



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2016.0000506368

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1042527-35.2015.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante/apelado [REDACTED] é apelado/apelante CHEFE DO POSTO FISCAL AVANÇADO 10 DA SECRETARIA DA FAZENDA ESTADUAL - PFC10 - GUARULHOS - SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso do impetrante, desprovido os demais. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente sem voto), RENATO DELBIANCO E CARLOS VIOLANTE.

São Paulo, 25 de julho de 2016.

Vera Angrisani
Relator
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 27376

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1042527-35.2015.8.26.0224

COMARCA: GUARULHOS

REMESSA NECESSÁRIA

APELANTES E APELADOS: [REDACTED] E CHEFE DO POSTO FISCAL AVANÇADO 10 DA SECRETARIA DA FAZENDA ESTADUAL - PFC10 - GUARULHOS – SP

JUIZ DE 1º GRAU: DR. ANDERSON PESTANA DE ABREU

MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. Impetrante portador de câncer. Operação de importação de medicamento para uso próprio. Contribuinte não habitual. Não incidência. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a incidência de ICMS para operações de importação tendo como destinatário contribuinte não habitual do tributo exige legislação infraconstitucional instituidora editada posteriormente à EC n.º 33/01 e à Lei Complementar Federal n.º 114/02. Anterioridade da Lei Estadual n.º 11.001/01 e do Convênio ICMS Nº 18/1995. Inaptidão da norma local para respaldar a nova hipótese de incidência, por ora. Autorização para o desembaraço aduaneiro que não pode ser condicionada ao recolhimento de ICMS, nos termos da Súmula nº 323, do STF. Concessão parcial do *writ*. Inconformismo de ambas as partes. Sentença reformada em parte. Recursos conhecidos, provido o do impetrante e não providos os demais.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por [REDACTED] contra ato do CHEFE DO POSTO FISCAL AVANÇADO 10 DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, alegando que foi diagnosticado com Mieloma Múltiplo IgG Kappa, sendo-lhe prescrito o medicamento REVLIMID (LENALIDOMIDA) 25MG 21 cap Npp - lote A0546BA - Validade 06/2017, de uso contínuo. Informa que o referido medicamento só pode ser adquirido no exterior, importando-o para uso próprio, tendo em vista que não é fabricado no Brasil. Assevera que na busca de informações sobre os tributos a serem recolhidos para o desembaraço aduaneiro, o impetrante foi surpreendido com a negativa do impetrado, o qual justificou a negativa no fato de ter havido fechamento de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

câmbio. Aduz que o ICMS não seria devido, mesmo sendo a importação do medicamento destinada ao uso próprio e, ainda, importado por pessoa física. Pede a concessão da liminar, para determinar a autoridade coatora a suspensão da exigibilidade do ICMS na importação a ser realizada por meio da Declaração de Importação nº 15/2064549-1, até o trânsito em julgado da presente ação, oficiando-se à Inspeção da Alfândega da Receita Federal do Brasil no Aeroporto de Guarulhos, bem como o Posto Fiscal de Guarulhos, para que autorize o desembaraço aduaneiro, sem a exigência do ICMS do medicamento REVLIMID (LENALIDOMIDA) 25MG 21 cap Npp - lote A0546BA - Validade 06/2017, de uso contínuo. Pleiteia a concessão da segurança, para determinar à autoridade coatora que suspenda a exigibilidade do ICMS na importação a ser realizada por meio da Declaração de Importação nº 15/2064549-1, reconhecendo o direito líquido e certo do impetrante ao não recolhimento do ICMS na importação para uso próprio, declarando, em definitivo, a inexigibilidade do tributo.

A r. sentença de fls. 178/180 concedeu em parte a segurança para tão somente determinar à autoridade coatora que se abstenha de exigir o recolhimento de ICMS/Importação no desembaraço do medicamento REVLIMID (LENALIDOMIDA) 25MG 21 cap Npp — lote A0546BA - Validade 06/2017, de uso contínuo, importação a ser realizada por meio da Declaração de Importação nº 15/2064549-1, sem prejuízo de cobrança posterior do ICMS, tornando definitiva a liminar concedida, sendo que ante a sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das custas e despesas processuais, descabida a condenação em honorários advocatícios.

O impetrante interpôs embargos de declaração (fls. 186/196), os quais foram rejeitados (fls. 228/229).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ambas as partes recorrem.

O impetrante, de um lado, alega que o juízo monocrático não satisfaz a contento as suas pretensões, pois pleiteou não só a suspensão da cobrança do ICMS no desembaraço aduaneiro do medicamento importado por ele, mas também que se declarasse a inexigibilidade em definitivo do ICMS na importação em discussão nestes autos justamente pela tese amplamente invocada no que diz respeito a que “MESMO QUE REALIZADA A IMPORTAÇÃO APÓS O ADVENTO DA EC 33/2001 HÁ NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL, DEFININDO OS CONTRIBUINTES DO IMPOSTO, QUE SÓ FOI ATENDIDA POR MEIO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 114/2002 ATRAVÉS DA LEI ESTADUAL Nº 11.001/2001 QUE, EMBORA POSTERIOR À EC 33/2001, PRECEDE A LC 114/2002 DEMONSTRANDO A AUSÊNCIA DE SUPORTE LÓGICO E VÁLIDO PARA APLICAÇÃO DA LEI ESTADUAL, RAZÃO PELA QUAL HÁ TOTAL IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DO ICMS NA IMPORTAÇÃO DO MEDICAMENTO DO APELANTE”. Aduz que o mandado de segurança é a via eleita adequada para demonstrar seu direito líquido e certo e há plausibilidade de sua tese para que seja reconhecida a inexigibilidade do ICMS na importação de medicamento realizada. Assevera que a cobrança do ICMS na importação realizada por pessoa física para uso próprio em discussão nestes autos não possui respaldo nos princípios aplicáveis à tributação vigentes no ordenamento pátrio, não podendo, portanto, subsistir. Acosta jurisprudência defendendo sua tese (fls. 233/264).

A Fazenda do Estado de São Paulo, de outro lado, sustenta inexistir ato coator, bem como direito líquido e certo; insiste na incidência de ICMS na importação de medicamentos por pessoa física e na legalidade da exigência tributária, com fulcro no



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONVÊNIO ICMS Nº 18/1995, que garante a isenção do ICMS no caso, desde que não tenha havido contratação de câmbio¹ (fls. 328/342).

Recursos recebidos (fl. 356) e respondidos (fls. 358/371 e 372/385).

Nos termos do artigo 154 e parágrafos do Código de Processo Civil e artigo 1º, da Resolução nº 549/2011, do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, não ocorreu oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Os recursos serão analisados simultaneamente e são conhecidos, provido o do impetrante e não providos o da Fazenda e a remessa necessária.

Foi impetrado o presente mandado de segurança visando à não incidência do ICMS na importação de medicamento para tratamento de câncer por pessoa física para uso próprio. Asseverou o impetrante que para ser constitucionalmente válida a incidência do ICMS sobre operações de importação de bens, a definição do sujeito passivo deveria ter sido realizada em lei posterior à EC nº 33/2001 e à LC nº 114/2002. Desse modo, não se pode aproveitar a norma da Lei Estadual nº 11.001/2001, visto que editada anteriormente à Lei Complementar nº 114/2002. Invoca a decisão do

¹ CONVÊNIO ICMS Nº 18/1995

"Ficam isentas do ICMS as seguintes operações:

(...)

V - recebimento de medicamentos importados do exterior por pessoa física;

(...)

§ 1º - O disposto nesta cláusula somente se aplicará quando não tenha havido contratação de câmbio e, nas hipóteses dos incisos I, II, III, IV, V e VI, a operação não tenha sido onerada pelo Imposto de Importação."



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 439.796/PR. Ainda, alegou que há vedação em nosso ordenamento jurídico de uso de meios coercitivos para recebimento de tributos conforme preconiza a Súmula n.º 323 do STF.

Primeiramente, o impetrante utilizou da via adequada, qual seja o mandado de segurança, para pleitear a inexigibilidade do recolhimento do ICMS na importação do medicamento realizada por ele (pessoa física) para tratamento de sua doença grave, ou seja, a importação foi para seu uso próprio, encontrando-se acostada aos autos toda documentação necessária a comprovação de seu direito líquido e certo.

Perceba-se que a legislação estadual e convênio em que o impetrante fundamentou sua pretensão foram acostados aos autos. E, no tocante à inexistência de prova da vigência do referido convênio, essa está explícita na própria negativa do Fisco Estadual em liberar o medicamento fundamentando sua negativa de liberação (fl. 63) no próprio convênio.

Verifica-se, então, que a Receita Estadual motivou a apreensão do medicamento importado pelo impetrante na vedação imposta pelo CONVÊNIO ICMS n.º 18/95 disposta no § 1º, inciso X, da cláusula primeira, em razão de que na importação realizada por ele houve fechamento de câmbio. Contudo, mesmo se não houvesse a isenção, o ICMS não poderia ser cobrado, vez que se cuida de importação realizada por pessoa física para uso próprio, pois a operação de importação do medicamento que se busca a inexigibilidade do ICMS foi entabulada já na vigência da Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001, que deu nova redação à alínea “a”, do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

inciso IX, do § 2º, do art. 155, da Constituição Federal, passando referido dispositivo a apresentar o seguinte teor:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

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 exterior;

(...).

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

(...);

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”.

Após, foi promulgada a Lei Estadual nº 11.001, de 21 de dezembro de 2001, que deu nova redação à Lei Estadual nº 6.374/1989, dispondo em seu artigo 1º, inciso V, que o ICMS incide sobre "entrada de mercadoria ou bem importados do exterior por pessoa física ou jurídica, qualquer que seja a sua finalidade".

Ora, embora a Lei Estadual nº 11.001/2001 esteja em consonância com o novo regramento estipulado pela EC nº 33/2001, o texto constitucional impõe expressamente a necessidade de lei complementar a definir os contribuintes de ICMS, asseverando, em seu artigo 155, § 2º, inciso XII, “a”, *in verbis*:

“Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(...) § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá o seguinte:

(...) XII cabe à lei complementar:

a) definir seus contribuintes”.

E tal lei complementar de normas gerais somente adveio com a edição da Lei Complementar nº 114, de 16 de dezembro de 2002, em que se definiram as hipóteses de incidência do ICMS, 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. Nota-se, pois, a precipitação do Poder Executivo Estadual, que, ao promulgar a Lei nº 11.001/2001 para dispor sobre a nova modalidade de incidência do ICMS no Estado de São Paulo, não observou a necessidade de legislação federal anterior para dar concreção à ampliada competência tributária.

Ora, sendo a Lei Estadual nº 11.001/2001, anterior à Lei Complementar nº 114, de 16 de dezembro de 2002, claramente não possui o devido fundamento de validade. De fato, no intervalo de tempo entre a edição da Emenda Constitucional nº 33/2001 e a Lei Complementar nº 114/2002, o ICMS, no que tange à importação, permaneceu na redação primitiva da Lei Complementar nº 87/1996, a qual não previa a incidência do imposto.

Ou seja, a LC nº 114/2002, alterando a redação dos artigos 2º e 4º da LC nº 87/1996, assim dispõe em seu art. 1º:

”Art. 1º - A Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

’Art. 2º(...)

§ 1º (...) I - sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade;(...)

Art. 4º (...)

Parágrafo único. É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial: I – importe mercadorias ou bens do exterior, qualquer que seja a sua finalidade;”.

Em outras palavras, para ser constitucionalmente válida a incidência do ICMS sobre operações de importação de bens e/ou mercadorias, as modificações no sujeito passivo da regra-matriz deveriam ter sido realizadas em lei posterior à EC nº 33/2001 e à LC nº 114/2002. Portanto, não se pode aproveitar o contido na Lei Estadual nº 11.001/2001, visto que editada anteriormente à Lei Complementar nº 114/2002. O mesmo se aplica, à toda evidência, ao CONVÊNIO ICMS Nº 18/1995, em que a Fazenda fundamenta a exigibilidade do pagamento do ICMS do impetrante pela importação do medicamento REVLIMID (LENALIDOMIDA) 25MG 21 cap Npp - lote A0546BA - Validade 06/2017, de uso contínuo, objeto da Declaração de Importação nº 15/2064549-1.

Ademais, o Colendo Supremo Tribunal Federal dirimiu a questão no RE 439.796, consoante voto do eminente Ministro Joaquim Barbosa, nos seguintes termos:

“(...) entendo que foi somente com o advento da Lei Complementar 114, de 16 de dezembro de 2002 mais de um ano após a entrada em vigor da EC 33/01 que se definiram os aspectos da hipótese de incidência do ICMS, a recair também sobre bens importados, qualquer que seja sua finalidade (art. 2º, § 1º, I), reconhecendo-se, ainda, a qualidade de contribuinte a qualquer pessoa que importe bens, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial (art. 4º, parágrafo único, caput). Obviamente que, nesse período (entre a edição da emenda n. 33/01 e a LC 114/02), o ICMS, no



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que tange à importação, permaneceu sob regência da redação primitiva da LC 87/96, que apenas previa a incidência do imposto sobre a importação de mercadorias no caso dos contribuintes que fizeram a importação por intermédio de seus estabelecimentos comerciais. Não havia previsão, portanto, para que o imposto estadual incidisse sobre bens importados por pessoas físicas ou jurídicas não comerciantes, mandamento trazido pela referida emenda constitucional. Nessa conformidade, a partir de então (LC 114/02), plenamente possível se mostraria, em tese, a cobrança do tributo em tela e, para tanto, era mister que fosse devidamente regulamentada sua incidência no âmbito de cada unidade da federação, mediante a edição de lei regional necessária para tanto"... "Para ser constitucionalmente válida a incidência do ICMS sobre operações de importação de bens, irrelevante a qualificação jurídica do adquirente, as modificações do critérios 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)"..."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...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. A tributação somente será admissível se também respeitadas as regras 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" - RE 439769/PR e RE 474.267/RS Rel. Min. Joaquim Barbosa trechos dos votos proferidos pelo Min. Dias Toffoli e pelo relator j. 06.11.2013, publ. 18.03.14).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Portanto há incidência do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS sobre operações de importação de bens e/ ou mercadorias, cujo destinatário não seja contribuinte habitual do tributo, desde que, preexistente ao fato jurídico tributável, haja legislação infraconstitucional instituidora, posterior à EC nº 33/01 e à Lei Complementar nº 114/02.

Modificações da legislação estadual anteriores à EC nº 33/01 e à Lei Complementar nº 114/02 não foram convalidadas, na medida em que inexistente o fenômeno da “convalidação superveniente”, no sistema jurídico brasileiro.

Forçoso concluir-se, que a incidência do ICMS pressupõe, assim, a existência prévia de Lei Estadual posterior à LC n.º 114 publicada em 20.12.02, sendo que a Lei Estadual n.º 11.001 foi publicada em 21.12.01, depois da EC n.º 33/2001, publicada em 12.11.01, mas antes da LC n.º 114/02.

Por todo o acima expendido, não há incidência de ICMS na importação de medicamentos pelo impetrante, se afigurando, por ora, ilegal a exigência tributária da Fazenda, com fulcro no CONVÊNIO ICMS Nº 18/1995.

Demais disso, de acordo com o entendimento sumulado sob o verbete de n.º 323 pelo Excelso Pretório, “é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”.

Ainda mais em casos como o dos autos, lastreado no resguardo dos direitos à saúde, à vida e à dignidade da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pessoa humana, afigurando-se inconcebível que alguém que sofra de uma doença tão grave (câncer), seja compelido ao recolhimento de tributos legalmente inexigíveis.

Assim sendo, a r. sentença recorrida deverá ser reformada em parte para que seja concedida a ordem na íntegra, arcando o impetrado com o pagamento das custas e despesas processuais. Sem honorários.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida. E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Pelo exposto, conhece-se e dá-se provimento ao recurso do impetrante e nega-se provimento aos demais, considerada interposta a remessa necessária.

VERA ANGRISANI
Relatora