



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2019.0000157541

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1044140-16.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é apelado [REDACTED].

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente) e EDSON FERREIRA.

São Paulo, 6 de março de 2019.

Oswaldo de Oliveira
Relator
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 28.326

COMARCA: SÃO PAULO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1044140-16.2018.8.26.0053

APELANTES: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO E JUÍZO *EX OFFICIO*

APELADO: [REDACTED]

INTERESSADOS: SUPERINTENDENTE DA RECEITA ESTADUAL E DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DA CAPITAL - DRTC III

Juiz de 1ª instância: Josué Vilela Pimentel

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. Importação de veículo para uso próprio. Contribuinte não habitual. Desembaraço aduaneiro sem o recolhimento de tributo. Cobrança fundada na Lei Complementar Estadual nº 11.001/01, que é anterior à Lei Complementar Federal nº 114/02. Tributo inexigível. Declaração de inconstitucionalidade da aludida lei proferida pelo Órgão Especial (0018486-77.2016.8.26.0000). Tese firma pelo STF no julgamento do RE nº 439.796/PR-RG (Tema 171), que deve prevalecer. Direito líquido e certo caracterizado. Sentença que concedeu a ordem mantida. Reexame necessário e recurso fazendário não providos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por [REDACTED] em face do Superintendente da receita Estadual, para que se abstenha de promover qualquer ato de exigência do ICMS - Importação em razão do desembaraço aduaneiro de bem de propriedade estrangeira, amparado por contrato de afretamento por tempo determinado.

A r. sentença concedeu a segurança, para determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir o ICMS na importação do veículo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Honda, modelo Civic, versão Type R, ano/modelo 2018, amparada pela Licença de Importação nº 18/2824386-2, bem como para reconhecer o direito líquido e certo do impetrante ao não recolhimento do ICMS na importação para uso próprio. Não houve sem condenação em honorários advocatícios, conforme Súmulas 512/STF e 105/STJ e artigo 25 da lei nº 12.016/09, e custas *ex lege*. Por fim, foi interposto o reexame necessário (fls. 238/242).

Inconformada, insurge-se a Fazenda do Estado, alegando, preliminarmente, inadequação da via eleita, visto que o pedido formulado na peça inaugural é genérico, além de exigir dilação probatória, o que é inadmissível em ação mandamental. No mérito, sustenta que o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos RE's nºs 493.796 e 474.267 não autoriza a conclusão apresentada pelo impetrante, pois distintos os substratos fáticos e jurídicos, já que incontroverso que a importação no caso presente é posterior à entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 33/01, que deu nova redação ao artigo 155, § 2º, inciso IX, letra 'a', da Constituição da República. Alega ainda que o artigo 4º, parágrafo único, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96 já autorizava a cobrança do imposto estadual na importação de bens por contribuinte não habitual e o artigo 1º da Lei Estadual nº 6.374/89 também prevê a incidência do imposto na situação em apreço. Portanto, não pode prosperar o entendimento do impetrante, na medida em que as normas estaduais de regência já se encontravam integradas ao sistema, sem necessidade de sua reedição. Por fim, aduz que em julgamentos recentes o Supremo Tribunal Federal tem ratificado a incidência do ICMS no recebimento de mercadoria importada por pessoa



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

física após a EC 31/01, julgando válida a lei paulista (fls. 245/272).

O impetrante apresentou contrarrazões (fls. 275/297).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 303).

É o relatório.

Os recursos não comportam provimento.

Pretende o impetrante afastar a incidência de ICMS no desembaraço aduaneiro sobre o veículo que importou para uso próprio, sob o argumento de que a Lei Estadual nº 11.001/2001 não ostenta suporte de validade constitucional.

E razão lhe assiste.

Com efeito, o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 439.796/PR-RG (Tema 171), firmou entendimento no sentido de que a cobrança de ICMS sobre as importações efetivadas por contribuintes não habituais do imposto, instituída pela EC 33/2001, somente se legitima caso existente lei estadual autorizativa posterior à alteração constitucional e à edição da Lei Complementar Federal nº 114/2002, estabelecadora de normas gerais em matéria tributária.

Confira-se a ementa do referido julgado:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. ICMS. IMPORTAÇÃO. PESSOA QUE NÃO SE DEDICA AO COMÉRCIO OU À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO OU DE TRANSPORTE INTERESTADUAL OU INTERMUNICIPAL. NÃO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONTRIBUINTE: VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2002. POSSIBILIDADE.

REQUISITO DE VALIDADE. FLUXO DE POSITIVAÇÃO. EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO.

1. Há competência constitucional para estender a incidência do ICMS à operação de importação de bem destinado a pessoa que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços, após a vigência da EC 33/2001.

2. A incidência do ICMS sobre operação de importação de bem não viola, em princípio, a regra da vedação à cumulatividade (art. 155, § 2º, I da Constituição), pois se não houver acumulação da carga tributária, nada haveria a ser compensado.

3. Divergência entre as expressões 'bem' e 'mercadoria' (arts. 155, II e 155, §2, IX, a da Constituição). É constitucional a tributação das operações de circulação jurídica de bens amparadas pela importação. A operação de importação não descaracteriza, tão-somente por si, a classificação do bem importado como mercadoria. Em sentido semelhante, a circunstância de o destinatário do bem não ser contribuinte habitual do tributo também não afeta a caracterização da operação de circulação de mercadoria. Ademais, a exoneração das operações de importação pode desequilibrar as relações pertinentes às operações internas com o mesmo tipo de bem, de modo a afetar os princípios da isonomia e da livre concorrência.

CONDIÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA TRIBUTAÇÃO

4. Existência e suficiência de legislação infraconstitucional para instituição do tributo (violação dos arts. 146, II e 155, XII, § 2º, I da Constituição). A validade da constituição do crédito tributário depende da existência de lei complementar de normas gerais (LC 114/2002) e de legislação local resultantes do exercício da competência tributária, contemporâneas à ocorrência do fato jurídico que se pretenda tributar.

5. Modificações da legislação federal ou local anteriores à EC 33/2001 não



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

foram convalidadas, na medida em que inexistente o fenômeno da 'constitucionalização superveniente' no sistema jurídico brasileiro. A ampliação da hipótese de incidência, da base de cálculo e da sujeição passiva da regra-matriz de incidência tributária realizada por lei anterior à EC 33/2001 e à LC 114/2002 não serve de fundamento de validade à tributação das operações de importação realizadas por empresas que não sejam comerciais ou prestadoras de serviços de comunicação ou de transporte intermunicipal ou interestadual.

6. A tributação somente será admissível se também respeitadas as regras da anterioridade e da anterioridade, cuja observância se afere com base em cada legislação local que tenha modificado adequadamente a regra-matriz e que seja posterior à LC 114/2002.

Recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul conhecido e ao qual se nega provimento. Recurso extraordinário interposto por FF. Claudino ao qual se dá provimento."

(RE 439.796/PR-RG - Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA - Tribunal Pleno - j. 06.11.2013 - DJe 17.03.2014).

No voto condutor, esclarece Eminentíssimo Ministro:

"De acordo com a jurisprudência desta Suprema Corte, a existência de competência tributária é insuficiente para justificar a cobrança do tributo, isto é, a constituição do crédito tributário. A competência deve ser exercida por agente competente e segundo o procedimento legislativo previsto. Essa orientação vem desde a antiga discussão sobre a incidência do ICM no fornecimento de alimentos e bebidas por restaurantes e congêneres (Súmula 574/STF).

Porém, a instituição da regra-matriz é isoladamente insuficiente. A própria norma que institui o tributo deve encontrar fundamento de validade nas normas gerais, imprescindíveis para o ICMS, para assegurar estabilidade e previsibilidade em nosso país, em cujo Estado a competência tributária é



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

partilhada com 26 estados, o Distrito Federal e mais de 5.500 municípios (arts. 24, §§ 3º e 4º e 155, XII, a, d e i da Constituição).

Para que a constituição do crédito tributário seja válida, a incidência deve ocorrer na presença concomitante dessas três condicionantes: existência de competência, exercício dessa competência pela União, resultante em norma geral em matéria tributária e exercício de competência por cada um dos estados-membros e pelo Distrito Federal, resultante na regra-matriz de incidência tributária.

Ocorre que alguns entes federados se precipitaram, ora à EC 33/2001, ora à lei complementar de normas gerais, e acabaram criando regras-matrizes sem o necessário fundamento de validade. Nesses casos, entendo aplicável a orientação firmada por esta Suprema Corte no RE 346.084 e no RE 390.840, que afasta o fenômeno da 'constitucionalização superveniente' de nosso sistema jurídico.

Para ser constitucionalmente válida a incidência do ICMS sobre operações de importação de bens, irrelevante a qualificação jurídica do adquirente, as modificações no critério material, na base de cálculo e no sujeito passivo da regra-matriz devem ter sido realizadas em lei posterior à EC 33/2001 e à LC 114/2002 (que modificou a LC 87/1996, para prever normas gerais específicas à incidência sobre importação de bens, independentemente de se tratar de adquirente-comerciante)."

Verifica-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal entendeu ser imprescindível a edição de lei federal estabelecadora de norma geral (conforme artigos 146, II e 155, § 2º, XII, 'i', da Constituição Federal), o que ocorreu com a Lei Complementar Federal nº 114/2002.

E, no Estado de São Paulo, ocorreu exatamente a hipótese mencionada pelo Ministro Joaquim Barbosa, ou seja, houve a edição da Lei Estadual nº 11.001/2001, que passou a prever a incidência do ICMS sobre



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

importações por contribuintes não habituais, independentemente da destinação dos bens, antes da edição da lei federal.

Tal questão foi submetida à apreciação do C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 1º, inciso VII da LCE nº 11.101/02, porque editada antes da LCF nº 114/2002, assim ementado:

“Incidente de inconstitucionalidade. Lei Estadual 11.001/2001. Artigo 1º, inciso VII, que deu nova redação ao inciso V do artigo 1º da Lei Estadual 6.374/1989. Incidência de ICMS sobre a entrada de mercadorias ou bem, importados do exterior por pessoa física ou jurídica, qualquer que seja sua finalidade. Descabimento. Legislação anterior à edição de legislação complementar federal sobre o tema. Violação da exigência plasmada no artigo 146, inciso III, 'a' da Constituição Federal. Entendimento no E. Supremo Tribunal Federal. Incidente de inconstitucionalidade acolhido.”

(Arguição de Inconstitucionalidade nº 0018486-77.2016.8.26.0000 - Relator: Borelli Thomaz - j. 29.06.2016).

Por conseguinte, a Lei Estadual nº 11.001/2001, por ser anterior à Lei Complementar Federal nº 114/2002, não pode fundamentar a incidência do ICMS sobre a importação de bens por contribuinte não habitual do imposto, pois, inexistindo o fenômeno da “constitucionalização superveniente”, não foi convalidada.

De outro lado, impende consignar que, não obstante haver decisões recentes do Supremo Tribunal Federal ratificando como válida a Lei paulista nº 11.001/2001, ao fundamento de que a ausência de lei complementar federal não enseja a inconstitucionalidade de lei estadual



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

editada após a EC 33/01, mas apenas inibe seus efeitos (RE 1.049.904-AgR/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, j. 16.10.2018; e RE 917950-AgR/SP, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 05.12.2017), tal entendimento tem efeito somente *inter partes*, devendo prevalecer, *in casu*, a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 439.796 (Tema 171), em sede de repercussão geral.

O tema já foi objeto de análise por esta 12ª Câmara de Direito Público:

“REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO - ICMS - Tributo exigido quando do desembaraço aduaneiro de veículo importado por pessoa física não contribuinte habitual - O OE do TJSP reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1º, VII, da Lei 11.001/01 - Lei Paulista editada antes da lei complementar federal, violando o art. 146, III, a, da CF - Inadmissibilidade da tributação. JUROS DE MORA - Incidência desde o desembolso do indébito - Inadmissibilidade - Juros que incidem somente a partir do trânsito em julgado, nos termos da Súmula 188 do STJ. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA - RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO, EM PARTE.”

(AC nº 1000249-84.2017.8.26.0309 - Relator: J. M. Ribeiro de Paula - j. 05.10.2017);

“Mandado de segurança - ICMS - Importação de medicamento - Operação posterior à edição da EC nº 33/2001, a qual modificou o art. 155, § 2º, IX, 'a' da CRFB para determinar a incidência do imposto a importações de bens ou mercadorias, por pessoa física ou jurídica, a par de sua finalidade - Inaplicação da Lei Estadual nº 11.011/01 para respaldar nova hipótese de incidência, pois posterior à LC nº 114/2002 - Entendimento sedimentado pelo E. STF no julgamento do RE nº 439796/PR - Inexistência de 'constitucionalização superveniente' - Posterior julgamento do AgReg no RE



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nº 917.950 no qual a 2ª Turma do E. STF reconheceu a validade da lei estadual paulista - entendimento que possui efeitos inter partes, devendo prevalecer, por ora, a tese firmada em repercussão geral nos autos do RE 439.796 (tema 171) - Precedentes deste E. Tribunal - apelação e reexame desprovidos."

(AC nº 1004147-35.2018.8.26.0224 - Relator: Souza Meirelles - j. 13.12.2018 - g.n.).

"ICMS. Desembaraço aduaneiro. Importação de veículo para uso próprio, por pessoa física não contribuinte. Emenda Constitucional nº 33, de 2001, que deu nova redação ao artigo 155, § 2º, IX, 'a', da Constituição Federal. Incidência do ICMS considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Exigência, contudo, de lei estadual posterior à EC 32/2001 e à Lei Complementar Federal nº 114/2002, esta sem efeito de repristinação da Lei estadual nº 11001/2001, editada antes. Declarada a inconstitucionalidade do artigo 1º, VII, pelo Órgão Especial desta Corte, porque editado antes da Lei Complementar Federal nº 114/2002. Ação julgada improcedente em 1º grau. Decisão reformada em 2ª instância. RECURSO PROVIDO."

(AC nº 1001836-36.2017.8.26.0053 - Relatora: Isabel Cogan - j. 31.05.2017).

Confiram-se ainda outros precedentes deste C. Tribunal:

"DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO - ICMS - Importação de veículo para uso próprio - Contribuinte não habitual - Desembaraço aduaneiro sem o recolhimento de tributo - Cabimento - Julgamento do RE nº 439.796/PR pelo Supremo Tribunal Federal - Cobrança lastreada na Lei Complementar Estadual nº 11.001/01, anterior à LC 114/02 - ICMS inexigível - Precedentes deste Eg. TJ - CONSECTÁRIOS LEGAIS - Inaplicabilidade da Lei nº 11.960/09 - Juros moratórios, contados do trânsito em julgado da sentença, nos termos da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Súmula 188 do Superior Tribunal de Justiça e fixados com base na taxa SELIC - Ação julgada procedente na 1ª Instância - Sentença reformada em parte, apenas no tocante à forma de liquidação - Preliminar repelida - Recurso não provido."

(AC nº 1017672-29.2016.8.26.0071 - Relator: Leme de Campos - 6ª Câmara de Direito Público - j. 09.10.2017);

"APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICOTRIBUTÁRIA. ICMS. Veículo importado por contribuinte não habitual do imposto. Afastamento da exigibilidade do tributo. Possibilidade. Incidência de ICMS para operações de importação com contribuinte não habitual do imposto que exige legislação infraconstitucional posterior à EC 33/01 e à Lei Complementar nº 114/02. Lei Estadual nº 11.001/01 que não atende ao requisito. Entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 439.796/PR. Precedentes desta Corte. Decisão mantida. Recurso voluntário e reexame necessário desprovidos."

(AC nº 1049434-83.2017.8.26.0053 - Relator: Bandeira Lins - 8ª Câmara de Direito Público - j. 18.04.2018).

Nesse contexto, de rigor a manutenção da r. sentença, porquanto em consonância com os argumentos ora esposados.

À vista do exposto, nega-se provimento ao reexame necessário e ao recurso fazendário.

OSVALDO DE OLIVEIRA

Relator