



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

Registro: 2023.0000115023

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2184962-61.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ANDRE BARASCH, é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), NOGUEIRA DIEFENTHALER E MARCELO BERTHE.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2023.

FRANCISCO BIANCO
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

VOTO Nº 30887

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2184962-61.2022.8.26.0000

COMARCA: Capital

AGRAVANTE: Andre Barasch

AGRAVADA: Fazenda Pública do Estado de São Paulo

MM. JUÍZA DE DIREITO: Dra. Ana Maria Brugin

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – DIREITO TRIBUTÁRIO – IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO – ICMS – IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR PARA USO PRÓPRIO – AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA – AIIM – CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – CDA – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – REJEIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO – PRETENSÃO À EXCLUSÃO DA MULTA PUNITIVA COMPONENTE DO DÉBITO TRIBUTÁRIO – POSSIBILIDADE. 1. Descabimento da cobrança da multa punitiva, constante do AIIM nº 4.120.327-6, reconhecido. 2. Concessão de medida liminar, nos autos do mandado de segurança preventivo nº 1031507-70.2018.8.26.0053, que tramitou perante a D. 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, determinando a suspensão da incidência tributária, anteriormente à ocorrência do respectivo fato gerador. 3. A exigência de depósito judicial, correspondente ao montante do imposto, para a respectiva discussão e obstar o lançamento tributário da penalidade pecuniária, afronta o disposto nas Súmulas Vinculantes nºs 21 e 28, do C. STF. 4. Aplicação, à hipótese dos autos, por analogia, do disposto no artigo 63, §§ 1º e 2º, da Lei Federal nº 9.430/96. 5. A eventual incidência da Súmula nº 405, da jurisprudência dominante e reiterada do C. STF, ao caso concreto, não permite a cobrança da multa punitiva, que não foi objeto de discussão e deliberação, por ocasião do deferimento da medida liminar. 6. Penalidade, aplicada posteriormente à concessão da referida medida excepcional. 7. Precedentes da jurisprudência do C. STJ e, inclusive, deste E. Tribunal de Justiça. 8. Exceção de pré-executividade à execução fiscal, oferecida pela parte executada, rejeitada, em Primeiro Grau de Jurisdição. 9. Decisão, recorrida, parcialmente



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

reformada, apenas e tão somente, para o seguinte: a) acolher, parcialmente, o referido incidente processual; b) excluir a multa punitiva, incidente sobre o montante do débito tributário; c) permitir a respectiva cobrança, se for o caso, conforme o disposto no artigo 63, § 2º, da Lei Federal nº 9.430/96. 10. Recurso de agravo de instrumento, apresentado pela parte executada, provido.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento, objetivando a reforma da r. decisão de fls. 1.009/1.010, integrada a fls. 1.040 que, nos autos da execução fiscal, ajuizada pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo, contra Andre Barasch, rejeitou a exceção de pré-executividade, apresentada pela parte executada.

A parte agravante sustentou, em resumo, o seguinte:

a) inoccorrência de mora, durante a suspensão do débito tributário, por meio de medida liminar, concedida, em 13.7.18, nos autos do mandado de segurança preventivo (*processo nº 1031507-70.2018.8.26.0053, que tramitou perante a D. 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital*), mencionada, inclusive, no Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4.120.327-6; b) inexistência de mora, até o trânsito em julgado, ante a aplicação do artigo 151, IV, do CTN; c) vigência dos efeitos da medida liminar, até 9.2.21, quando o C. STF determinou a incidência do ICMS, na importação de veículo automotor, para uso próprio; d) descabimento da multa punitiva, de natureza moratória, acrescida de juros de mora; e) imprescindibilidade da prática de ato ilícito, para a imposição da penalidade; f) Súmula nº 405, da jurisprudência reiterada e



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

consolidada do C. STF, ultrapassada; g) aplicação do artigo 63 da Lei Federal nº 9.430/96 e das Súmulas nºs 247, do extinto C. TFR; 373, do C. STJ; 626, do C. STF e Vinculantes nºs 21 e 28, do C. STF; h) subsidiariamente, caráter confiscatório da referida penalidade, evidenciado; i) limitação da multa, ao valor correspondente a 20%, sobre o montante do tributo; j) atribuição do efeito suspensivo e, no mérito, provimento do recurso.

Dispensadas as informações, o recurso, preparado e tempestivo, foi processado, com a atribuição do efeito suspensivo e respondido.

É o relatório.

O recurso de agravo de instrumento, apresentado pela parte executada, merece provimento, respeitado, contudo, o entendimento em sentido contrário manifestado pelo D. Juízo de Primeiro Grau de Jurisdição.

Trata-se de execução fiscal, objetivando a cobrança de débito tributário, decorrente do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, acrescido de juros de mora e multa punitiva.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

Na sequência dos autos, sobreveio a apresentação da exceção de pré-executividade, rejeitada na origem, postulando o seguinte: a) extinção da execução fiscal, ante a iliquidez e inexigibilidade da Certidão de Dívida Ativa nº 1.308.109.113; b) subsidiariamente, a exclusão da multa punitiva imposta e da incidência de juros de mora, sobre a mesma sanção; c) subsidiariamente, ainda, a redução da penalidade ao valor correspondente a 20%, sobre o montante do imposto devido (*fls. 15/41 e 1.009/1.100, dos autos originários*).

É dos autos que o débito tributário, objeto da cobrança executiva, já foi anteriormente discutido por esta C. 5ª Câmara de Direito Público, nos autos do mandado de segurança preventivo nº 1031507-70.2018.8.26.0053, que tramitou perante a D. 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, impetrado pela parte executada, visando impedir a incidência do ICMS, na importação de veículo automotor para uso próprio (*fls. 84/100, dos autos originários*).

E mais. A medida liminar foi concedida, em 13.7.18, por este Relator, nos autos do recurso agravo de instrumento nº 2136955-77.2018.8.26.0000, interposto pela parte impetrante, para determinar a suspensão da exigibilidade do referido imposto. Assim, a Fazenda Pública Estadual expediu, em 17.7.18, a Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS. Posteriormente, o mencionado inconformismo voluntário foi considerado prejudicado, por fato superveniente, consistente no



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

juízo de julgamento do mandado de segurança original (*fls. 62/64, 75 e 327/328, dos autos originários*).

A ordem impetrada em mandado de segurança, concedida, na origem, foi ratificada por esta E. Turma Recursal, na oportunidade do julgamento do recurso de apelação nº 1031507-70.2018.8.26.0000, interposto pela Fazenda Pública Estadual. Por isso, os efeitos da medida liminar foram preservados até o julgamento da lide pelo C. STF (*fls. 316/321, 456/458 e 460, dos autos originários*).

A matéria foi, então, decidida de forma diversa, pelo C. STF, em 30.11.20, com o trânsito em julgado (*9.2.21*), ratificando a incidência do tributo na operação de importação em questão.

Após a concessão da medida liminar, a Fazenda Pública Estadual, como acima mencionado, providenciou, em 30.1.19, a lavratura do Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4.120.327-6, para a constituição do crédito tributário, incluindo o valor do imposto, multa pecuniária e juros de mora.

O objeto da autuação foi objeto de discussão, na esfera administrativa, sobrevivendo a ratificação do referido AIIM, a inscrição do débito na Dívida Ativa do Estado de São Paulo e o ajuizamento da presente execução fiscal, em 13.8.21 (*fls. 2/3, 50/57,*



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

366/370, 375, 462 e 463/466, dos autos originários).

A pretensão recursal consiste no acolhimento dos requerimentos subsidiários da exceção de pré-executividade, apresentada pela parte executada, relacionados à multa punitiva.

Os elementos de convicção produzidos nos autos autorizam o acolhimento da pretensão recursal deduzida pela parte agravante.

Pois bem. O mandado de segurança nº 1031507-70.2018.8.26.0053, que tramitou perante a D. 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, ostenta a natureza nitidamente preventiva e foi impetrado anteriormente à ocorrência do próprio fato gerador.

Aliás, a lavratura do AIIM nº 4.120.327-6 decorreu da necessidade de evitar a decadência do direito de constituição do crédito tributário, nos termos do artigo 30 da Lei Estadual nº 13.457/09, conforme as decisões administrativas de fls. 78 e 365, dos autos originários. Confira-se:

“Artigo 30 - Não impede a lavratura do auto de infração a propositura pelo autuado de ação judicial por qualquer modalidade processual, com o mesmo objeto, ainda que haja ocorrência de depósito ou



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

garantia.”

É certo que o lançamento de sanção pecuniária, tal como na conjuntura descrita nos autos, mediante o ajuizamento de ação judicial, anteriormente à autuação fiscal, somente poderia ser obstado, em tese, na hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, fundamentada no artigo 151, II, do CTN (*depósito integral, em dinheiro*). Confira-se o respectivo § 3º do artigo 30 da Lei Estadual nº 13.457/09, acima citada:

“§ 3º - Estando o crédito tributário com a exigibilidade suspensa, nos termos do artigo 151, inciso II, da Lei federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, a autuação será lavrada para prevenir os efeitos da decadência, porém sem a incidência de penalidades.”

Confira-se, também, o teor da Súmula nº 14, do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo: *“A lavratura de Auto de Infração sem a incidência de penalidades necessariamente depende do prévio depósito judicial do montante integral do crédito tributário, nos termos do §3º, do artigo 30, da Lei n. 13.457/2009.”*

Porém, a realidade dos autos indica que tal situação está em desacordo às Súmulas Vinculantes nºs 21 e 28, do C. STF. Confira-se:



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

Súmula Vinculante nº 21: “*É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.*”

Súmula Vinculante nº 28: “*É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.*”

Além disso, os incisos IV e V, do artigo 151 do CTN autorizam a suspensão da exigibilidade do débito tributário, sem a exigência de depósito do montante integral, em dinheiro. Em outras palavras, reclamam, apenas e tão somente, a presença dos seguintes requisitos: *fumus boni iuris e periculum in mora*.

Como se vê, o contribuinte não estava submetido à obrigatoriedade de adimplemento do imposto, independentemente do prévio depósito do respectivo montante, por força de expressa decisão judicial. Por isso, é inadmissível e desarrazoada a imposição de penalidade tributária.

Ademais, confira-se, por oportuno, a redação do dispositivo legal, mencionado no AIIM nº 4.120.327-6, que autoriza a imposição da referida penalidade (*artigo 85, I, “I” da Lei Estadual nº 6.374/89*):

“*Artigo 85 - O descumprimento das obrigações*



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

principal e acessórias, instituídas pela legislação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, fica sujeito às seguintes penalidades:

I - infrações relativas ao pagamento do imposto:

(...)

*l) **falta de pagamento do imposto, em hipótese não prevista nas demais alíneas deste inciso** - multa equivalente a 100% (cem por cento) do valor do imposto; (...)*” (destaques acrescidos)

No caso concreto, a hipótese não prevista nas alíneas antecedentes do inciso I, do artigo 85 da Lei Estadual nº 6.374/89, consiste no seguinte: “*existência de decisão judicial proferida em sede de agravo de instrumento nº 2136955-77.2018.8.26.0000 da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*”. É o que consta do AIIM nº 4.120.327-6 (*fls. 50, dos autos originários*).

Tal imputação, como já salientado, é desprovida de razoabilidade e carece de amparo legal, pois, denota a inadmissível caracterização de ilícito tributário, decorrente de inadimplemento do imposto, autorizado por meio de expressa decisão judicial.

Daí porque, aplicar-se-á, por analogia, para a solução do caso em exame, o disposto no artigo 63, §§ 1º e 2º, da Lei Federal nº 9.430/96, que regulamenta situação jurídica similar, relativamente a tributos de competência da União Federal. Confira-se:



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

*“Art. 63. Na constituição de crédito tributário **destinada a prevenir a decadência**, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172., de 25 de outubro de 1966, **não caberá lançamento de multa de ofício**.”*

*§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que **a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo**.”*

*§ 2º **A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.**”*
(destaques acrescidos)

Confira-se, a propósito da matéria jurídica ora debatida, a jurisprudência do C. STJ e, inclusive, deste E. Tribunal de Justiça, a seguir:

*“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE NO PERÍODO DE VIGÊNCIA DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. 1. No período compreendido entre a concessão de medida liminar e a denegação da ordem incide correção monetária e juros de mora ou a Taxa SELIC, se for o caso. **Afastada a imposição de multa de ofício** (REsp 839.962/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, julgado em 27/2/2013, DJe 24/4/2013). 2. Agravo interno não provido.” (STJ; AgInt no REsp nº 1.471.847/SP; Relator o Ministro Benedito Gonçalves; Primeira Turma; julgado em 27/11/2.018; DJe de 7/12/2.018; destaques acrescidos)*



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

*“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE NO PERÍODO DE VIGÊNCIA DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. EMBARGOS ACOLHIDOS. 1. Divergência jurisprudencial configurada entre acórdãos da Primeira e Segunda Turmas no tocante à possibilidade de incidência de juros de mora sobre o tributo devido no período compreendido entre a decisão que concede liminar em mandado de segurança e a denegação da ordem. 2. "Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária" (Súmula 405/STF). 3. "A multa moratória pune o descumprimento da norma tributária que determina o pagamento do tributo no vencimento. Constitui, pois, penalidade cominada para desestimular o atraso nos recolhimentos. Já os juros moratórios, diferentemente, compensam a falta da disponibilidade dos recursos pelo sujeito ativo pelo período correspondente ao atraso" (Leandro Paulsen, Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora ESMAFE, 2012, p. 1.105). 4. **O art. 63, caput e § 2º, da Lei 9.430/96 afasta tão somente a incidência de multa de ofício no lançamento tributário destinado a prevenir a decadência na hipótese em que o crédito tributário estiver com sua exigibilidade suspensa por força de medida liminar concedida em mandado de segurança ou em outra ação ou de tutela antecipada.** 5. No período compreendido entre a concessão de medida liminar e a denegação da ordem incide correção monetária e juros de mora ou a Taxa SELIC, se for o caso. **Afastada a imposição de multa de ofício.** 6.*



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

Embargos de divergência acolhidos.” (STJ; EREsp nº 839.962/MG; Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima; Primeira Seção; julgado em 27/2/2.013; DJe de 24/4/2.013; destaques acrescentados)

“APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração de ação mandamental objetivando a expedição de certidão de regularidade fiscal – Denegação da ordem decretada em primeira instância – Insurgência da impetrante – Acolhimento – Comprovado o pagamento do valor referente ao crédito tributário, sem o acréscimo da multa de mora – Período no qual estava suspensa a exigibilidade do referido crédito, devido ao deferimento de medida liminar – Aplicação do art. 63, § 2º, da Lei nº 9.430/96 – Precedentes – Sentença reformada – Recurso provido.” (TJSP; Apelação Cível nº 1076500-96.2021.8.26.0053; Relator (a): o Des. Rubens Rihl; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 02/12/2.022; Data de Registro: 02/12/2.022)

“AÇÃO DECLARATÓRIA – Decisão que rejeitou pedido de exclusão da multa moratória para o pagamento de tributo cuja exigibilidade estava suspensa por força de decisão judicial – Tutela antecipada de prorrogação de vencimentos que, muito embora revogada pelo Supremo Tribunal Federal, produziu efeitos no que tange à suspensão dos pagamentos devidos pela agravante no período em que vigorou – Inviabilidade de punição do contribuinte em razão de decisão que o beneficiou – Inteligência do art. 63, par. 2º, da Lei nº 9.430/1996 – Precedentes do STJ, notadamente o exarado no julgamento do AgInt no REsp nº 1.471.847/SP – Recurso provido.” (TJSP; Agravo de Instrumento nº 2136349-78.2020.8.26.0000; Relator (a): a Des.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

Mônica Serrano; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 15ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 03/09/2.020; Data de Registro: 03/09/2.020)

Outrossim, a eventual incidência da Súmula nº 405, da jurisprudência reiterada e consolidada do C. STF, à hipótese dos autos, não permite, igualmente, a cobrança da multa punitiva, pretendida pela Fazenda Pública Estadual.

A referida Súmula dispõe o seguinte: *“Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.”*

Finalmente, a medida liminar, posteriormente revogada, decidiu, apenas e tão somente, em relação à incidência do imposto sobre a operação de importação de veículo automotor para uso próprio. E, nada foi deliberado a respeito da eventual aplicação de multa punitiva, ora exigida, posteriormente à concessão de medida liminar.

Portanto, o acolhimento parcial da exceção de pré-executividade à execução fiscal, é de absoluto rigor, nos exatos termos da fundamentação, apenas e tão somente, para o seguinte: a) excluir a multa punitiva, incidente sobre o montante do débito tributário; b)



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

permitir a respectiva cobrança, se for o caso, conforme o disposto no artigo 63, § 2º, da Lei Federal nº 9.430/96.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso de agravo de instrumento, apresentado pela parte executada, para os fins acima especificados.

FRANCISCO BIANCO
Relator