



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2019.0001062926

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2075829-26.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, COM OBSERVAÇÃO. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. RICARDO ANAFE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, ADEMIR BENEDITO, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI E GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 11 de dezembro de 2019.

ELCIO TRUJILLO

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2075829-26.2018.8.26.0000

Comarca: São Paulo

AUTOR: Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo

RÉUS: Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e Governador do Estado de São Paulo

VOTO Nº 36982

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 1º, inciso VII, da Lei Estadual nº 11.001, de 21 de dezembro de 2001, que alterou o inciso V do artigo 1º da lei estadual nº 6.374/1989, para alargar o conceito de contribuinte para fins de tributação de ICMS na importação – Ausência de respaldo, à época, de lei complementar federal – Vigência, contudo, da Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001, a autorizar a tributação – Jurisprudência mais recente do E. Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade da norma – Discussão que se restringe no plano da eficácia – Restrição de sua aplicação até a entrada em vigor da lei complementar nº 114, de 16 de dezembro de 2002, quando então, começou a produzir seus efeitos - AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE, com observação.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo **Sr. Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo** em face de texto contido no inciso VII do artigo 1º da Lei nº 11.001, de 21 de dezembro de 2001 do Estado de São Paulo, que implicaria em alargamento do conceito de contribuinte para fins de tributação de ICMS na importação, sem que houvesse respaldo em lei complementar federal.

Sustenta que a lei viola o pacto federativo, por invasão à competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de direito tributário (art. 24, inciso I da Constituição Federal), sendo que somente após a edição da lei complementar federal nº 114, de 16 de dezembro de 2002, o Estado de São Paulo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

estaria autorizado a aplicar referida tributação, pretendendo seja declarada a inconstitucionalidade sem redução de texto do inciso VII do artigo 1º da lei estadual nº 11.001, de 21 de dezembro de 2001, para excluir sua aplicação em relação ao período anterior à edição da norma federal (fls. 1/16, com documentos de fls. 17/56).

Determinadas as intimações regulares, ausente pedido liminar (fls. 58/59).

A **Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo**, por seu Presidente, defendeu a constitucionalidade do trecho questionado, por compatibilidade da norma com o regramento constitucional, bem como prestou informações sobre o processo legislativo de referida norma (fls. 70/84).

A **Procuradoria Geral do Estado**, por seu representante, também se manifestou pela constitucionalidade da norma estadual (fls. 86/111).

O **Sr. Governador do Estado de São Paulo** defendeu a constitucionalidade da norma e sob o argumento de que não se constitui condição ou requisito prévio a edição de lei complementar para o exercício da competência que foi atribuída ao Estado pelo constituinte para normatizar a incidência do ICMS sobre hipótese que está abrangida no campo tributário (fls. 135/159).

Regularmente processada a presente ação, manifestou-se a douta **Procuradoria Geral de Justiça**, em parecer constante de fls. 117/131 e 201/202, pela procedência do pedido e consequente declaração de parcial inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 1º da lei questionada, sem redução de texto, para que seja aplicável somente após a edição da lei complementar federal nº 114/2002.

É o relatório.

Essa a legislação questionada (fls. 45/48 – grifo nosso):

Lei nº 11.001, de 21 de dezembro de 2001:

Altera a Lei n. 6.374, de 1º de março de 1989, que dispõe

sobre a instituição do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS

Artigo 1º – Passam a vigorar com a seguinte redação os dispositivos a seguir indicados da Lei n. 6.374, de 1º de março de 1989:

I – o item 2 do § 4º do artigo 23:

“2 – para efeito do disposto na alínea 'e', salvo disposição expressa em contrário, será considerado como local de cobrança do serviço o que estiver diretamente vinculado à prestação realizada, assim entendido o local da prestação do serviço ou o local do estabelecimento ou domicílio do prestador, do tomador ou do destinatário.” (NR);

II – a alínea 'a' do item 19 do § 1º do artigo 34:

“a) assentos da posição 9401, exceto os classificados no código 9401.20.00;” (NR);

III – O § 3º do artigo 85:

“§ 3º - não deve ser aplicada cumulativamente a penalidade a que se refere:

1 – a alínea 'l' do inciso I – nas hipóteses das alíneas 'a', 'b', 'e' e 'g' do inciso II das alíneas 'a', 'b', 'c' e 'e' do inciso III, das alíneas 'a', 'b', 'c', 'd' e 'e' do inciso IV e das alíneas 'f' e 'o' do inciso V;

2 – a alínea 'a' do inciso IV – nas hipóteses da alínea 'a' do inciso I e das alíneas 'a', 'b', 'c' e 'e' do inciso III;

3 – a alínea 'e' do inciso VIII – na hipótese da alínea 'f' do mesmo inciso.” (NR);

IV – as alíneas 'a' e 'c' do inciso I e o inciso II do artigo 96:

“a) a partir do dia seguinte a do vencimento, caso se trate de imposto declarado ou transcrito pelo fisco nos termos dos artigos 56 e 58, de parcela devida por contribuinte enquadrado no regime de estimativa e de imposto exigido em auto de infração, nas hipóteses das alíneas 'b', 'c', 'd', 'e', 'f', 'g', 'h', 'i', 'j' e 'l' do inciso I do artigo 85;” (NR);

“c) a partir do mês em que, desconsiderada a importância creditada, o saldo tornar-se devedor, caso se trate de imposto exigido em auto de infração, nas hipóteses das alíneas 'a', 'b', 'c', 'd', 'h', 'i' e 'j' do inciso II do artigo 85;” (NR);

“II – relativamente à multa aplicada nos termos do artigo 85, a partir do segundo mês subsequente ao da lavratura do auto de infração.” (NR);

V – o Artigo 100:

“Artigo 100 – Os débitos fiscais podem ser recolhidos parceladamente, respeitadas as seguintes condições:

I – o parcelamento do débito fiscal não dispensa o pagamento de custas, emolumentos judiciais e honorários advocatícios;

II – o número máximo de parcelamento, de parcelas e o seu valor mínimo serão fixados pela Secretaria da Fazenda, podendo ser estabelecidas distinções setoriais, regionais ou conjunturais, bem como entre débitos não inscritos e inscritos na dívida ativa;

III – em se tratando de débito inscrito, a decisão sobre o pedido de parcelamento caberá a Procuradoria Geral do Estado;

IV – não será concedido parcelamento de débito fiscal decorrente de:

- a) Desembaraço aduaneiro de mercadoria importada do exterior, quando destinada à comercialização ou industrialização;
- b) Imposto a ser recolhido a título de sujeição passiva por substituição tributária;
- c) Operações ou prestações de contribuinte que não esteja em situação regular perante o fisco, nos termos do Artigo 20, observado o disposto no § 10;

V – no pagamento do débito fiscal parcelado, o acréscimo financeiro incidente sobre as parcelas vincendas será aquele fixado para o mês da efetiva liquidação;

VI – a declaração de débito no pedido de parcelamento é de exclusiva responsabilidade do contribuinte, não implicando a concessão do parcelamento reconhecimento do declarado, nem renúncia ao direito de apurar sua exatidão e exigir diferenças, com aplicação das sanções legais cabíveis;

VII – excetuados os casos de centralização de apuração e recolhimento do imposto, cada estabelecimento do mesmo titular é considerado autônomo para efeito de parcelamento do débito fiscal;

VIII – a Secretaria da Fazenda poderá emitir, para recolhimento das parcelas, guias que serão retiradas na repartição competente pelo contribuinte ou colocadas à sua

disposição por outro meio.

§ 1º - Considera-se débito fiscal a soma do imposto, das multas, da correção monetária e dos juros de mora previstos nesta lei.

§ 2º - O débito fiscal a ser parcelado deve ter o seu valor corrigido monetariamente, com base nos coeficientes a que alude o § 1º do Artigo 97, apurados na data em que seja deferido o pedido, determinando-se o valor dos juros de mora até esse mesmo dia, inclusive.

§ 3º - As multas serão reduzidas como segue:

1 – a multa punitiva, quando o parcelamento for requerido pelo atuado nos prazos do Artigo 95, será reduzida, respectivamente, em 25% (vinte e cinco por cento), 17,5% (dezesete inteiros e cinco décimos por cento) e 10% (dez por cento);

2 – a multa moratória:

Para 5% (cinco por cento), se o pedido de parcelamento for protocolizado no dia subsequente ao do vencimento;

Para 7% (sete por cento), se o pedido de parcelamento for protocolizado até o 15º (décimo quinto) dia subsequente ao do vencimento;

Para 10% (dez por cento), se o pedido de parcelamento for protocolizado após o 15º (décimo quinto) dia subsequente ao do vencimento, desde que antes de sua inscrição na dívida ativa.

§ 4º - Consolidado o débito, o valor total e o de cada parcela poderão ser expressos em UFESPs, e sobre esse montante incidirá acréscimo financeiro sempre superior ao praticado no mercado, fixado por ato do Secretário da Fazenda.

§ 5º - O pedido de parcelamento implica confissão irretratável do débito fiscal, expressa renúncia a qualquer defesa ou recurso administrativo e desistência dos já interpostos.

§ 6º - O acordo para pagamento parcelado será considerado:

1 – celebrado:

Após deferido, com o recolhimento da primeira parcela no prazo fixado, tratando-se de débito não inscrito na dívida ativa;

Tratando-se de débito inscrito e ajuizado, com a assinatura do termo de acordo e o pagamento da primeira parcela no prazo fixado, bem como com o recolhimento das custas e

demais despesas processuais em aberto;

2 – rompido, com a falta de recolhimento, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data de vencimento, de qualquer das parcelas subsequentes à primeira.

§ 7º - O rompimento do parcelamento, acarretará, conforme o caso:

1 – em se tratando de débito não inscrito na dívida ativa, a inscrição e o ajuizamento da execução fiscal;

2 – em se tratando de débito inscrito e ajuizado, o imediato prosseguimento da execução fiscal.

§ 8º - Em se tratando de débito inscrito e ajuizado, a execução fiscal somente terá seu curso susgado após assinado o termo de acordo, recolhida a primeira parcela e garantido o Juízo, ainda que o parcelamento tenha sido deferido antes da garantia processual.

§ 9º - Na hipótese de recolhimento de parcela com atraso não superior a 30 (trinta) dias, ao seu valor deverá ser acrescido o montante correspondente a 2 (duas) vezes a taxa de acréscimo financeiro a que estiver submetido o parcelamento.

§ 10 – A restrição prevista na alínea 'c' do inciso IV não se aplica a débitos inscritos e ajuizados, podendo a Procuradoria Geral do Estado, observadas as condições da execução fiscal correspondente, apreciar o pedido de parcelamento de contribuinte naquela situação.” (NR);

VI – o “*caput*” do Artigo 101:

“Artigo 101 – Ocorrendo o rompimento do acordo, a redução da multa autorizada nos termos do § 3º do artigo anterior será reincorporada ao saldo devedor, observado o seguinte:

I – o percentual de redução a ser incorporado incidirá apenas sobre o montante das parcelas remanescentes em aberto;

II – sobre o saldo em aberto será aplicado o disposto nos §§ 1º e 2º do Artigo 103.” (NR);

VII – o Inciso V do Artigo 1º:

“V – entrada de mercadorias ou bem, importados do exterior por pessoa física ou jurídica, qualquer que seja a sua finalidade;” (NR);

VIII – o inciso IV do Artigo 2º:

“IV – no desembaraço de mercadoria ou bem importados do exterior, observado o disposto no § 6º;” (NR);

IX – o “*caput*” do parágrafo único e o seu item 1, ambos do Artigo 7º:

“Parágrafo único – É também contribuinte a pessoa natural ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:

1 – importe mercadoria ou bem do exterior, qualquer que seja a sua finalidade;” (NR);

X – o inciso IV do Artigo 24:

“IV – quanto ao desembaraço aludido no inciso IV, o valor constante do documento de importação, acrescido do valor dos Impostos de Importação, sobre Produtos Industrializados e sobre Operações de Câmbio, bem como de quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras;” (NR);

XI – o Artigo 33:

“Artigo 33 – O montante do imposto, inclusive na hipótese do inciso IV, do Artigo 2º, integra sua própria base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.” (NR).

Artigo 2º - Ficam acrescentados à Lei n. 6.374, de 1º de março de 1989, com a redação que se segue, os dispositivos adiante indicados:

I – ao § 6º do Artigo 34, o item 4:

“4 – em operação posterior àquela contemplada pela retenção do imposto ocorrida no ciclo de comercialização do veículo novo.”;

II – o Artigo 84-A:

“Artigo 84-A – A autoridade fiscal pode desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.”;

III – ao Artigo 1º, o parágrafo único:

“Parágrafo único – O disposto no inciso V aplica-se, também, em relação ao bem destinado a consumo ou ativo permanente do importador.”;

IV – ao Artigo 2º, o § 6º:

“§ 6º - Na hipótese de entrega da mercadoria ou bem importados do exterior antes da formalização do desembaraço aduaneiro, considera-se ocorrido o fato gerador no momento da entrega, oportunidade em que o contribuinte deverá



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

comprovar, salvo disposição em contrário, o pagamento do imposto.”

Artigo 3º - Enquanto vigorar a suspensão da atualização de débitos fiscais prevista na Lei n. 10.175, de 30 de dezembro de 1998, não produzem efeitos as menções à atualização monetária de débitos objeto de pedidos de parcelamento constante no Artigo 100 da Lei n. 6.374, de 1º de março de 1989, na redação dada por esta lei.

Artigo 4º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

A Constituição Federal estabelece a competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal para legislar sobre matéria tributária:

Art. 24 – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I – **direito tributário**, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

A lei estadual nº 11.001, de 21 de dezembro de 2001, (que altera a Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989, e que dispõe sobre a instituição do ICMS) é posterior à Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001 (que alterou os artigos 149, 155 e 177 da Constituição Federal), porém, anterior à lei complementar federal nº 114, de 16 de dezembro de 2002 (que alterou a lei complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, e também dispõe sobre a instituição do ICMS).

Quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 439.476, foi fixada a seguinte tese, em sistemática de repercussão geral (tema 171):

“Após a Emenda Constitucional 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços.” (STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 17.03.2014),

Restou alinhado por aquela Egrégia Corte, que as leis anteriores à lei complementar nº 114/2002 e posteriores à EC nº 33/2001, não são inconstitucionais, resolvendo-se a questão apenas no plano da eficácia, para declarar que as leis enquadradas nesta situação começaram a produzir os seus efeitos após a entrada da LC ° 114/2002.

Esse o atual entendimento do C. Supremo Tribunal Federal sobre a matéria (grifo nosso):

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO. CONTRIBUINTE NÃO HABITUAL. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 33/2001. LEI ESTADUAL N. 11.001/2001. LEI COMPLEMENTAR N. 114/2002. EFICÁCIA DA LEI ESTADUAL INICIADA COM A VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.” (RE nº 1.199.529-SP, Relatora Ministra Carmen Lúcia, DJe 15.05.2019);

“AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. OFENSA CONSTITUCIONAL REFLEXA. TEMA 660 DA REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. APLICAÇÃO DO TEMA 171 DA REPERCUSSÃO GERAL. INCIDÊNCIA DO ICMS NOS TERMOS AUTORIZADOS PELA EC 33/2001. RECURSO IMPROVIDO. 1. No julgamento do ARE 748.371-RG/MT (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 660), rejeitou a repercussão geral da alegada violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada ou aos princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, quando se mostrar imprescindível o exame de normas de natureza infraconstitucional. 2. O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta CORTE que, no julgamento do RE 439.796-RG (Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tema 171), fixou a orientação de que, 'após a Emenda Constitucional 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de

serviços'. 3. A EC 33/2001 autorizou a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa física ou jurídica que não se dedica habitualmente ao comércio ou prestação de serviços (Tema 171). 4. Tributo constitucional e legalmente devido com base na Lei Estadual 11.001/2001, cuja eficácia teve início após a edição da LC 114/2002. 5. Agravo interno a que se nega provimento” (RE n. 1.049.904-AgR, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 19.11.2018);

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Precedente não publicado. Aplicação. ICMS. Importação. Contribuinte não habitual. Emenda Constitucional nº 33/01. LC 114/02. Lei Estadual nº 11.001/01. Ineficácia. 1. A existência de precedente de colegiado da Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria, independentemente da publicação do paradigma. 2. É legítima a Lei Estadual nº 11.001/01, que normatizou a cobrança de ICMS de contribuinte não habitual sobre operação de importação de bem. 3. A Lei Paulista nº 11.001/01 foi editada após a vigência da EC nº 33/01 e em conformidade com a referida emenda constitucional. Desse modo, não se trata de nulidade da lei estadual, mas de ineficácia dessa norma até a superveniência de lei complementar federal (LC 114/02). 4. Agravo regimental não provido. 5. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais pela Corte de origem” (RE n. 1.097.569-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 28.5.2018);

“Direito Constitucional e Direito Tributário. 2. ICMS-Importação. Emenda Constitucional n. 33/2002. Lei Complementar n. 114/2002. 3. Leis estaduais anteriores à Lei Complementar e posteriores à Emenda Constitucional. Análise no plano da eficácia. Preservação da validade da legislação estadual. 4. Após a EC 33/2002, houve alteração da competência tributária relativa ao ICMS, a fim de ampliar o sujeito passivo tributário do ICMS-Importação. 5. A ausência de lei complementar federal não enseja a inconstitucionalidade de lei estadual editada por ente federativo após a EC 33/2002. Inibe apenas seus efeitos. 6. Ineficácia da legislação estadual até 17.12.2002 (data da vigência da Lei Complementar 114/2002). 7. Agravo regimental a que se dá provimento” (RE n. 917.950-AgR, Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 11.6.2018).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim, diante limites fixados para análise da norma no âmbito do controle, de se afastar a pretendida inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 1º da Lei Estadual nº 11.001, de 21 de dezembro de 2001, que altera a Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989, e que dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, observando-se apenas, no plano da eficácia, a restrição de sua aplicação até a entrada em vigor da lei complementar nº 114, de 16 de dezembro de 2002, quando então, começou a produzir seus efeitos.

Pelo exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** a presente ação direta de inconstitucionalidade, com observação.

ELCIO TRUJILLO
Relator



Voto nº 31.019

Direta de Inconstitucionalidade nº 2075829-26.2018.8.26.0000

Comarca: São Paulo

Autor: Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo

Réus: Governador do Estado de São Paulo e Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo

Interessado: PROCURADOR GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Inciso VII do artigo 1º da Lei nº 11.001, de 21 de dezembro de 2001, do Estado de São Paulo – ICMS – Importação – Contribuinte não habitual – Alegação de afronta ao artigo 1º da Constituição do Estado de São Paulo, pois ao alargar o conceito de contribuinte para fins de tributação de ICMS na importação, sem que houvesse, no entanto, respaldo em Lei Complementar federal, a Lei Estadual nº 11.001/01 violou o artigo 146, inciso III, “a”, da Constituição Federal, aplicável aos Estados por força dos artigos 18 e 25 da mesma Carta – Questão que foi objeto de repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 171), que fixou a seguinte tese no julgamento do RE 439.796: “Após a Emenda Constitucional 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços” – A jurisprudência atual de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal interpreta o acórdão do RE 439.796/PR no sentido de entender que as leis estaduais criadas após a Emenda Constitucional 33/2001, mas antes da Lei Complementar 114/2002, são plenamente válidas, porém foram ineficazes até a entrada em vigor da mencionada Lei Complementar – Limitação da eficácia da Lei Estadual nº 11.001/2001, até o advento da Lei Complementar Federal nº 114/2002.

Pedido improcedente, com observação.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1. *Ex ante*, cumpre destacar a adoção do relatório elaborado, bem como a razoabilidade do voto do eminente Relator Desembargador Elcio Trujillo, o qual acompanho com os seguintes acréscimos.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 1º da Lei nº 11.001, de 21 de dezembro de 2001, do Estado de São Paulo. Aduz, em síntese, que à época da edição da Lei Estadual nº 11.001/01, ainda não havia qualquer lei complementar federal destinada a cumprir o mandamento insculpido no artigo 146, III, alínea “a”, da Constituição Federal e que tal lacuna normativa, somente fora preenchida com o advento da Lei Complementar Federal nº 114, de 16 de dezembro de 2002, publicada quase um ano após o diploma questionado.

A Lei nº 11.001, de 21 de dezembro de 2001, do Estado de São Paulo, que “altera a Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989, que dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS”, assim dispõe no que interessa:

Artigo 1º - Passam a vigorar com a seguinte redação os dispositivos a seguir indicados da Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989:

(...)

VII – o inciso V do artigo 1º:

'V – entrada de mercadorias ou bem, importados do exterior por pessoa física ou jurídica, qualquer que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

seja a sua finalidade;'

Sobre o tema, cumpre lembrar que a Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001, ao modificar o artigo 155, § 2º, IX, alínea “a”, da Constituição Federal, possibilitou a exigência do ICMS sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto e independente da finalidade almejada pelo sujeito passivo. Dispõe referido dispositivo constitucional:

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

(...)

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)”.

Essa questão foi objeto de **repercussão geral** reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (**Tema 171**), que fixou a seguinte tese no julgamento do **RE nº 439.796/PR**, *in verbis*: **“Após a Emenda Constitucional 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre**



operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços.” (STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, **j. em 06/11/2013**).

Assim, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 439.796/PR, Relator Ministro Joaquim Barbosa, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral da questão constitucional, nele proferiu decisão que reconheceu a constitucionalidade da instituição do ICMS sobre operações de importação realizadas por pessoa, física ou jurídica, que não seja comerciante nem prestadora de serviços de comunicação ou de transporte interestadual ou intermunicipal, desde que atendidos os seguintes requisitos: *i*) existência de lei complementar nacional veiculadora de normas gerais; *ii*) edição de diploma legislativo local posterior à Emenda Constitucional nº 33/2001, instituidor de referida espécie tributária sobre operações de importação; e *iii*) observância dos postulados da anterioridade e da irretroatividade tributárias para efeito de legítima incidência do ICMS.

Nesse contexto, este **Colendo Órgão Especial**, em **29/06/2016**, no **juízo do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade** nº 0018486-77.2016.8.26.0000, por meio de controle difuso, decidiu pela inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 1º da Lei nº 11.001, de 21 de dezembro de 2001, do Estado de São Paulo, “por violação do artigo 146, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal”, nos termos da ementa a seguir transcrita:

“Incidente de inconstitucionalidade. Lei Estadual 11.001/2001. Artigo 1º, inciso VII, que deu nova



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

redação ao inciso V do artigo 1º da Lei Estadual 6.374/1989. Incidência de ICMS sobre a entrada de mercadorias ou bem, importados do exterior por pessoa física ou jurídica, qualquer que seja sua finalidade. Descabimento. Legislação anterior à edição de legislação complementar federal sobre o tema. Violação da exigência plasmada no artigo 146, inciso III, 'a' da Constituição Federal. Entendimento no E. Supremo Tribunal Federal. Incidente de inconstitucionalidade acolhido.”

(TJSP; Arguição de Inconstitucionalidade 0018486-77.2016.8.26.0000; Relator (a): Borelli Thomaz; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9ª Vara de Fazenda Pública; **Data do Julgamento: 29/06/2016;** Data de Registro: 01/07/2016) (g.n.)

Todavia, **em 05 de dezembro de 2017**, a Lei nº 11.001/2001, do Estado de São Paulo, foi julgada válida pela Segunda Turma do Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **RE 917.950-AgR/SP**, a partir da vigência da Lei Complementar nº 114, de 16 de dezembro de 2002, que regulamentou a Emenda Constitucional 33/2001.

Confira-se a ementa do referido julgado:

**“Direito Constitucional e Direito Tributário.
2. ICMS- Importação. Emenda Constitucional n. 33/2002. Lei Complementar n. 114/2002. 3. Leis estaduais anteriores à Lei Complementar e**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

posteriores à Emenda Constitucional. Análise no plano da eficácia. Preservação da validade da legislação estadual. 4. Após a EC 33/2002, houve alteração da competência tributária relativa ao ICMS, a fim de ampliar o sujeito passivo tributário do ICMS-Importação. 5. A ausência de lei complementar federal não enseja a inconstitucionalidade de lei estadual editada por ente federativo após a EC 33/2002. Inibe apenas seus efeitos. 6. Ineficácia da legislação estadual até 17.12.2002 (data da vigência da Lei Complementar 114/2002). 7. Agravo regimental a que se dá provimento.” (RE 917.950-AgR/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 05/12/2017).

Dessa forma, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 917.950, julgado pela Segunda Turma, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ao avaliar a constitucionalidade da Lei Estadual paulista nº 11.001/2001, entendeu que não seria hipótese de nulidade da lei estadual, mas sim de ineficácia até superveniência da lei complementar federal.

Sobreleva acrescentar que o Recurso Extraordinário foi interposto por um contribuinte contra acórdão deste Egrégio Tribunal de Justiça que, confirmando sentença, considerou válida a incidência do ICMS na operação de importação concluída quando já vigente a Lei Estadual nº 11.001/2001, editada posteriormente à EC 33/2001. **O relator do recurso,**

Ministro Teori Zavascki, deu provimento ao recurso, invalidando a cobrança, pois, segundo ele, a exigência do tributo pelas Fazendas Estaduais deveria cumprir dois requisitos: existência de legislação local posterior à Lei Complementar federal nº 114/2002, que prevê a cobrança do ICMS de pessoa física, e fato gerador posterior à lei estadual. No caso, a lei paulista, é anterior à lei federal. **O relator assentou seu entendimento na decisão do Plenário no RE 439.796, com repercussão geral.**

Posteriormente, o Estado de São Paulo interpôs agravo regimental contra a decisão do relator, lembrando que a lei estadual é posterior à EC 33/2001, que igualmente previu a tributação do ICMS de pessoa física. Assim, argumentou que a lei local é válida, ainda que anterior à lei complementar federal. Aberta a divergência pelo Ministro Gilmar Mendes, dando provimento ao agravo regimental por entender que a hipótese não é de nulidade da lei estadual, mas sim de ineficácia até a superveniência da lei complementar federal, o mesmo foi seguido pelo Ministro Dias Toffoli. Assim, por maioria, vencido o relator, foi dado provimento ao agravo regimental do Estado de São Paulo para negar provimento ao recurso do contribuinte.¹

Nessa esteira, **a jurisprudência atual de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, de forma diversa do precedente da repercussão geral julgado pelo Tribunal Pleno da Suprema Corte (Tema 171)**, no exercício da interpretação hermenêutica, têm decidido no sentido de que as leis estaduais criadas após a Emenda Constitucional nº 33/2001, mas antes da Lei Complementar nº 114/2002, são plenamente válidas, porém foram ineficazes até a entrada em vigor da mencionada Lei

¹ Cf. portal de notícias do sítio eletrônico do STF.



Complementar. Nesse sentido, os seguintes julgados: RE 1.106.258-AgR-ED/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, **Primeira Turma**; RE 1.097.569-AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, **Segunda Turma**; RE 1.167.502/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 1.130.885/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

E, ainda:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR POR PESSOA FÍSICA APÓS A EC Nº 33/2001 E NA VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 114/2002 E DA LEI Nº 11.001/2001 DO ESTADO DE SÃO PAULO. INCIDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015.

1. O entendimento da Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. 'Após a Emenda Constitucional 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços.' (RE 439.796-RG, Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa).

- 2. Constitucionalidade da incidência do ICMS sobre a importação de veículo automotor por pessoa física, para uso pessoal, após edição da Emenda Constitucional nº 33/2001 e na vigência da Lei Complementar nº 114/2002 e da Lei nº 11.001/2001 do Estado de São Paulo. Precedentes.**
- 3. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada.**
- 4. Agravo interno conhecido e não provido.” (ARE 933.069 ED-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 05.04.2019).**

Diante de tal quadro, outra solução não há, senão a adotada pelo eminente Relator, para **“afastar a pretendida inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 1º da Lei Estadual nº 11.001, de 21 de dezembro de 2001, que altera a Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989, e que dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, observando-se apenas, no plano da eficácia, a restrição de sua aplicação até a entrada em vigor da lei complementar nº 114, de 16 de dezembro de 2002, quando então, começou a produzir seus efeitos”**.

2. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo improcedente o pedido, com observação, nos termos suso alinhavados.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ricardo Anafe



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	12	Acórdãos Eletrônicos	ELCIO TRUJILLO	F5EB700
13	22	Declarações de Votos	RICARDO MAIR ANAFE	F7F7A03

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 2075829-26.2018.8.26.0000 e o código de confirmação da tabela acima.