



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2017.0000761530

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001318-52.2016.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante/apelado DORVAL BRAULIO MARQUES, é apelada/apelante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO (PGE REG SJRP).

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Adequação da decisão anterior, consignando o provimento do reexame necessário e do recurso de apelação do autor e o não provimento do apelo da FESP. V.U", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) e RUBENS RIHL.

São Paulo, 3 de outubro de 2017.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Apelação nº 1001318-52.2016.8.26.0224

Apelante/Apelado: Dorval Braulio Marques

Apelado/Apelante: Fazenda Pública do Estado de São Paulo (Pge Reg Sjrj)

Interessado: Chefe do Posto Fiscal Avançado de Guarulhos - PF10

Comarca: Guarulhos

Voto nº 21762

RECURSOS REPETITIVOS – ART. 543-B, § 3º, DO CPC (ART. 1030, INCISO II, DO NCPC)

RECURSOS REPETITIVOS – Julgamento do RExtr. nº 439.796-PR pelo STF – Art. 543-B, § 3º, do CPC/73 – ICMS – Pessoa física que não é contribuinte habitual do imposto – Importação de medicamento para tratamento de câncer – Tributo exigido por força do disposto no art. 7º, parágrafo único, nº 1, da LE nº 6.374/89, na redação dada pela LE nº 11.001/01 – Impossibilidade – Norma editada antes da LC nº 114/02 – Precedentes – Adequação da decisão anterior, consignando o provimento do reexame necessário e do recurso de apelação do autor e o não provimento do apelo da FESP.

A r. sentença de fls. 180/182 concedeu em parte a segurança pleiteada por Dorval Braulio contra ato praticado pelo Chefe do Posto Fiscal Avançado de Guarulhos – PFC 10, somente para determinar à autoridade coatora que se abstenha de exigir o recolhimento de ICMS/Importação no desembaraço do medicamento descrito na Declaração de Importação nº 15/2146416-4, medicamento ABRAXANE 100 MG/ 20ML INF 1 VIAL – LOTE 6200314^a – VALIDADE 02/2018 – DE USO CONTÍNUO, sem prejuízo de cobrança posterior do ICMS, tornando definitiva a liminar concedida (fls. 122/123).

O acórdão de fls. 387/392 deu provimento ao reexame necessário e ao recurso de apelação da Fazenda Estadual, para o fim de denegar a ordem, negando provimento ao apelo do autor.

Rejeitados seus embargos declaratórios (fls. 397/418) por decisão de fls. 607/610, o requerente, então, ingressou com Recurso Extraordinário (fls. 478/511) insistindo na procedência da pretensão aduzida na inicial e na inconstitucionalidade da cobrança do ICMS pelo Fisco Estadual, matéria submetida



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

à apreciação do Supremo Tribunal Federal – STF pelo rito do art. 543-B do Código de Processo Civil – CPC/73 (recursos repetitivos).

Diante do julgamento de mérito do recurso representativo da controvérsia (RExtr. nº 439.796-PR), os autos foram devolvidos a esta Câmara “para que o órgão colegiado reaprecie a questão nos termos do inc. II do art. 1.030 do Código de Processo Civil” (fls. 624).

É o relatório.

O autor, pessoa física que não é contribuinte habitual de ICMS (fls. 23/30), importou, em dezembro/2015, medicamento para o tratamento do câncer (ABRAXANE 100 MG – fls. 60/68).

Na inicial, o requerente defende que é inexigível o recolhimento de ICMS na operação (fls. 01/44), o que não foi reconhecido pela r. sentença de fls. 180/182, entendimento igualmente adotado pelo v. acórdão de fls. 387/392.

No julgamento realizado em 27/12/2016, este colegiado entendeu que as condições estabelecidas na constituição para a tributação estão preenchidas; em resumo, apontou-se que:

“a questão no Estado de São Paulo assume contornos distintos uma vez que, embora a Lei Estadual nº 11.001/2001 (instituidora do ICMS sobre a importação por pessoa física ou jurídica, qualquer que seja a finalidade do produto), seja anterior à Lei Complementar definidora do contribuinte do imposto (LC nº 114/2002), ela é posterior à EC nº 33/2001.

Portanto, sendo referida norma estadual posterior ao novo texto constitucional, no caso do Estado de São Paulo não há que se falar na ocorrência do fenômeno de “constitucionalização superveniente”, como ocorrido no caso julgado pelo STF.

Acrescente-se que a Lei Estadual está em consonância com o que dispõe a Constituição Federal, não havendo motivo para não aplicá-la aos casos abarcados pela hipótese de incidência do tributo.

(...)

Assim sendo, uma vez que referida importação ocorreu em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

momento posterior à Emenda Constitucional nº 33/01 e à vigência da Lei Estadual nº 11.001/01 (fls. 61/68), regular a exigência pelo Fisco do tributo questionado, de modo que o caso era denegação da segurança, ausente o direito líquido e certo alegado.” (em especial fl. 391).

A matéria, todavia, foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal – STF pelo rito do art. 543-B do Código de Processo Civil – CPC/73 (recursos repetitivos).

No julgamento de mérito do recurso representativo da controvérsia (RExtr. nº 439.796-PR), o Pretório Excelso reconheceu a validade das alterações promovidas pela EC nº 33/01, entretanto, concluiu que **o tributo só pode ser exigido por força de legislação estadual superveniente à edição da Lei Complementar – LC nº 114/02, in verbis:**

“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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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.” (REextr. nº 439.796-PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 06/11/2013, com destaques e grifos nossos).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

No caso concreto, a própria autoridade coatora insiste que o tributo é devido **por força das alterações promovidas pela LE nº 11.001/01** (em especial fls. 149/150), **norma editada antes da LC nº 114/02**.

Ocorre que, na hipótese, como afirmado pelo STF, é **incabível a cobrança do ICMS com base em lei editada antes da LC nº 114/02**. Reitera-se a seguinte conclusão daquela Corte:

“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 (...)” (fls. 205, com destaque nosso. Na mesma direção: Ag.Rg. no AI nº 745.113-SC, rel. Min. Marco Aurélio, j. 01/04/2014, ressaltado no julgamento o *“dever de observância aos princípios da anterioridade e da irretroatividade tributária tendo por base lei estadual que seja posterior à edição da Lei Complementar nº 114, de 16, de dezembro de 2002, consignada a inadmissibilidade da tributação em momento anterior”*).

Não obstante a operação discutida tenha ocorrido em dezembro/2015 (fls. 60/68), ou seja, após o advento da EC nº 33/01 e da LC nº 114/02, inviável exigir o recolhimento de imposto em razão das modificações implementadas pela LE nº 11.001/01.

Por conseguinte, adotando-se o entendimento pacificado pela Suprema Corte, a pretensão inicial deve ser acolhida, de modo que o caso era de se conceder a segurança pretendida pelo autor.

Ante o exposto, meu voto é pela adequação da decisão anterior (acórdão de fls. 387/392), consignando o provimento do reexame necessário e do recurso de apelação do autor, para o fim de conceder a ordem pleiteada e pelo não provimento do apelo da FESP.

Luís Francisco Aguilar Cortez
Relator Designado