



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO**  
3ª Câmara de Direito Público

**Registro: 2016.0000302190**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1022019-96.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COMERCIO DE MATERIAIS ELETRICOS 4 ASES EIRELI, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 3ª 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 Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 3 de maio de 2016

**KLEBER LEYSER DE AQUINO**

**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO**  
**3ª Câmara de Direito Público**

**Voto nº 00034**

**Apelação nº 1022019-96.2015.8.26.0000**

Apelante: **COMÉRCIO DE MATERIAIS ELÉTRICOS 4 ASES EIRELI**

Apelada: **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo

Magistrada: Dra. Celina Kiyomi Toyoshima

**APELAÇÃO – INDEFERIMENTO DA INICIAL – CARÊNCIA DE AÇÃO – A Lei nº 6.830/80 autoriza o ingresso judicial da parte executada fora dos autos da execução, em ação própria, nas hipóteses de ação anulatória da dívida, mandado de segurança e ação de repetição de indébito – O preceito constitucional do direito de ação não pode ser obstado pelo fato do interessado eleger uma das vias possíveis e legítimas, preferindo a que dispensava a garantia do juízo – Carência da ação afastada – Sentença anulada – Retorno dos autos para apreciação do pedido de tutela antecipada almejada – Recurso provido.**

Trata-se de recurso de **apelação** interposto por **Comércio de Materiais Elétricos 4 Ases Eireli**, na vigência do Código de Processo Civil de 1.973 (Lei nº 5.869/1973), contra a sentença (fls. 361/365) que, nos autos da **ação anulatória de débito fiscal cumulada com antecipação de tutela**, ajuizada pela apelante em face da **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**, julgou extinta a demanda, indeferindo a inicial por carência da ação, alegando, em síntese, que:

É empresa constituída há quase 40 anos, cumpridora de suas obrigações tributárias, contudo teve contra si lavrado o Auto de Infração e



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO**  
3ª Câmara de Direito Público

Imposição de Multa nº 4028332, no importe de R\$ 1.072.899,98, ensejando a Execução Fiscal nº 1585021-37.2014.8.26.0014, em fase de nomeação de bens para garantia do juízo.

Não houve omissão de operações de saída de mercadorias tributadas, tampouco recebimento de equipamentos sem documentação, uma vez que os códigos dos produtos foram alterados pela empresa WEG Equipamentos Elétricos, bens esses revendidos pela *apelante*, acarretando a aplicação da média ponderada para cobrança de ICMS, o que não se pode admitir.

E ainda, que não há óbice legal à interposição da presente demanda anulatória na pendência da execução fiscal, e pleiteia, a final, a concessão da tutela antecipada recursal para que seja anulada a sentença extintiva prolatada (fls. 395/420).

Recurso preparado e recebido no duplo efeito (fls. 421/423).

**Relatado de forma sintética, passo a fundamentar e decidir.**

Ressalto inicialmente que, como o presente recurso foi interposto sob as regras do Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/1973), é este que será aplicado.

O recurso comporta provimento.

A sentença extinguiu a ação sob o fundamento de que a presente demanda foi manejada posteriormente à execução fiscal, e dessa



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO**  
**3ª Câmara de Direito Público**

forma, a autora deveria ter oposto embargos à execução, não podendo coexistir duas ações com a mesma finalidade.

De fato, a Lei nº 6.830/80, em seu artigo 38<sup>1</sup>, autoriza o ingresso judicial da parte interessada fora dos autos da execução, em caso de mandado de segurança, ação de repetição de indébito e ação anulatória da dívida exclusivamente. Estabelece que ausentes essas hipóteses, a discussão deverá se dar mediante embargos, os quais não serão admitidos antes da garantia da execução.

No caso presente, embora o processo de execução fiscal tenha sido ajuizado em 01/11/2014 (fl. 128) antes, pois, da ação anulatória, em 15/06/2015 (vide aba "propriedades" deste processo digital), não há nenhum impeditivo para o ajuizamento desta ação anulatória.

Além de termos previsão expressa da Lei nº 6.830/80, em seu citado artigo 38, que autoriza a interposição da ação anulatória ao invés dos Embargos à Execução, como acima citado, cuida-se também, o pleito, de "direito de ação", amparado no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea "a", da Constituição Federal, que não pode ser obstado pelo fato do interessado eleger uma das vias possíveis e legítimas.

Nessa toada, impõe-se o afastamento da carência da ação.

No mesmo sentido é o posicionamento desta Egrégia 3ª Câmara de Direito Público:

<sup>1</sup>Artigo 38. "A discussão judicial da dívida ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa e demais encargos".



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO**  
**3ª Câmara de Direito Público**

Não ocorre litispendência entre estes embargos de execução e a ação anulatória de débito fiscal, Processo nº 0038394-05.2009.8.26.0053, pois, uma vez ajuizada uma ação executiva contra a embargante, outra não poderia ser sua resposta, a não ser a dedução dos embargos à execução, sob a pena do executado sofrer as consequências derivadas de sua inércia.

Ademais, nesta causa o que se percebe é que os elementos identificadores da demanda, isto é, pedido (eadem res, petitum), causa de pedir (eadem causa petendi) e partes (eadem personae) não se identificam. Por isso, não se confundem ação anulatória com a via defensiva executiva. (...)

A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante de título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução (CPC, art. 585, § 1º), cuja defesa se exerce por meio dos embargos de devedor à execução. (Apelação nº 0203912-66.2010.8.26.0100, Rel. Des. Amorim Cantuária, 3ª Câmara de Direito Público, j. 26/01/2016).

TRIBUTÁRIO – AÇÃO ANULATÓRIA – POSSIBILIDADE – 1. Existe interesse jurídico do contribuinte ajuizar a ação declaratória de débito fiscal uma vez não tenham sido apresentados os embargos na correspondente execução fiscal. 2. Recurso provido, para anular a sentença e determinar que outra seja prolatada após regular instrução. (Apelação nº 993.250-5/6, Rel. Des. Laerte Sampaio, 3ª Câmara de Direito Público, j. 30/03/2010).

O Superior Tribunal de Justiça perfilha idêntico entendimento:

"PROCESSUAL CIVIL – AÇÕES DE EXECUÇÃO FISCAL E ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – CONEXÃO – SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO – AUSÊNCIA DE EMBARGOS E DEPÓSITO – INADMISSIBILIDADE – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (...)

4. Se é certo que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título não inibe o direito do credor de promover-lhe a execução (CPC, art. 585, § 1º), o inverso também é verdadeiro: o ajuizamento da ação executiva não impede que o devedor exerça o direito constitucional de ação para ver declarada a nulidade do título ou a inexistência da obrigação, seja por meio de embargos (CPC, art. 736), seja por outra ação declaratória ou desconstitutiva. Nada impede,



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO**  
**3ª Câmara de Direito Público**

outrossim, que o devedor se antecipe à execução e promova, em caráter preventivo, pedido de nulidade do título ou a declaração de inexistência da relação obrigacional – 5. Ações dessa espécie têm natureza idêntica à dos embargos do devedor, e quando os antecedem, podem até substituir tais embargos, já que repetir seus fundamentos e causa de pedir importaria litispendência – 6. O exercício do direito constitucional de ação, para ver declarada a nulidade do título ou a inexistência da obrigação, independe da oferta de garantia, indispensável apenas na hipótese de o devedor pretender obter a suspensão da exigibilidade do débito impugnado. **(Recurso Especial nº 786.721/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 21/09/2006).**

PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL E AÇÃO ANULATÓRIA PREJUDICIALIDADE – 1. A jurisprudência do STJ não reconhece a existência de conexão entre ação anulatória e execução fiscal, embora aponte que há entre elas caráter de prejudicialidade – 2. Se a ação anulatória está acompanhada de depósito integral do devido, não há possibilidade de prosseguir-se com a execução que fica paralisada, se já ajuizada, ou há empecilho para a sua propositura, se o depósito na anulatória, anteceder à execução – 3. Inexistindo depósito na ação anulatória, segue a execução seu processamento, com a paralisação da primeira (art. 38 da LEF) – 4. Inexistindo conexão, não há reunião dos processos – 5. Recurso provido. **(Recurso Especial nº 174 000/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 25.06.2001).**

Assim, desnecessários mais argumentos, sendo de rigor a anulação da sentença, com o retorno dos autos à vara de origem.

Observo, por fim, que o apelante pleiteia em tutela antecipada, nos autos da referida ação anulatória de débito fiscal que moveu em face da apelada, a suspensão da execução, contudo, por ora, não há notícia de instrução, nestes autos, do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros, multa e demais encargos, como estabelece o artigo 38 da Lei nº 3.830/80.

Pelo exposto, **DOU PROVIMENTO à APELAÇÃO** para

Apelação nº 1022019-96.2015.8.26.0053 - São Paulo - Voto nº 00034

Página 6 de 7



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO**  
**3ª Câmara de Direito Público**

anular a sentença, prosseguindo o feito, para que o D. Juízo de 1ª instância aprecie o pleito de tutela antecipada, almejada na exordial.

**KLEBER LEYSER DE AQUINO**  
**RELATOR**