

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
GAB. DESEMB - WALACE PANDOLPHO KIFFER  
22 de janeiro de 2018

REMESSA NECESSÁRIA Nº 0018785-87.2014.8.08.0012 - VITÓRIA - 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, MUNICIPAL, REGISTROS PÚBLICOS, MEIO AMBIENTE E SAÚDE

:

REMETENTE : JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DA FAZENDA PUBLICA DE VITORIA  
RELATOR DES. WALACE PANDOLPHO KIFFER

### RELATÓRIO

Trata-se de Remessa Necessária decorrente da r. sentença de fls. 180/185, proferida em Mandado de Segurança com pedido liminar impetrado por **TRANSPOSUL TRANSPORTES LTDA** em desfavor de **ESTADO DO EPÍRITO SANTO**, tendo sido concedida a segurança pleiteada na exordial, para fins de suspender a Ordem de Serviço nº 147/2014, no que tange à impetrante, bem como determinar que a Autoridade Coatora conceda, em definitivo, a Inscrição Estadual à autora, sem a necessidade de integralização de capital social mínimo, julgando extinto o procedimento em primeiro grau de jurisdição, *ex vi*, do art. 487, I, do CPC/15. Condenou, ainda, o impetrado a restituir as custas iniciais antecipadas pela Impetrante, devidamente atualizadas monetariamente a partir do seu pagamento, nos termos do art. 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97. Sem honorários advocatícios.

Não houve apelação voluntária.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça, pela desnecessidade de intervenção do *parquet* nos presentes autos.

É o breve **Relatório. Em mesa para julgamento.**

### V O T O S

**O SR. DESEMBARGADOR WALACE PANDOLPHO KIFFER (RELATOR):-**

Conforme relatado, trata-se de Remessa Necessária decorrente da r. sentença de fls. 180/185, proferida em Mandado de Segurança com pedido liminar impetrado por TRANSPOSUL TRANSPORTES LTDA em desfavor de ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, tendo sido concedida a segurança pleiteada na exordial, para fins de suspender a Ordem de Serviço nº 147/2014, no que tange à impetrante, bem como determinar que a Autoridade Coatora conceda, em definitivo, a Inscrição Estadual à autora, sem a necessidade de integralização de capital social mínimo, julgando extinto o procedimento em primeiro grau de jurisdição, ex vi, do art. 487, I, do CPC/15. Condenou, ainda, o impetrado a restituir as custas iniciais antecipadas pela Impetrante, devidamente atualizadas monetariamente a partir do seu pagamento, nos termos do art. 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97. Sem honorários advocatícios.

Não houve apelação voluntária, decido pela manutenção total da r. sentença.

Pois bem.

Cuidam os autos de mandado de segurança impetrado pela empresa TRANSPOSUL TRANSPORTES LTDA, insurgindo-se contra ato ilegal praticado pelo Ilmo Sr. Subsecretário de Estado e da Receita do Estado do Espírito Santo, objetivando a insubsistência da penalidade de suspensão de sua inscrição estadual, em virtude do não atendimento do que dispõe o art. 27, inciso IX, do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (RICMS/ES), ou seja, em razão da impetrante não comprovar a integralização do capital social mínimo de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) para exercer a atividade de armazenamento de mercadorias em geral por conta de terceiros.

Após compulsar os autos, entendo que a sentença não está a merecer reparos.

A questão discutida deve ser analisada sob dois aspectos: a legalidade formal e a legalidade material da norma.

Primeiramente vejamos a validade formal da norma. A Lei Estadual nº 7.000/2001, em seu art. 41 e 43, estabelece:

Art. 41. São obrigadas ao cadastramento fiscal a pessoa física, jurídica ou firma individual que praticam as operações ou prestações relativas ao imposto e que revistam da condição de contribuintes ou responsáveis, nos termos do disposto no Capítulo IX.

§ 1.º O Regulamento disciplinará o momento e a forma de concessão, cassação, cancelamento, paralisação e suspensão da inscrição estadual.

(...)

Art. 43. (...)

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput, o Poder Executivo poderá, na forma do Regulamento, dispor sobre concessão, cassação, cancelamento, paralisação e suspensão de inscrição no cadastro de contribuintes do imposto, para controlar a arrecadação e inibir a evasão fiscal.

Assim, o Poder Executivo, com a justificativa de que está a regulamentar o ICMS, editou o RICMS/ES, e, em seu art. 27, inciso IX determinou:

Art. 27. A FAC [Ficha de Atualização Cadastral] será preenchida em duas vias, assinadas e com firma reconhecida do titular, ou do sócio responsável ou diretor, em se tratando de firma individual ou de sociedade comercial, respectivamente, e apresentada à Agência da Receita Estadual a que estiver circunscrito o estabelecimento, juntamente com os seguintes documentos:

(...)

IX - para o estabelecimento com atividade de depósito de mercadorias para terceiros ou operador de logística:

a) comprovante de integralização de capital social de, no mínimo, quinhentos mil reais, mediante depósito em conta bancária, ou em imóveis, vedada a posterior alteração contratual tendente à redução de tal quantia; ou

b) balanço patrimonial arquivado na Junta Comercial, relativo ao último exercício contábil encerrado pelo contribuinte, que comprove a existência de patrimônio líquido igual ou superior ao valor previsto na alínea a.

Nesse sentido, acompanho o precedente de Relatoria da Desembargadora Eliana Junqueira Munhós Ferreira, entendendo que, no caso específico do armazenamento de mercadorias (estabelecido no art. 27, inciso IX do RICMS), apesar da Lei Estadual nº 7.000/01 estabelecer que o Poder Executivo poderá, por meio de decreto/regulamento, dispor sobre a concessão, cassação, cancelamento, paralisação e suspensão de inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, não pode a norma infralegal criar obrigação inexistente na legislação ordinária que lhe presta validade, sob pena de infringir o princípio constitucional da legalidade.

Vejamos o julgado da eminente Desembargadora:

EMENTA: AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO CÍVEL DESPROVIDA MONOCRATICAMENTE. EMPRESA OPERADORA DE LOGÍSTICA. EXIGÊNCIA DO RICMS. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL EM VALOR MÍNIMO DE R\$ 500 MIL. NORMA SUBALTERNA. AUSÊNCIA DE LASTRO LEGAL. RECHAÇO JURISPRUDENCIAL AOS 'REGULAMENTOS AUTÔNOMOS'. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO.

1) O art. 27, inc. IX, alínea `a, do RICMS vigente determina que a empresa com atividade de depósito de mercadorias para terceiros ou operadora de logística em armazenagem deve comprovar, para fins de inscrição estadual, a integralização de capital social de, no mínimo, R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), mediante depósito em conta bancária, sendo vedada a posterior alteração contratual tendente à redução de tal quantia. Sucede que não há lastro legal a amparar a obrigação veiculada em tal norma subalterna.

2) Malgrado o § 1º do art. 41 da Lei Estadual nº 7.000/01 estabeleça que o Regulamento disciplinará o momento e a forma de concessão, cassação, cancelamento, paralisação e suspensão da inscrição estadual, evidente que descabe ao referido regulamento - norma infralegal que é - criar, modificar ou extinguir obrigações, impondo ao contribuinte e/ou ao responsável tributário conduta não contemplada, ao menos às expressas, na lei em sentido formal.

3) O mesmo se diga em relação ao parágrafo único do art. 43 da Lei Estadual nº 7.000/01. Ou seja, conquanto o Poder Executivo possa, na forma do Regulamento, dispor sobre concessão, cassação, cancelamento, paralisação e suspensão de inscrição no cadastro de contribuintes do imposto, para controlar a arrecadação e inibir a evasão fiscal, não pode a referida norma de índole administrativa criar

obrigação inexistente na legislação ordinária que lhe confere fundamento de validade. Pensar de modo diverso faria letra morta do princípio da legalidade, vértice que norteia as relações jurídico-tributárias.

4) “No regime constitucional vigente, o Poder Executivo não pode editar regulamentos autônomos ou independentes e atos destinados a prover situações não-predefinidas na lei e, mas, tão-somente, os regulamentos de execução, destinados a explicitar o modo de execução da lei regulamentada (CF/88, art. 84, IV)” (STJ, REsp 751.398/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/09/2006, DJ 05/10/2006, p. 251). Recurso improvido. (TJES, Classe: Agravo Ap, 48090215111, Relator : ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 20/03/2012, Data da Publicação no Diário: 09/04/2012).

Desta forma, verifica-se que há indícios de ilegalidade na exigência, por Regulamento, de integralização de um capital social mínimo para exercer determinada atividade comercial, quando tal obrigação não está estabelecida na lei que lhe presta validade.

Com relação à validade material da norma, a questão da exigência de capital social mínimo para o exercício de certas atividades comerciais exigidas pelo RICMS/ES é matéria que vem sendo discutida neste Tribunal Estadual, havendo precedente de que o Decreto emitido pelo Poder Executivo viola os princípios constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência e da proporcionalidade quando exige capital social mínimo integralizado de alto montante para o exercício de uma atividade comercial.

É certo que os citados princípios econômicos devem ser ponderados com outros valores e fins públicos previstos no próprio texto constitucional, sujeitando o sujeito privado, então, à atividade reguladora e fiscalizadora do Estado.

Entretanto, os objetivos sociais do Estado, impostos através da política econômica do governo, não podem eliminar a livre iniciativa ou a concorrência, sob pena de afrontar a própria ordem econômica. É sobre esse aspecto que se discute a validade material da norma em debate - ao exigir um capital social mínimo integralizado de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

No mesmo sentido está o precedente da Segunda Câmara Cível:

**EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ALTERAÇÃO CADASTRAL. EMPRESA DO RAMO DE COMERCIALIZAÇÃO E ARMAZENAMENTO DE CAFÉ. ATO ADMINISTRATIVO PAUTADO NO ARTIGO 49-A, § 1º, INCISO II, DO RICMS. EXIGÊNCIA DE INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL NO VALOR DE R\$ 2.000.000,00 (DOIS MILHÕES DE REAIS). DESPROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA, LIVRE EXERCÍCIO DE TRABALHO, OFÍCIO OU PROFISSÃO E LIVRE CONCORRÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.**

I. O princípio da livre iniciativa e o princípio do livre exercício de ofício ou profissão são direitos fundamentais de eficácia contida, eis que o texto constitucional permite que a lei limite o exercício de tais direitos. No entanto, a lei limitadora deve observar o

princípio da proporcionalidade, impedindo que a limitação imposta ao direito fundamental viole o núcleo essencial desse direito. Isso porque, a restrição imposta ao direito fundamental não pode ser tamanha que inviabilize totalmente o seu exercício.

II.No caso em tela, a previsão estabelecida no artigo 49-A, §§ 1º e 2º, do RICMS, ao restringir a atividade de comercialização e armazenamento de café apenas para as pessoas jurídicas que possuam um capital social, integralizado, de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), acabou por violar os princípios constitucionais da livre iniciativa, livre exercício de ofício ou profissão e livre concorrência (entabulados, respectivamente, no artigo 1º, inciso IV; no artigo 5º, inciso XIII; e no artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal), porquanto criam um óbice inadmissível para que empresas de pequeno porte possam ingressar no aludido mercado.

III.Ademais, o Decreto n. 3.191 -R, de 27 de setembro de 2012, revogou a exigência de integralização de cotas de capital social no montante de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) para empresas de comercialização ou armazenamento de café, reduzindo tal montante ao valor originário, de 200.000,00 (duzentos mil reais)

IV. Recurso conhecido e improvido. (TJES, Classe: Agravo de Instrumento, 11129004203, Relator : NAMYR CARLOS DE SOUZA FILHO, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 19/02/2013, Data da Publicação no Diário: 26/02/2013).

Colaciono, ainda, julgado do Pleno deste eg. Tribunal, o qual declarou inconstitucional a majoração do valor da integralização mínimo do capital social de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para o deferimento de inscrição estadual aos contribuintes atacadistas, previsto no art. 49, inciso I do RICMS:

EMENTA TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL - INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - OBJETO – INCISO I, DO ART. 49, DO RICMS – MAJORAÇÃO DO VALOR DE INTEGRALIZAÇÃO MÍNIMO DO CAPITAL SOCIAL PARA O DEFERIMENTO DE INSCRIÇÃO ESTADUAL AOS CONTRIBUINTES ATACADISTAS – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA, DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL, DO LIVRE EXERCÍCIO DE OFÍCIO OU PROFISSÃO E DA LIVRE CONCORRÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE VERIFICADA - INCIDENTE ACOLHIDO. 1. Ao exigir que o contribuinte atacadista comprove a integralização do capital social em, no mínimo, duzentos mil reais para ter sua inscrição estadual regularizada, o Estado acaba impedindo que os atacadistas de pequeno e médio porte, que não possuem condições de integralizar tal quantia, continuem a exercer suas atividades habituais. 2. Tal atitude se revela extremamente segregatória e monopolista, na medida em que apenas aqueles atacadistas dotados de alto porte econômico conseguirão permanecer no mercado, evidenciando-se claramente contrária aos princípios constitucionais da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV), o princípio do desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II), o do livre exercício de ofício ou profissão (art. 5º, inciso XIII) e o da livre concorrência (art. 170, inciso IV) 3. Ao aumentar em 400% (de R\$ 50.000,00 R\$ 200.000,00 a partir de 01/01/2013) o capital social a ser integralizado por aqueles que atuam ou pretendem atuar no ramo atacadista, o Estado acaba indo flagrantemente de encontro ao desenvolvimento nacional, pois afasta do mercado muitos daqueles que não conseguem cumprir com tal exigência.

4. Não se desconhece que os princípios da livre iniciativa e do livre exercício ou profissão possuem eficácia contida, tendo em vista que a lei pode limitar a sua fruição (art. 170, parágrafo único, da CFRB), como bem observou o eminente Des. Ronaldo Gonçalves de Sousa que suscitou este incidente de inconstitucionalidade. Entretanto, tal limitação deve encontrar suas balizas no princípio da proporcionalidade, de modo a não inviabilizar o pleno exercício dos direitos fundamentais albergados pela Constituição da República.

5. Não se revela proporcional e razoável a exigência da integralização do montante de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para que aqueles que objetivem atuar no ramo atacadista obtenham a sua inscrição perante a Receita Estadual, de modo que o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade do inciso I do art. 49 do RICMS é medida que se impõe. 6. Incidente de inconstitucionalidade acolhido. (TJES, Classe: Arguição de Inconstitucionalidade AI, 24139022669, Relator : CARLOS SIMÕES FONSECA, Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 18/09/2014, Data da Publicação no Diário: 29/09/2014).

Tal situação gera, portanto, dúvidas se valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) é proporcional para se exigir de uma empresa que presta serviços de armazenamento de mercadorias para terceiros - sob pena de afrontar os princípios constitucionais da livre iniciativa (vício material), gerando verdadeiro obstáculo intransponível para os empresários de pequeno e médio porte, além de se consubstanciar em norma segregatória e monopolista.

Insta esclarecer, por oportuno, que até a publicação do Decreto nº 2.346-R de 02 de setembro de 2009, que alterou o Decreto 1.090-R de 25 de outubro de 2002 (RICMS/ES), não havia a exigência de qualquer capital social mínimo para as empresas que exerciam a atividade de depósito de mercadorias (atividade comercial já exercida pela impetrante Transposul Transportes Ltda desde 16/11/2005, conforme Contrato Social.

Portanto, no caso de armazenamento de mercadorias houve uma não exigência de capital social, para uma exigência de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), que passou a entrar em vigor na data de sua publicação, impossibilitando que a empresa agravada (de capital inferior) continuasse a realizar a atividade que já desenvolvia há mais de 04 (quatro) anos.

Entendo que essa nova obrigação criada pela Fazenda Pública impediu que os contribuintes de pequeno e médio porte continuassem a exercer a atividade comercial, evidenciando em afronta aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, sendo desproporcional ao que antes era exigido.

Deste modo, seja no âmbito formal, seja no âmbito material da norma, entendo que ela não deve ser, aplicada a Impetrante, sob pena de impedi-la de exercer sua atividade comercial, devendo ser mantida a sentença de primeiro grau que concedeu a segurança, suspendendo o ato administrativo que suspendeu a inscrição estadual da mesma.

Por todo o exposto, sem maiores delongas, CONHEÇO da presente Remessa Necessária e confirmo in totum a sentença reexaminada.

É como voto.

\*

**O SR. DESEMBARGADOR ARTHUR JOSÉ NEIVA DE ALMEIDA :-**

Voto no mesmo sentido

\*

**O SR. DESEMBARGADOR MANOEL ALVES RABELO :-**

Voto no mesmo sentido

\*

### **DECISÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, REMESSA NECESSÁRIA Nº 0018785-87.2014.8.08.0012 , em que são as partes as acima indicadas, ACORDA o Egrégio Tribunal de Justiça do Espírito Santo (Quarta Câmara Cível), na conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, em, À unanimidade: Confirmada a sentença em remessa necessária.

\*

\*

\*