



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000290710

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1003581-85.2023.8.26.0394, da Comarca de Nova Odessa, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ORTOFIO INDÚSTRIA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Conheceram em parte do recurso voluntário da ré e, na parte conhecida, negaram provimento, com efeitos estendidos ao reexame necessário.V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVIA MEIRELLES (Presidente) E ALVES BRAGA JUNIOR.

São Paulo, 26 de março de 2025.

JOEL BIRELLO MANDELLI
Relator

Apelação e Remessa Necessária nº 1003581-85.2023.8.26.0394

Apelante: Estado de São Paulo

Apelado: Ortofio Indústria Comércio e Serviços Ltda.

Comarca: Nova Odessa

Juíza: Michelli Vieira do Lago Ruesta Changman

Voto nº 3123

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS-IMPORTAÇÃO. PERDIMENTO DE BENS. PRESCRIÇÃO. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE CONHECIDO E NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO. RECURSO OFICIAL DESPROVIDO.

I. Caso em Exame

1. Ação de repetição de indébito contra o Estado de São Paulo, visando à restituição de ICMS-Importação pago antecipadamente em operação de importação não consumada devido ao perdimento dos bens. Sentença de primeira instância julgou procedente o pedido, determinando a restituição do valor pago.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em determinar se houve prescrição do direito à restituição do ICMS-Importação e se houve comprovação do pagamento do tributo.

III. Razões de Decidir

3. A prescrição para restituição do crédito tributário é de cinco anos, contados a partir do trânsito em julgado da decisão que anulou o auto de infração, ocorrido em 01.09.2023.

4. A alegação de falta de comprovação do pagamento do tributo não foi conhecida, pois não foi objeto de discussão em primeira instância, configurando inovação recursal.

IV. Dispositivo e Tese

5. Conheço parcialmente o recurso voluntário da Fazenda Pública e, na parte conhecida, nego provimento, com efeito estendido ao recurso oficial.

***Tese de julgamento:* 1. O prazo prescricional para restituição de ICMS-Importação inicia-se com o trânsito em julgado da decisão que anulou o auto de infração. 2. Inovação recursal não é admitida.**

Legislação Citada:

CF, art. 155, § 2º, IX, “a”; CTN, art. 165, art. 167, parágrafo único, art. 168; CPC, art. 85, §11, art. 489, § 1º.

Jurisprudência Citada:

TJSP, Apelação / Remessa Necessária 1011683-53.2018.8.26.0562, Rel. Teresa Ramos Marques,

j. 25/05/2020.

TJSP, **Apelação Cível 1011936-40.2023.8.26.0053**, Rel. **José Luiz Gavião de Almeida**, j. 27/09/2024.

TJSP, **Apelação Cível 0004036-51.2014.8.26.0372**, Rel. **Renato Delbianco**, j. 26/01/2016.

TJSP, **Apelação Cível 1062130-78.2022.8.26.0053**, Rel. **Djalma Lofrano Filho**, j. 19/02/2025.

Vistos.

Apelação e remessa necessária em face da r. sentença de fls. 1012/1017, que julgou procedente a ação de repetição de indébito promovida por **Ortofió Indústria, Comércio e Serviços Ltda.** em face do **Estado de São Paulo**.

Na inicial, em resumo, a autora ingressou com a ação, pleiteando a restituição de indébito tributário. Argumenta que importou dois veículos da marca Lexus, modelo ES350, conforme Declaração de Importação (DI) nº 11/2170460-5, registrada em 16.11.2011, recolhendo na mesma data o imposto de importação no valor de R\$ 43.919,05. Relata que referida DI foi alvo de lavratura de Auto de Infração nº AITAGF nº 0817700-00035/12, que deu origem ao PAF nº 19482-720044/2012-54, e que ensejou a pena de perdimento dos bens. Referido procedimento fiscal foi objeto de ação judicial na Justiça Federal de Campinas, sob nº 000638688-2013.4.03.6105, na qual foi obtido êxito e anulado o auto de infração, tendo transitado em julgado em 01.09.2023, após recursos.

Não obstante, os veículos não foram liberados pela Alfândega, pois o Fisco já havia promovido o leilão. Dessa forma, faz jus a restituição do imposto ICMS-Importação, que foi recolhido antecipadamente, por ocasião do registro de sua declaração de importação.

Após o devido tramite, sobreveio a sentença que julgou procedente a ação, nos seguintes termos: “(...) *Posto isto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado à fl. 13, item 3.2 e, conseqüentemente, EXTINTO O PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para o fim de condenar o requerido na obrigação de restituir à parte*

autora o valor recolhido a título de ICMS-Importação referente às operações descritas na Declaração de Importação (DI) nº 11/2170460-5 (fls. 23/25), acrescidos de correção monetária, pelo IPCA-E e a partir da data de cada recolhimento indevido, e de correção e juros moratórios, exclusivamente pela Taxa SELIC e a partir do trânsito em julgado, com fundamento no artigo 167, parágrafo único do CTN, e artigo 3º, da EC nº 113/21. Pela sucumbência, arcará o requerido com o pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor da condenação. Após o decurso do prazo para o(s) recurso(s) voluntário(s), subam os autos ao Egrégio Tribunal, para o reexame necessário. Oportunamente, com o trânsito em julgado e nada mais sendo pleiteado nos autos, arquivem-se os autos com as cautelas de praxe. P.I.C.”

Adotado, no mais, o relatório da sentença.

Insurge-se a Fazenda Pública, fls. 1022/10029, pedindo a reforma da sentença, argumentando prescrição para restituição, que deve ser contado a partir do recolhimento do tributo (artigo 168 do CTN), e que não houve comprovação do efetivo pagamento do tributo.

Resposta do recorrido às fls. 1033/1041.

Recurso tempestivo. Dispensado o preparo.

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

A preliminar de prescrição se confunde com o mérito, e com ele será analisada.

Em poucas palavras, em primeiro grau, o juiz acolheu a pretensão autoral.

A ação versa sobre restituição de valores recolhidos a título de ICMS-Importação de mercadorias, cuja operação de importação não foi consumada, ocorrendo o perdimento de bens pela Receita Federal.

Passo a análise das razões recursais.

O recorrente sustenta que houve prescrição e que não houve a

comprovação efetiva do pagamento do tributo.

Sem razão.

De fato, o artigo 168 do CTN prevê a prescrição da restituição do crédito tributário no prazo de 5 (cinco) anos.

No entanto, os seus incisos são claros a partir de quando começa a contagem da prescrição. Vejamos:

“Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário; (Vide art 3 da LCp nº 118, de 2005)

II - na hipótese do inciso III do art. 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.”

Já o artigo 165 acima mencionado, dispõem:

“Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual fôr a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do art. 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória” .

Como se vê, na hipótese dos autos, havia um processo na Justiça

Federal, sob o nº 000638688-2013.4.03.6105, em que se pleiteava a anulação do Auto de Infração. Haveria, até então, a possibilidade de liberação dos bens apreendidos.

Inclusive, foi o que ocorreu.

O auto de infração foi anulado, e foi decretado a entrega dos bens apreendidos. O trânsito em julgado ocorreu em 01.09.2023.

No entanto, os bens importados, dois veículos, haviam sido leiloadas em 16.05.2014 e 06.06.2014 e, conseqüentemente, não foram entregues ao autor, o que caracterizou o perdimento.

Assim, como bem pontuado pelo Juízo de 1º grau, “(...) Ressalte-se que, caso a ação anulatória tivesse sido integralmente cumprida com a liberação dos bens, não haveria qualquer discussão sobre o indébito. (...)”

Portanto, o tributo somente se tornou indevido com o perdimento da mercadoria.

Colaciona-se nesta oportunidade julgado a respeito:

“TRIBUTOS ICMS – Importação – Pena de perdimento – Fato gerador – Desembaraço aduaneiro – Impossibilidade – Restituição – Prazo prescricional – Termo inicial – Teoria da actio nata – Possibilidade: – O termo inicial da prescrição da pretensão de restituição de indébito tributário de ICMS-importação em razão do perdimento da mercadoria importada se dá com a aplicação da referida pena, e não com o recolhimento prévio do tributo. ICMS – Importação – Pena de perdimento – Fato gerador – Desembaraço aduaneiro – Impossibilidade – Restituição – Possibilidade: – No controle aduaneiro de mercadorias, o desembaraço é o último ato praticado, razão pela qual eventual aplicação da pena de perdimento impede o desembaraço. – No ICMS-importação, o fato gerador ocorre com o desembaraço aduaneiro, que, não realizado, faz surgir a pretensão de restituição do referido tributo eventualmente recolhido anteriormente” (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1011683-53.2018.8.26.0562; Relator (a): Teresa Ramos Marques; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/05/2020; Data de Registro: 25/05/2020).

No mais, o fato gerador do ICMS-Importação é a entrada da mercadoria no país, conforme prevê o artigo 155, § 2º, IX, “a”, da CF:

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

(...)

§ 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”

Em relação ao esse tributo, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 661, que dispõe:

“Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro”.

Extraí-se ainda, do Regulamento Aduaneiro, Decreto nº 6.759/09, em seu artigo 571, *caput*, que:

“Art. 571. Desembaraço aduaneiro na importação é o ato pelo qual é registrada a conclusão da conferência aduaneira.”

Logo, se o desembaraço é o último ato realizado, a pena de perdimento é aplicada antes do referido desembaraço.

Com o trânsito em julgado da decisão que anulou o auto de infração em 2023, obviamente, não se consumou a prescrição.

No mais, cumpre mencionar que no caso de tributos relacionados à importação, há a necessidade de preenchimento da Declaração de Importação (DI).

E o contribuinte não consegue a emissão da Declaração de Importação (DI), se os tributos, inclusive o ICMS-Importação, não estiverem pagos,

ou seja, os tributos são pagos de forma antecipada.

Assim, não ocorrendo o desembaraço aduaneiro, não há fato gerador. E, se não há fato gerador, o recolhimento do tributo antecipado foi pago indevidamente, sendo de rigor a restituição, sob pena de se considerar enriquecimento ilícito.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO – Ação de repetição de indébito – ICMS – Pretensão de restituição de indébito tributário de ICMS-importação em razão da aplicação da penalidade de perdimento da mercadoria importada – Fato gerador do tributo que é o desembaraço aduaneiro – Aplicação da penalidade de perdimento da mercadoria pela Receita Federal que implica no encerramento precoce da conferência aduaneira – Hipótese em que inexistente desembaraço aduaneiro e, conseqüentemente, não há fato gerador do ICMS – Restituição devida – Sentença mantida – Recurso não provido.” (TJSP; Apelação Cível 1011936-40.2023.8.26.0053; Relator (a): José Luiz Gavião de Almeida; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 27/09/2024; Data de Registro: 27/09/2024).

“Repetição de Indébito Tributário – ICMS-Imp. – Perdimento de mercadorias importadas – Pretensão da autora à repetição do indébito de ICMS-Imp., recolhido previamente ao desembaraço aduaneiro, relativamente a mercadorias apreendidas e posteriormente declaradas perdidas em favor da União – Inocorrido o fato gerador, curial que se proceda à repetição do tributo, sob pena de enriquecimento ilícito do Fisco em detrimento do contribuinte – Precedente desta C. Corte em caso análogo – Preliminar de prescrição afastada – Sentença de procedência mantida – Recurso desprovido.” (TJSP; Apelação Cível 0004036-51.2014.8.26.0372; Relator (a): Renato Delbianco; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Monte Mor - 2ª Vara; Data do Julgamento: 26/01/2016; Data de Registro: 26/02/2016).

No entanto, inviável, nesta oportunidade, enfrentamento da tese de que não foi comprovado o efetivo pagamento do tributo.

Isso porque a recorrente, nas razões de apelação, abordou assunto não veiculado em sede contestatória, ou seja, a questão sequer foi apreciado pelo Juízo de 1º grau, configurando inovação recursal.

Acrescente-se, não impugnado tempestivamente o recolhimento do ICMS-Importação, a matéria tornou-se preclusa.

Nesse ponto, leva-se em consideração que o recolhimento foi reconhecido pela parte.

Relatou inclusive que não seria caso de restituição, mas sim, pedido de indenização (fl. 988).

Dessa forma, é o caso de conhecimento parcial do recurso voluntário da Fazenda Pública, e na parte conhecida, negar-se provimento.

Quanto aos consectários legais, deve-se aplicar o IPCA-E a partir da data do recolhimento indevido (Súmula 162 STJ) e a taxa Selic a partir do trânsito em julgado, conforme entendimento do artigo 167, § único, do Código Tributário Nacional, observando-se ainda a EC nº 113/21.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO. Pretensão inicial voltada à anulação da decisão administrativa que indeferiu o pedido de repetição de indébito, bem como a devolução do valor pago a título de ICMS-Importação, acrescido dos consectários legais. Sentença de procedência na origem. 1. Mérito. – Hipótese na qual não era devido o ICMS ao Estado de São Paulo, uma vez que a autora não era a destinatária legal das mercadorias, mas mera intermediária, e os bens, após ingressarem em território nacional pelo aeroporto de Guarulhos, foram postos em circulação e destinados ao Estado da Bahia. Inteligência do Tema 520 do STF: "O sujeito ativo da obrigação tributária de ICMS incidente sobre mercadoria importada é o Estado-membro no qual está domiciliado ou estabelecido o destinatário legal da operação que deu causa à circulação da mercadoria, com a transferência de domínio." 2. Juros e correção monetária. - Repetição de indébito. Aplicação da taxa SELIC, que engloba os juros moratórios e a correção monetária, tendo por termo inicial o trânsito em julgado. Correção

monetária que deve incidir isoladamente no período compreendido entre o pagamento indevido e o trânsito em julgado, de acordo com o IPCA-E. Sentença reformada em parte. Recurso parcialmente provido" (TJSP; Apelação Cível 1062130-78.2022.8.26.0053; Relator (a): Djalma Lofrano Filho; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/02/2025; Data de Registro: 19/02/2025).

Em suma, é o caso de conhecimento parcial do recurso voluntário, e na parte conhecida, negar-se provimento, e de desprovimento do recurso de ofício.

Considerando a atuação em grau recursal, majoro os honorários sucumbenciais para 11% sobre o valor atualizado da condenação, com base no art. 85, §11, do CPC.

Ressalto que o presente voto enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando clara as razões de decidir e rebatendo as teses levantadas pelas partes capazes de infirmar a conclusão adotada, em observação ao que dispõe o artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil (STJ. Embargos de Declaração no MS 21.315-DF, julgado em 8/6/2016 – Info 585).

Todavia, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria suscitada, observando-se que não houve afronta a nenhum dispositivo infraconstitucional e constitucional.

Ante o exposto, pelo meu voto, **CONHEÇO PARCIALMENTE** do recurso voluntário da ré, e na parte conhecida, **NEGO PROVIMENTO** nos termos acima, com efeitos estendidos ao reexame necessário.

JOEL BIRELLO MANDELLI

Relator