



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2016.0000701712

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001176-48.2016.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante PAULO BAPTISTA DINIZ GONÇALVES, são apelados FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO (PGE REG SJRP) e CHEFE DO POSTO FISCAL - PF-10 - GUARULHOS SR. EDSON TOMIHIRO KATO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 26 de setembro de 2016.

EDUARDO GOUVÊA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

7ª Câmara de Direito Público

Processo nº 1001176-48.2016.8.26.0224

Comarca: Guarulhos

Juiz sentenciante: Rafael Tocantins Maltez

Apelante: Paulo Baptista Diniz Gonçalves

Apelado: Fazenda do Estado de São Paulo

Interessado: Chefe do Posto Fiscal – PF-10 - Guarulhos

Voto nº 25.253

APELAÇÃO CÍVEL – Mandado de Segurança com Pedido Liminar - ICMS – Importação de medicamento por pessoa física, para uso próprio – Pretensão de não recolhimento do ICMS – Sentença que concedeu em parte a segurança pleiteada pra tão somente determinar à autoridade coatora que se abstenha de exigir o recolhimento do ICMS/importação no desembaraço do medicamento descrito nos autos, sem prejuízo de cobrança posterior do mencionado tributo, tornando definitiva a liminar concedida – Pretensão de concessão total da ordem para que seja inexigível a cobrança do ICMS no ato da importação do medicamento em questão – Admissibilidade – Decisão que merece reforma, tendo em vista que a edição da EC nº 33/2001, que trata da exigibilidade do imposto estadual quando do desembaraço aduaneiro, se mostra ilegítima a qualquer produto importado do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, levando-se em conta que o RE nº 439.796/PR decidiu que a incidência mencionada deve ser posterior à EC nº 33/01 e também à Lei Complementar nº 114/02 – Lei nº 11.001/01 do Estado de São Paulo que é anterior à lei acima citada – Caso de inexigibilidade do tributo – Precedente -

Recurso provido

Cuida-se de recurso de Apelação interposto pela parte acima descrita (fls.184/215), em sede de Mandado de Segurança com Pedido Liminar (fls.01/44), objetivando o desembaraço aduaneiro sem o recolhimento de ICMS de fármaco importado, contra r. decisão (fls.174/176), que concedeu em parte a

segurança pleiteada pra tão somente determinar à autoridade coatora que se abstenha de exigir o recolhimento do ICMS/importação no desembaraço do medicamento descrito nos autos, sem prejuízo de cobrança posterior do mencionado tributo, tornando definitiva a liminar concedida. Determinou sucumbência recíproca.

Alega, em síntese, que é pessoa física e que o medicamento é para uso próprio, não podendo sofrer tributação de ICMS, pois não é contribuinte; que é portador de Glioblastoma Multiforme e necessita do remédio Keytruda (pembrolizumabe), para uso contínuo; e, por fim, afronta à Constituição Federal. Requer a concessão total da ordem, para que seja inexigível a cobrança do ICMS no ato da importação do medicamento em questão, realizado por pessoa física e para uso próprio.

Contrarrazões às fls.304/325.

Órgão Ministerial que deixou de oferecer parecer (fls.353).

É o breve relatório.

O recurso merece provimento.

Por primeiro, fique explícita a desconsideração, bem como a análise dos documentos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

juntados pelo recorrente às fls.333 e seguintes, posteriores à apresentação da peça contestatória.

É incontroversa a enfermidade do impetrante e a necessidade da medicação em pauta, diante dos documentos médicos de fls.52 e 53.

Em que pese a atual redação da alínea “a”, do inciso IX, do § 2º, do artigo 155, da Constituição Federal, determinada pela Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001, que dispõe que o ICMS incide *“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 do serviço”*, bem como o artigo 2º, § 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96, com a alteração introduzida pela LC nº 114/2002, que reza que o tributo em tela incide também *“sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade”*, há que se sopesar que a Lei Estadual que regula a matéria, 11.001/01, é anterior à legislação acima mencionada. Assim, a lei infraconstitucional é posterior à determinação de cobrança do tributo.

Diante de decisão do Supremo Tribunal Federal,

proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº RE n. 439.796/PR, de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, de rigor a procedência da ação:

“EMENTA: 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-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.” (Grifei).

Observa-se nas “Condições Constitucionais para Tributação” dispostas no RE 439.796/PR, serem necessárias para a incidência do ICMS Importação à contribuinte não habitual, a existência da EC 33/2001, da LC 114/2002 (lei complementar federal) e também de legislação local que tenha modificado adequadamente a regra-matriz e que seja posterior à EC 33/2001 e à LC 114/2002 (expedida em 16/12/2002).

No caso presente, a legislação do Estado de São Paulo que veio definir os aspectos de ampliação da hipótese de incidência do ICMS Importação, da base de cálculo e a sujeição passiva da regra-matriz de incidência do ICMS Importação é a Lei Estadual nº 11.001/01, que entrou em vigor em dezembro de 2001.

Sendo, portanto, esta Lei Estadual de São Paulo anterior à Lei Complementar nº 114/02, não se pode autorizar a incidência do ICMS sobre o medicamento importado pelo(a) impetrado(a).

Nesse sentido já decidiu esta C. 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“EMBARGOS DECLARATÓRIOS – ICMS sobre importação ocorrida após a vigência da EC 33/01, exigido com base na LCE 11.101/01, editada antes da federal (LC 114/02). Inexigibilidade do tributo por ofensa ao princípio da anterioridade. Não incidência do disposto no art. 24, § 4º, da CR, por cuidar de legislação sobre regra matriz do tributo. Precedente da C. Câmara Especial de Presidentes desta Corte. Embargos acolhidos em consonância com o paradigma apontado (RE 439.796/PR).” Embargos de Declaração nº 0149128-56.2007.8.26.0000/50003 - 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo – Rel. Des. Coimbra Schmidt. (grifo nosso).

Custas e despesas pela vencida. Sem fixação de honorários.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso, para declarar inexigível a cobrança do tributo ICMS sobre o medicamento importado em questão, nos termos em que pleiteado.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

No mais, considero pré-questionadas demais questões que possam vir à baila, para fins de acesso às vias judiciais superiores.

Eduardo Gouvêa
Desembargador Relator