



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: **1005772-19.2016.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Anulação de Débito Fiscal**
 Requerente: **Manoel Serrão Alves Mey Eireli**
 Requerido: **'Fazenda Pública do Estado de São Paulo**

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

Vistos.

Trata-se de Ação Anulatória de Auto de Infração e Imposição de Multa c/c pedido de tutela provisória de urgência para suspensão de crédito tributário, proposta por **MSAM IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA.**, em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, com o objetivo de anular o AIIM 4.012.853-2, o qual lhe imputa falta de pagamento de ICMS por meio de guia de recolhimento especial e pelo crédito indevido de mercadorias oriundas do Estado de Santa Catarina, nos meses de novembro e dezembro de 2011. Aduz que a defesa e o recurso administrativos restaram infrutíferos, nos quais as autoridades fiscais partiram da falsa premissa de que teria ocorrido importação por conta e ordem, descaracterizando, assim, as regulares e efetivas importações por encomenda contratadas e realizadas por ela com a importadora Intermares Trading Importação Ltda. Alega que o ICMS devido no ato de nacionalização das mercadorias importadas e objeto do AIIM em debate foi regularmente recolhido pela importadora ao Estado de Santa Catarina, onde está estabelecida, razão pela qual o imposto não é devido ao Estado de São Paulo. Por fim, questiona as taxas de juros previstas pela Lei nº 13.918/2009, que seriam abusivas, pois seriam superiores às aplicadas pela União para a cobrança de seus créditos.

A inicial veio instruída com Procuração (fl. 14) e com os documentos de fls. 15-1358.

A tutela antecipada foi indeferida, decisão da qual a autora interpôs embargos de declaração (fls. 1368-1374), os quais foram rejeitados (fl. 1375), além de agravo de instrumento (fls. 1380-1392), ao qual foi negado provimento (fl. 1396).

A Fazenda do Estado de São Paulo ofertou contestação, às fls. 1406-1438, instruída com os documentos de fls. 1439-1869, arguindo, em resumo, que: **a)** as mercadorias tiveram entrada física no estabelecimento da autora, sendo esta, portanto, sua real adquirente; **b)** as



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

importações foram realizadas com recursos financeiros da autora, o que configura, nos termos do art. 5º da Instrução Normativa nº 225/2002, aquisição na modalidade *por conta e ordem de terceiros*, cujo ICMS incidente, com fundamento no art. 36, inciso I, alínea f c/c o art. 11, inciso XIII do RICMS/00, é devido ao Estado do próprio adquirente, no caso o Estado de São Paulo; **c)** a pessoa jurídica que dá a entrada de mercadoria importada do exterior é o verdadeiro contribuinte do imposto; **d)** o RICMS determina que o ICMS devido na operação e importação seja recolhido no momento do desembaraço aduaneiro por Guia de Recolhimentos Especiais, conforme determina o art. 115, inciso I, alínea a, do RICMS; **e)** o adquirente pode creditar-se do ICMS pago na importação desde que comprove o recolhimento feito a seu favor; **f)** não reconhece como válidas, para efeito do crédito do ICMS incidente na importação, as notas fiscais, emitidas pelo importador, por *conta e ordem*; **g)** a taxa de juros em exame foi instituída com base em taxas médias pré-fixadas de operações de crédito, com recursos livres, divulgadas pelo Banco Central do Brasil, conforme determina o art. 4º do art. 96 da Lei 6.374/89; **h)** os juros e multas visam indenizar o Estado pelos gastos na cobrança da dívida tributária.

Houve réplica (fls. 1872-1876).

É O RELATÓRIO.

PASSO A FUNDAMENTAR E DECIDIR.

Procedo ao pronto julgamento, pois a matéria é unicamente de direito, e os fatos relevantes a seu deslinde têm prova documental encartada nos autos.

Depreende-se, do contrato de fls. 20-28, que a importação de suplementos alimentares e produtos correlatos foi realizada por meio de *trading company*, situada no Estado de Santa Catarina, a qual realizou todos os procedimentos, inclusive liberação alfandegária.

A controvérsia limita-se à determinação do sujeito ativo da obrigação tributária, na hipótese de recolhimento de ICMS na importação dessas mercadorias.

O ICMS é devido ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário jurídico da mercadoria importada, nos termos do art. 155, § 2º, IX, a, da Constituição Federal, *in verbis*:

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



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

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. [grifei]

Aplica-se, ainda, o disposto no artigo 36 do RICMS de São Paulo:

O local da operação ou da prestação, para efeito de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é¹:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

f) o da situação do estabelecimento onde ocorrer a entrada física da mercadoria ou bem, importados do exterior e desembaraçados. [grifei]

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que, independentemente do local do desembaraço aduaneiro, o sujeito ativo do ICMS é o Estado-membro para o qual, efetivamente, destinou-se a mercadoria importada. Confira-se:

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ICMS. IMPORTAÇÃO INDIRETA. SUJEITO ATIVO. ESTADO-MEMBRO EM QUE LOCALIZADO O DESTINATÁRIO JURÍDICO DO BEM OU DA MERCADORIA, INDEPENDENTE DE ONDE OCORRA O DESEMBARAÇO ADUANEIRO. SÚMULA 279 DO STF. OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS.

(RE 611576 AgR-ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 22-02-2017 PUBLIC 23-02-2017) [grifei]

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS - ICMS. IMPORTAÇÃO. SUJEITO ATIVO. ESTADO EM QUE LOCALIZADO O DESTINATÁRIO JURÍDICO OU ESTADO EM QUE LOCALIZADO O DESTINATÁRIO FINAL DA OPERAÇÃO (ESTABELECIMENTO ONDE HAVERÁ A ENTRADA DO BEM). ART. 155, § 2º, IX, A, DA CONSTITUIÇÃO. Nas operações das quais resultem a importação de bem do exterior, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS é devido ao estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário jurídico do bem, pouco importando se o desembaraço ocorreu por meio de ente federativo diverso. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 405457, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 04/12/2009, DJe-022 DIVULG 04-02-2010 PUBLIC 05-02-2010 EMENT VOL-02388-03 PP-00447 RTJ VOL-00222-01 PP-00431 RDTAPET v. 7, n. 25, 2010, p. 174-181) [grifei]

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA

¹ Lei 6.374/89, arts. 13 e 23, este na redação da Lei 10.619/00, art. 1º, XII, Lei Complementar federal 87/96, art. 11, com alterações da Lei Complementar 102/00, art. 1º, Convênio SINIEF-6/89, art. 73, na redação do Ajuste SINIEF-1/89, cláusula segunda, Convênio ICMS-25/90, cláusula sexta, Convênio ICMS-120/89)


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

PROVIMENTO. 1. O sujeito ativo da relação jurídico-tributária é o Estado destinatário da mercadoria e não o do desembaraço aduaneiro. Precedentes. 2. Destino da mercadoria: impossibilidade do reexame de provas. Incidência da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal.

(AI 733464 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-15 PP-03053) [grifei]

No caso em exame, nota-se que o contrato (fls. 20-28) que deu causa às importações das mercadorias, referente a outubro de 2011, antecedeu as operações, ocorridas em novembro e dezembro de 2011 (fls. 29-67). Do extrato de declaração de consumo (fl. 179) e do documento de embarque da mercadoria (fl. 226), proveniente dos Estados Unidos, conclui-se que, no Brasil, as mercadorias chegaram, em contêineres, ao porto de São Francisco do Sul (SC) e seguiram, por meio de transporte rodoviário (fls. 1066-1077), até São Carlos, onde tiveram entrada física. Assim, a *trading* apenas nacionalizou as mercadorias para remetê-las à legítima proprietária, ou seja, a contratante paulista, caracterizando, assim, evidente a existência de prévia destinação a outro estabelecimento. Trata-se, pois, de importação indireta que se deu em virtude de pedido formulado pela autora, inequivocamente destinatária dos concentrados de proteínas e correlatos. Sendo assim, o sujeito ativo do ICMS é o Estado de São Paulo, onde está localizada a destinatária final, e não o Estado de Santa Catarina.

Observa-se, também, pela cláusula 2.3 do contrato de importação (fls. 20-21), que as importações foram realizadas após a aprovação, pela autora, das condições de pagamento e aquisição em moeda estrangeira, o que caracteriza a modalidade por conta e ordem.

Ainda que assim não se entendesse, independentemente da modalidade da importação utilizada, isto é, por encomenda ou conta e ordem, o ICMS é devido, nos termos da alínea f do inciso I do art. 36 do RICMS e alínea d do inciso I do art. 11 da Lei Kandir², ao Estado onde efetivamente ocorreu a entrada física da mercadoria, qual seja, o Estado de São Paulo.

Não faz jus a autora, portanto, à apropriação de crédito de ICMS, como destacado em seus documentos fiscais, em razão de inexistência de convênio com o Estado de Santa Catarina para esse fim. Esclarecedor, sobre o tema, trecho extraído do v. acórdão de lavra do i. Desembargador José Carlos Garcia (Apelação nº 0033281-37.2012.8.26.0224):

As importadoras, normalmente 'trading companies', localizadas em Estados federados onde ocorre o despacho aduaneiro acabam recolhendo o ICMS nesses Estados e emitindo notas fiscais com o destaque do ICMS. Esse valor

² Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem: d) importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física [grifei]


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

destacado é posteriormente creditado, em virtude da operação interestadual, pelo adquirente dos produtos importados. No entanto, como não existe convênio celebrado com o Estado de Santa Catarina para esse fim, o Estado de São Paulo, não reconhece o creditamento decorrente do destaque do ICMS das notas fiscais emitidas por importadoras em operação interestadual de remessa de bens e mercadorias importadas provenientes de operação de importação por conta e ordem de terceiro.

De tal feita, não há como afastar a obrigação tributária que recaiu sobre a requerente.

Por outro lado, no tocante à alegação de inconstitucionalidade e abusividade no critério de correção adotado para o crédito tributário, a tese da autora merece guarida. A inconstitucionalidade do índice de juros aplicado pelo Estado de São Paulo é questão reconhecida pelo E. TJSP, como pode ser visto abaixo:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE Arts. 85 e 96 da Lei Estadual nº 6.374/89, com a redação dada pela Lei Estadual nº 13.918/09 Nova sistemática de composição dos juros da mora para os tributos e multas estaduais (englobando a correção monetária) que estabeleceu taxa de 0,13% ao dia, podendo ser reduzida por ato do Secretário da Fazenda, resguardado o patamar mínimo da taxa SELIC Juros moratórios e correção monetária dos créditos fiscais que são, desenganadamente, institutos de Direito Financeiro e/ou de Direito Tributário Ambos os ramos do Direito que estão previstos em conjunto no art. 24, inciso I, da CF, em que se situa a competência concorrente da União, dos Estados e do DF §§ 1º a 4º do referido preceito constitucional que trazem a disciplina normativa de correlação entre normas gerais e suplementares, pelos quais a União produz normas gerais sobre Direito Financeiro e Tributário, enquanto aos Estados e ao Distrito Federal compete suplementar, no âmbito do interesse local, aquelas normas STF que, nessa linha, em oportunidades anteriores, firmou o entendimento de que os Estados-membros não podem fixar índices de correção monetária superiores aos fixados pela União para o mesmo fim (v. RE nº 183.907-4/SP e ADI nº 442) CTN que, ao estabelecer normas gerais de Direito Tributário, com repercussão nas finanças públicas, impõe o cômputo de juros de mora ao crédito não integralmente pago no vencimento, anotando a incidência da taxa de 1% ao mês, "se a lei não dispuser de modo diverso" Lei voltada à regulamentação de modo diverso da taxa de juros no âmbito dos tributos federais que, destarte, também se insere no plano das normas gerais de Direito Tributário/Financeiro, balizando, no particular, a atuação legislativa dos Estados e do DF Padrão da taxa SELIC que veio a ser adotado para a recomposição dos créditos tributários da União a partir da edição da Lei nº 9.250/95, não podendo então ser extrapolado pelo legislador estadual Taxa SELIC que, por sinal, já se presta a impedir que o contribuinte inadimplente possa ser beneficiado com vantagens na aplicação dos valores retidos em seu poder no mercado financeiro, bem como compensar o custo do dinheiro eventualmente captado pelo ente público para cumprir suas funções Fixação originária de 0,13% ao dia que, de outro lado, contraria a razoabilidade e a proporcionalidade, a caracterizar abuso de natureza confiscatória, não podendo o Poder Público em sede de tributação agir imoderadamente Possibilidade, contudo, de acolhimento parcial da arguição, para conferir interpretação conforme a Constituição, em consonância com o julgado precedente do Egrégio STF na ADI nº 442 Legislação paulista questionada que pode ser considerada compatível com a CF, desde que a taxa de juros adotada (que na atualidade engloba a correção monetária), seja igual ou inferior à utilizada pela União para o mesmo fim Tem lugar, portanto, a declaração de inconstitucionalidade da interpretação e aplicação


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

que vêm sendo dada pelo Estado às normas em causa, sem alterá-las gramaticalmente, de modo que seu alcance valorativo fique adequado à Carta Magna (art. 24, inciso I e § 2º) Procedência parcial da arguição. (TJSP. Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000 Suscitante: 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Interessadas: Fazenda do Estado de São Paulo e Distribuidora Automotiva S/A.)

Ante o exposto, julgo extinto o processo, com resolução do mérito e **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para tão somente limitar a taxa de juros do AIIM nº 4.012.853-2 à taxa Selic.

Tendo havido sucumbência em menor grau da ré, condeno as partes a ratear as custas, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo, por equidade, em R\$ 1.000,00 (mil reais), tudo na proporção de 90% para a autora e 10% para a requerida, sendo esta isenta de custas, na forma da lei.

P. I. C.

São Carlos, 21 de fevereiro de 2017.

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