



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
13ª Câmara de Direito Público

Registro: 2018.0000143698

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Reexame Necessário nº 1047243-36.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUIZO EX OFFÍCIO, é apelado RICARDO PANZENBOECK DELLAPE BAPTISTA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso voluntário e ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 28 de fevereiro de 2018.

Antonio Tadeu Ottoni
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

13ª Câmara de Direito Público

VOTO (D) Nº: 14.573

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº: 1047243-36.2015.8.26.0053

COMARCA: SÃO PAULO.

RECORRENTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO; JUÍZO “EX OFFICIO”.

RECORRIDO: RICARDO PANZENBOECK DELLAPE BAPTISTA.

INTERESSADO: DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DE SÃO PAULO.

JUÍZA DE 1º GRAU: DRA. SIMONE GOMES RODRIGUES CASORETTI.

EMENTA

DIREITO PÚBLICO – MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO DA FAZENDA ESTADUAL – I.C.M.S. – IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO POR PESSOA FÍSICA PARA USO PRÓPRIO – DESEMBARAÇO ADUANEIRO SEM O RECOLHIMENTO PRÉVIO DO I.C.M.S. – CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – Não ocorrência – Adequação do mandado de segurança preventivo, porquanto não se busca discutir lei em tese, mas sim evitar os efeitos concretos de ato normativo, mormente em razão da incidência imediata sobre a esfera jurídica do contribuinte – Preliminar afastada.

MÉRITO – Manutenção – Ausência de suporte de validade para aplicação da Lei Estadual nº 11.001/2001 – Possibilidade de incidência do I.C.M.S. relativo à importação prevista somente com a E.C. nº 33/2001 – Cobrança, entretanto, que demandava a criação de Lei Complementar – Lei Estadual nº 11.001/2001 que, embora posterior à E.C. 33/2001, precede à Lei Complementar nº 114/2002 – Inviabilidade, nestas condições, de cobrança do tributo – Precedentes do S.T.F. e do Órgão Especial desta Corte – Direito líquido e certo demonstrado.

Sentença mantida – Apelação e reexame necessário desprovidos.

Vistos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 13ª Câmara de Direito Público

1) RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pela impetrada contra a r. sentença de fls. 169/173, cujo relatório é adotado, que **concedeu a segurança** para, confirmando a liminar, declarar a inexigibilidade do I.C.M.S. na importação para uso próprio, por pessoa física, do veículo indicado na vestibular e objeto da Licença de Importação nº 15/3442564-5.

Em recurso (fls. 178/187), a Fazenda Estadual sustentou, em síntese, que:

a) não seria cabível a impetração do mandado de segurança preventivo contra lei em tese, nos termos da Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal;

b) o Estado de São Paulo teria plena competência para legislar sobre I.C.M.S.;

c) não deveria se aplicar, ao caso, o decidido nos Recursos Extraordinários nº 474.267 e 439.796.

O recurso, isento de preparo, foi processado e contra-arrazoado (fls. 191/204).

É o relatório.

2) FUNDAMENTOS

De proêmio, registre-se haver o Ministério Público declinado de oficiar no feito (fls. 162).

Feitas essa observação, os recursos, oficial e voluntário, não merecem provimento.

2.1) Do cabimento do Mandado de Segurança Preventivo

A preliminar de não cabimento do mandado de segurança contra lei em tese (Súmula 266 do S.T.F.) não vinga.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 13ª Câmara de Direito Público

Com efeito, o presente *mandamus* não busca discutir lei em tese, mas sim os efeitos concretos de ato normativo (evitar a constituição de crédito tributário).

Assim, a via eleita mostra-se adequada, porquanto empregada para impugnar preventivamente ato ilegal atribuído à autoridade coatora, com repercussão direta e concreta no direito do impetrante.

A visão declinada sobre o propósito do mandado de segurança preventivo e seu cabimento encontra salvaguardo em lições doutrinárias:

“O que autoriza o mandado de segurança preventivo não é apenas o sentido que uma norma legal possa ter abstratamente, mas aquela que a autoridade pode adotar diante dos elementos fáticos que, in concreto, lhe permitem interpretar os atos praticados pelo impetrante. Não é o ato de aplicar a lei, mas a ocorrência de seu suporte fático que faz com que a lei possa ser considerada já no plano concreto”.

Quando a lei, por sua própria força, tem o potencial de produzir efeitos diretos e imediatos em relação ao impetrante, como o de impor-lhe proibições ou encargos já exigíveis na sua situação fática atual, cabível será o mandamus preventivo para combater o 'potencial lesivo do ato normativo – lei ou decreto – que se pretende atacar'.

(...)

O fundamento que conduz a essa conclusão apoia-se na premissa de que a autoridade administrativa não tem a liberdade de aplicar ou deixar de aplicar a lei tributária em vigor, ainda que nela se possa entrever algum aspecto de inconstitucionalidade. Se a aplicação da norma legal é, para a autoridade, inevitável e necessária, a ameaça de aplicação ao contribuinte deixa de ser mero receio subjetivo para se apresentar como ameaça concreta de lançamento iminente. A ameaça está contida na própria lei, tendo em vista sua incidência imediata sobre a esfera jurídica do contribuinte.

Daí o cabimento, neste caso, do mandado de segurança preventivo. Seu objetivo – advirta-se – não será, a evidência, a pura e singela declaração de invalidade da própria lei, mas sim que o provimento judicial acolha o pedido de impor, à autoridade



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

13ª Câmara de Direito Público

competente para o lançamento, a vedação de promove-la.” (Theodoro Júnior, Humberto – “Lei do mandado de segurança comentada” – Rio de Janeiro, Forense, 2014, pág. 34 e 38).

“Assim, toda vez que o impetrante estiver na iminência de sofrer lesão em direito líquido e certo seu, pode valer-se do mandado de segurança para evitar que ela, a lesão, concretize-se. Busca-se, com a impetração preventiva, uma verdadeira imunização da situação fática que dá ensejo à propositura da ação, resguardando-se, integralmente, a futura fruição plena e in natura do bem jurídico reclamado pelo impetrante.

O tema ganha bastante interesse na esfera tributária, considerando tratar-se, por definição, o ato de lançamento (de constituição do crédito tributário) de ato vinculado para a autoridade tributária, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional. Assim é que, estando presentes objetivamente os pressupostos configuradores do lançamento – dada a certeza da ocorrência desse ato –, cabe o mandado de segurança independentemente de qualquer outro ato concreto por parte da autoridade pública, desde que, evidentemente, sejam ocorrentes os demais pressupostos da ação.” (Bueno, Cassio Scarpinella – “Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66” – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo, Saraiva, 2009, pág. 34).

No mesmo sentido, já decidiu esta Colenda Câmara:

“RECURSO OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. ITCMD. HERANÇA NO EXTERIOR. Pretensão voltada preventivamente a que a Fazenda Pública se abstenha de cobrar ITCMD incidente sobre herança recebida pelos impetrantes, por morte de sua genitora, com ativos financeiros no exterior. Preliminar – Adequação da vida mandamental, pois não se busca discutir lei em tese, mas evitar a constituição de crédito tributário, sendo empregada para impugnar preventivamente ato ilegal atribuído à autoridade coatora, com repercussão direta no direito dos impetrantes. Preliminar rejeitada. Mérito – Ausência de Lei Complementar Federal. O ITCMD é um imposto Estadual,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

13ª Câmara de Direito Público

contudo está previsto na Constituição Federal, notadamente no art. 155, inciso I, § 1º. A competência para instituí-lo deve ser estabelecida por lei federal complementar. Cobrança ilegal, diante da ausência de edição da lei federal complementar e da falta de competência de qualquer dos órgãos para instituir o ITCMD sobre heranças e doações recebidas no exterior. Precedentes do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça. Ordem concedida na origem. Sentença mantida. Recursos não providos.” (Apelação/Reexame Necessário nº 1057309-41.2016.8.26.0053, Rel. Djalma Lofrano Filho, 13ª Câmara de Direito Público, j. em 09/08/2017) – destaquei em negrito.

Dessa forma, legítima a impetração da presente ação mandamental na modalidade preventiva.

2.2) Do mérito

Consta dos autos que o impetrante, após regular habilitação no Sistema Ambiente de Registro e Rastreamento de Autuação dos Intervenientes (RADAR), adquiriu nos Estados Unidos um veículo Cadillac Escalade, 2015, de forma que ajuizou a presente demanda pleiteando a inexigibilidade do recolhimento do I.C.M.S. do referido veículo conforme Licença de Importação nº 15/3442564-5.

Nesse passo, os recursos, oficial e voluntário, não merecem provimento.

Com efeito, a Emenda Constitucional nº 33/2001 incluiu, na hipótese de incidência do I.C.M.S., as importações realizadas por pessoas físicas e jurídicas, ainda que não contribuintes habituais:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 13ª Câmara de Direito Público

exterior; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993](#))

(...)

§ 2º *O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:*

([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993](#))

(...)

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001](#))” (destaquei em negrito).

Ato contínuo, foi promulgada a Lei Estadual nº 11.001, de 21 de dezembro de 2001, que deu nova redação ao artigo 1º, V, da Lei Estadual nº 6.374/89 (que dispõe sobre a instituição do I.C.M.S. no Estado de São Paulo), dispondo o novo texto que o I.C.M.S. incide sobre a “*entrada de mercadoria ou bem importados do exterior por pessoa física ou jurídica, qualquer que seja sua finalidade*”.

E, conquanto o regramento editado pelo Estado de São Paulo (Lei Estadual nº 11.001/2001) convergisse com o assentado pela E.C. nº 33/01, a disposição constitucional estabelece a necessidade de edição de lei complementar para definir o fato jurídico tributário, base de cálculo e os contribuintes abrangidos pela incidência (art. 146, III, “a”, da Constituição Federal).

No entanto, Lei Complementar somente foi editada em dezembro de 2002 (LC nº 114/02), na qual se definiram os aspectos da hipótese de incidência do I.C.M.S., a recair também sobre bens importados, qualquer que seja sua finalidade, reconhecendo-se, ainda, a qualidade de contribuinte a qualquer pessoa que importe bens, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial.

Deste modo, é inconteste que a Lei Estadual nº 11.001/01 foi editada anteriormente à imprescindível posituação da Lei Complementar prevista



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 13ª Câmara de Direito Público

constitucionalmente.

Assim, a precipitação do Poder Executivo estadual, ao promulgar a Lei nº 11.001/2001 para dispor sobre a nova modalidade de incidência do I.C.M.S., invalida a cobrança, não podendo ser convalidada com a posterior edição da Lei Complementar nº 114/02.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento de recurso representativo de controvérsia, definiu que a incidência do I.C.M.S. sobre importação operadas por contribuintes não-habituais, somente seria possível caso existente lei estadual disciplinando tal modalidade de cobrança do imposto, **desde que tal legislação fosse posterior à modificação constitucional e à edição de lei federal complementar apta a constituir norma geral de balizamento à atuação dos entes federativos**, nos termos da ementa que segue transcrita:

“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 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-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

13ª Câmara de Direito Público

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 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 nº 439796, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, j. em 06.11.2013, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-051 DIVULG 14-03-2014 PUBLIC 17-03-2014) – destaquei em negrito.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 13ª Câmara de Direito Público

Portanto, nos termos do julgamento acima, a cobrança do I.C.M.S. só é válida se a legislação local for posterior à Emenda Constitucional nº 33/01, mas também, superveniente à Lei Complementar de normas gerais, independentemente da lei local se conformar ou não ao novo cenário estabelecido pela E.C. nº 33/2001, ante a impossibilidade de “*constitucionalização superveniente*”.

Ademais, a referida Lei Estadual nº 11.001/2001 foi submetida à apreciação do Órgão Especial desta Corte, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 1º, VII, porque editado antes da Lei Complementar Federal nº 114/2002, violando o artigo 146, III, “a”, da Constituição Federal:

“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, Rel. Borelli Thomaz, Órgão Especial, j. em 29.06.2016).

Nesse sentido, precedentes desta Colenda Câmara de Direito Público:

“TRIBUTÁRIO – REPETIÇÃO DE INDÉBITO - Importação de veículo para uso próprio – Não incidência do ICMS, na espécie, porquanto, ainda que se trate de bem importado, a que se refere o art. 155, II, § 2º, IX, "a", da CF, com redação dada pela EC nº 33/2001, a exigência se dá com base na Lei Estadual nº 11.001/2001, que, embora posterior à EC nº 33/2001, é anterior à Lei Complementar nº 114/2002 – O Pretório Excelso decidiu, em repercussão geral, que o tributo incide desde que a lei federal ou local, conforme o caso, seja posterior à EC nº 33/2001 e à Lei Complementar nº 114/2002 – Ademais, referida Lei Estadual nº 11.001/2001 foi declarada inconstitucional, no aspecto, pelo C. Órgão Especial desta Corte Bandeirante – Precedentes deste Tribunal – Alteração dos critérios de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

13ª Câmara de Direito Público

atualização monetária e juros de mora fixados na sentença - Sucumbência fazendária mantida, com majoração dos honorários (art. 85, § 11, do NCPC) – Apelo não provido, com alteração, de ofício, dos critérios de atualização monetária e juros.” (Apelação nº 1029013-43.2015.8.26.0053, Rel. SPOLADORE DOMINGUEZ, j. em 13.09.2017).

“DIREITO TRIBUTÁRIO. Incidência de ICMS – Contribuinte não habitual - Importação de automóvel após a EC. nº 33/01 – Necessária a observância do julgamento, com repercussão geral, pelo C. STF do RE nº 439.796/PR – Necessidade de lei local posterior à EC. nº 33/01 e à Lei Complementar nº 114/02, para a exação tributária – Insuficiência da Lei Estadual nº 11.001/2001. Direito à repetição de indébito tributário reconhecida. R. sentença reformada. RECURSO PROVIDO.” (Apelação nº 1053239-15.2015.8.26.0053, Rel. FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, j. em 15.03.2017).

Destarte, sendo a Lei Estadual nº 11.001/01 anterior à entrada em vigor da Lei Complementar nº 114/02, conclui-se que não há amparo legal para a tributação do I.C.M.S. na espécie, sendo, de rigor, a manutenção da r. sentença de concessão da ordem por seus próprios e jurídicos fundamentos, razão pela qual **nega-se provimento aos recursos.**

3) CONCLUSÃO

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso voluntário e ao reexame necessário.

ANTONIO TADEU OTTONI

Relator