos citados Termos de Acordo terem feito expresas referências a tal matéria.

Ainda com referência ao mérito, sustenta a autoridade coatora que não há ilegalidade nos Termos de Acordo por ela propostos. Nesta direção, destaca que a “Cláusula segunda”, do Convênio 50/99, autoriza a imposição de condições às empresas concessionárias, a fim de que elas sejam alcançadas pelo regime jurídico-tributário de que trata o predito Convênio (redução da carga tributária de ICMS nas operações com veículos automotores novos), *ipsis litteris*:

“Cláusula segunda – O benefício contido na cláusula anterior fica condicionado à manifestação expressa do contribuinte substituído pela sua aplicação, mediante celebração de Termo de Acordo com o Fisco, que estabelecerá as condições para a operacionalização do regime de substituição tributária, especialmente quanto à fixação de base de cálculo do ICMS, exceto com relação aos veículos elencados no Convênio ICMS 37/92, de 3 de abril de 1992”.

Ora, da leitura do texto *ut supra* infere-se que, **se, por um lado, o Convênio 50/99 estabelecia a celebração de Termos de Acordo com o Fisco como condição para fruição de um dado tratamento tributário, por outro, não autorizava (e nem poderia ter autorizado), sob pretexto algum, a inserção, em tais Termos de Acordo, de Cláusula que viesse a obstruir, de algum modo, o acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, CF).** Caso contrário, o referido diploma conteria a pecha da inconstitucionalidade, em virtude de possuir comando agressor do magno princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional.

Em suma: os Termos de Acordo elaborados pela autoridade impetrada malferem a Constituição Federal quando prescrevem a proibição de busca da tutela jurisdicional, relativamente a eventuais polêmicas em torno do direito de restituição de ICMS oriundo da não ocorrência do fato gerador presumido. Entendo, portanto, que **este verdadeiro ensaio de total comprometimento daquele direito fundamental (inderrogabilidade da atividade jurisdicional) deve ser rechaçado de plano por toda e qualquer autoridade judiciária que venha a se deparar com tamanho desatino.**

Ademais, é certo que existem empresas concessionárias de veículos novos, domiciliadas em nosso Estado, que estão sendo beneficiadas pela redução na carga tributária do ICMS devido na modalidade de substituição tributária, desde o início da vigência do aludido Convênio 50/99 (29/07/99).

Acontece que, o texto constitucional, tanto no art. 5º, inciso II, quanto no art. 150, inciso II, consagra o universal primado da igualdade (isonomia), princípio este que atua como autêntico traço fundamental do nosso regime constitucional – Estado Democrático de direito. Tal postulado prescreve que aos governados que se encontrem na mesma situação deve ser dispensado igual tratamento, comando este que foi flagrantemente desatendido pela autoridade coatora. Isto por que insinuou-se atribuir cargas tributárias dispares a pessoas idênticas (TRATAMENTO DESIGUAL PARA PESSOAS IGUAIS).

Diante, pois, dos fundamentos trazidos a lume, concedo a segurança, nos precisos termos da impetração.

É como voto.

Fortaleza, 14 de dezembro de 2000.