



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1004932-38.2018.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Mandado de Segurança - Extinção do Crédito Tributário**
 Impetrante: **Espólio de Oscar Brito Augusto e outro**
 Impetrado: **Chefe do Posto Fiscal Avançado 10 da Secretaria da Fazenda Estadual – Pfc-10 – São Carlos - Sp e outro**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Gabriela Müller Carioba Attanasio**

Vistos.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Espólio de **OSCAR BRITO AUGUSTO** representado por sua inventariante Débora de Oliveira Martinez, contra ato do **CHEFE DO POSTO FISCAL AVANÇADO 10 DA SECRETARIA DA FAZENDA ESTADUAL – PFC-10 – SÃO CARLOS - SP**, voltando-se contra ato de cobrança de ICMS na operação de importação de medicamento para uso próprio, realizada pelo *de cujus Oscar Brito Augusto* por meio da DI 16/0156118-2.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 16/479.

Pela decisão de fls. 486/490 foi deferida a liminar.

O ente público interessado, Fazenda Pública do Estado de São Paulo, requereu sua admissão como assistente litisconsorcial (fls. 495/496).

As informações foram prestadas às fls. 500/511. Preliminarmente, alega a autoridade coatora ilegitimidade de parte. No mérito, sustenta a incidência de ICMS na importação de medicamento por pessoa física e a legalidade da exigência tributária.

O Ministério Público declinou de sua intervenção no feito (fls. 515/516).

É o relatório.

Fundamento e decido.

Primeiramente, nos termos do disposto no inciso II do artigo 7º da Lei 12.016/2009 admito o ingresso ao feito, da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, como assistente litisconsorcial. Anote-se.

Afasto a preliminar de ilegitimidade passiva apresentada pela autoridade


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

impetrada, aplicando aqui a teoria da encampação, vez que, nos termos do quanto decidido pelo STJ no AgRg no RMS 43.289/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ªT, j. 15/12/2015, quando a autoridade impetrada integra a mesma estrutura administrativa que a autoridade efetivamente coatora, não há modificação de competência estabelecida pela Constituição Federal.

No mérito, a concessão da ordem é medida que se impõe.

Conforme já se consignou por ocasião do deferimento da liminar (fls. 486/490), a matéria foi submetida à apreciação do C. Supremo Tribunal Federal pelo rito do artigo 543-B do Código de Processo Civil revogado e, 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, concluindo que o ICMS incidente sobre operações de importação somente pode ser exigido por força de legislação estadual superveniente à edição da Lei Complementar LC nº 114/02:

"[...] 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 EC33/2001 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. [...]”.

Assim, muito embora o Estado de São Paulo tenha editado lei específica após a referida Emenda Constitucional, evidentemente o fez de maneira precipitada, porquanto as normas constitucionais aplicáveis (especificamente, artigo 155, §2º, IX, "a") não são dotadas de aplicabilidade imediata, dependendo, por óbvio, de Lei Complementar Nacional para que atinjam eficácia plena. E não haveria de ser diferente, visto que a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Constituição da República é expressa acerca da necessidade de Lei Complementar para que se viabilize a exação válida, ao dispor o seguinte: Art. 146. Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

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;

§ 2º 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001) XII - cabe à lei complementar: a) definir seus contribuintes;

Importante registrar, neste ponto, o elucidativo trecho do voto proferido pelo eminente Ministro Relator Joaquim Barbosa naquele citado julgamento:"

[...] Nos termos da orientação firmada por esta Corte, a mera existência de competência tributária é insuficiente para validar a cobrança de tributo. Faz-se necessário o exercício dessa competência, para instituição da regra-matriz de incidência tributária (cf. Súmula 574/STF).

Portanto, os órgãos jurisdicionais e administrativos não podem, pura e simplesmente, postular a suficiência do texto constitucional, em detrimento da legislação de normas gerais e de instituição do tributo, para confirmar a cobrança da exação [...]"

No mesmo sentido tem se posicionado reiteradamente o E. Tribunal de Justiça



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Paulista, em casos análogos, inclusive em sede de Incidente de Inconstitucionalidade:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. Mandado de Segurança. ICMS. Medicamento (Harvoni 400/90mg) para uso próprio do importador, pessoa portadora de doença grave. Incidência do imposto sobre operações de importação de bem, 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. Concessão da segurança para reconhecer a inexigibilidade do ICMS sobre a operação de importação descrita nos autos. Precedentes. Direito líquido e certo comprovado. Sentença mantida. Reexame necessário não acolhido. Recurso não provido. (TJSP; Apelação 1037599-07.2016.8.26.0224; Relator (a): Antonio Celso Faria; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarulhos - 1ª Varada Fazenda Pública; Data do Julgamento: 01/12/2017; Data de Registro: 01/12/2017).

MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. Importação de medicamentos por pessoa física, para uso próprio. Operação isenta na forma do art. 37 do Anexo I do Regulamento do ICMS. Exigência de recolhimento do tributo por força de norma editadas antes da LC nº 114/02. Não cabimento. Observância do decidido pelo STF nos autos do RE extr. nº 439.796-PR, com repercussão geral. Precedentes. Reexame necessário e recurso de apelação da Fazenda do Estado não providos, recurso de apelação do impetrante provido. (TJSP; Apelação 1050210-54.2015.8.26.0053; Relator (a): Luís Francisco Aguilar Cortez; Órgão Julgador: 11ª Câmara Extraordinária de Direito Público; Foro de Guarulhos - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/09/2017; Data de Registro: 12/09/2017).

De rigor, portanto, a concessão da segurança.

Ante o exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA**, tornando definitiva a liminar deferida, para reconhecer o direito do impetrante de não recolher o ICMS relativo à importação de medicamento para uso próprio, realizada pelo de cujus Oscar Brito Augusto, em discussão nos autos.

Em consequência, **JULGO EXTINTO** o processo, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil.

Ausente hipótese de condenação em honorários advocatícios sucumbenciais,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

ante o que dispõem o artigo 25 da Lei nº 12.016/09 e as Súmulas 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça.

Após o decurso do prazo para recursos voluntários, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado para o reexame necessário, nos termos do art. 14, §1º, da Lei nº 12.016/09.

P.I.

São Carlos, 22 de junho de 2018.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**