



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000281010

DECISÃO MONOCRÁTICA Nº 22230

Pedido de Efeito Suspensivo À Apelação Processo nº 2078720-73.2025.8.26.0000

Relator(a): **HELOÍSA MIMESSI**

Órgão Julgador: **5ª Câmara de Direito Público**

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO. Análise da petição do autor que indica que seu pleito se trata de concessão de antecipação de tutela, e não de efeito suspensivo à apelação. Precedentes. Matéria que, portanto, exige a presença cumulativa de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*. Requisitos legais suficientemente demonstrados. Reconhecida a inaplicabilidade da exigência por decreto no julgamento do RE 598.677 (Tema 456). Delegação genérica promovida pela Lei Estadual nº 6.374/1989 que não é apta a dar validade ao art. 426-A do RICMS/SP. Precedentes. Tutela concedida.

Trata-se de pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso de apelação formulado por *Fs Dist Ltda* em face da r. sentença que indeferiu a petição inicial e julgou extinto o *writ*, por entender que a impetrante não demonstrou a liquidez e certeza de seu direito.

Assevera o requerente que (i) ao contrário do afirmado pelo MM. Juízo *a quo*, possui direito líquido e certo a não ser autuada por suposta infringência no art. 426-A do Decreto nº 45.490/00, ante a inconstitucionalidade deste dispositivo; (ii) caso opte por não recolher o ICMS antecipadamente, estará sujeita à lavratura de auto de infração fundado em norma jurídica inconstitucional.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

FUNDAMENTOS E DECISÃO.

O pedido do requerente deve ser acolhido.

Tratam os autos de mandado de segurança impetrado por particular, contribuinte do ICMS no Estado de São Paulo, buscando reconhecer o seu direito líquido e certo de não recolher o ICMS próprio e o ICMS-ST na entrada de mercadorias advindas de outros Estados da Federação em seu estabelecimento, afastando-se a exigência de recolhimento antecipado previsto pelo art. 426-A, do RICMS/SP, impedindo a lavratura de autuações, a prática de atos punitivos e a criação de obstáculos ao ingresso de mercadorias e/ou ao exercício de atividade econômica.

A r. sentença extinguiu o *writ*, denegando a segurança, por entender inexistir direito líquido e certo da impetrante.

Pois bem.

É necessário destacar que o pedido do autor, embora fundamentado no art. 1.012, § 3º, I, CPC, em verdade não é típico pedido de efeito suspensivo à apelação, mas sim tutela provisória incidental deduzida em sede recursal – o que, embora não obste o conhecimento do pedido, por força do princípio da fungibilidade das tutelas provisórias, exige que se dê contornos distintos à apreciação do mérito.

Tal situação decorre do fato de o art. 1.012, § 3º, I, CPC tratar das hipóteses em que se busca a concessão de efeito suspensivo ao recurso de apelação pelo fato deste não ser “automático” por força de previsão legal. Há, portanto, uma sentença que é, *ope legis*, eficaz e que pode ser executada a qualquer momento; é a eficácia da sentença que se busca



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

afastar mediante a concessão do efeito suspensivo à apelação, e não a concessão de uma tutela provisória autônoma.

Outro não é o entendimento que se extrai da literalidade do art. 1.012 do CPC:

Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

*§ 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, **começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação** a sentença que:*

I - homologa divisão ou demarcação de terras;

II - condena a pagar alimentos;

III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado;

IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

VI - decreta a interdição.

§ 2º Nos casos do § 1º, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença.

§ 3º O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do § 1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao:

I - tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la;

II - relator, se já distribuída a apelação.

§ 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Igualmente esclarecedora é a lição de Daniel Neves sobre o tema:

O efeito suspensivo diz respeito à impossibilidade de a decisão impugnada gerar efeitos enquanto não for julgado o recurso interposto. Essa ineficácia da decisão, salvo as excepcionais hipóteses previstas em lei – efeitos secundários da sentença, por exemplo, o art. 495 do CPC -, não se limita a impedir a execução, considerando-se que determinadas decisões judiciais não têm execução (sentença declaratória e constitutiva) e ainda assim serão impugnadas por recursos dotados de efeito suspensivo.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Como bem apontado pela melhor doutrina, a afirmação de que o recurso tem efeito suspensivo não pode ser considerada correta, porque na realidade não é o recurso que suspende a eficácia da decisão, mas sim sua recorribilidade, ou seja, a mera previsão de um recurso que tenha como regra efeito suspensivo. Havendo a previsão em lei de recurso a ser recebido com efeito suspensivo, a decisão recorrível por tal recurso já surge no mundo jurídico ineficaz, não sendo a interposição do recurso que gera tal suspensão, mas a previsão legal de efeito suspensivo. O recurso, nesse caso, uma vez interposto, prolonga o estado inicial de ineficácia da decisão até seu julgamento. Essa é a razão pela qual não se admite execução provisória de sentença no prazo de interposição do recurso de apelação, porque sendo esse recurso recebido no efeito suspensivo (art. 1.012, caput, CPC), dever-se-á aguardar o transcurso do prazo, sendo certo que a interposição da apelação continuará a impedir a geração de efeitos da sentença até o seu final julgamento, ao passo que a não interposição produz o trânsito em julgado, com a liberação de seus efeitos.

A regra se aplica também em sentido contrário, ou seja, caso o recurso previsto em lei não tenha previsão de efeito suspensivo, a decisão surge no mundo jurídico – com sua publicação – imediatamente gerando efeitos, independentemente de se ainda estar em trâmite o prazo recursal. O raciocínio é simples: se o recurso, ainda que venha a ser interposto, não tem condições de impedir a geração dos efeitos da decisão, nenhuma razão existe para suspender tais efeitos até o momento de sua eventual interposição. Por essa razão, prolatada a decisão interlocutória, imediatamente passam a ser gerados os seus efeitos, independentemente do transcurso do prazo para a interposição do recurso de agravo. (Manual de Direito Processual Civil, 2017, p. 1.567).

No caso dos autos, o requerente pretende obter tutela provisória, a despeito da obtenção de sentença desfavorável, em um contexto no qual não houve revogação de anterior medida liminar (que nem sequer foi apreciada na origem). Não há, portanto, como se aplicar o art. 1.012, § 3º, I, CPC – que preconiza a presença de requisitos alternativos para concessão do efeito suspensivo à apelação (*fumus boni iuris* ou *periculum in mora*) -,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

devendo incidir na hipótese o regramento dos artigos 299, parágrafo único, 300, 932, II, e 995, parágrafo único, do CPC – que preconizam um regime de critérios cumulativos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*).

Desta forma, é inviável o conhecimento do pedido nos contornos jurídicos de um simples “efeito suspensivo à apelação”, como já entendido pela jurisprudência desta Corte:

PETIÇÃO. Requerimento deduzido por apelante com base no artigo 1.012, § 3º, I, do Código de Processo Civil. Pedido que, na realidade, envolve a concessão de tutela provisória recursal. Probabilidade do direito e risco ao resultado útil ao processo identificados no caso concreto. Requisitos do artigo 300 do CPC preenchidos. Pedido deferido, nos termos do artigo 932, inciso II, do Código de Processo Civil.

(TJSP; Pedido de Efeito Suspensivo à Apelação 2043034-25.2022.8.26.0000; Relator (a): Gilson Delgado Miranda; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XII - Nossa Senhora do Ó - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/03/2022; Data de Registro: 09/03/2022)

Como pontuado acima, analisando sistematicamente a petição inicial, depreende-se que o pedido do requerente, em verdade, é a concessão de uma tutela antecipada em seu favor. Desta forma, e ciente de que as tutelas provisórias são fungíveis – passo a apreciar o mérito recursal propriamente dito.

A concessão do pedido do requerente exige a presença concomitante de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*. E, em concreto, ambos os requisitos estão presentes.

Vislumbra-se que o artigo 2º, § 3º-A, da Lei Estadual nº 6.374/89, fundamento empregado para a cobrança antecipada do ICMS nas operações interestaduais de aquisição de mercadoria próprias, ou seja, sem a



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

incidência da substituição tributária, possui redação genérica e inaptidão para a exação tributária. Confira-se:

“Artigo 2º - Ocorre o fato gerador do imposto: (...) § 3º-A - Poderá ser exigido o pagamento antecipado do imposto, conforme disposto no regulamento, relativamente a operações, prestações, atividades ou categorias de contribuintes, na forma estabelecida pelo Poder Executivo.”

Por outro lado, as regras contidas no artigo 426-A, inciso I, do RICMS/SP, não portam, integralmente, adequado fundamento legal, em sentido estrito:

“Artigo 426-A - Na entrada no território deste Estado de mercadoria indicada no § 1º, procedente de outra unidade da Federação, o contribuinte paulista que conste como destinatário no documento fiscal relativo à operação deverá efetuar antecipadamente o recolhimento (Lei 6.374/89, art. 2º, § 3º-A): I - do imposto devido pela própria operação de saída da mercadoria; II - em sendo o caso, do imposto devido pelas operações subseqüentes, na condição de sujeito passivo por substituição.”

Vale lembrar o C. STF, por ocasião do julgamento do RE nº 598.677/RS – Tema nº 456 (Rel. o Min. Dias Toffoli; j. 29.3.21), fixou a seguinte tese jurídica de Repercussão Geral (Tema nº 456): *“A antecipação, sem substituição tributária, do pagamento do ICMS para momento anterior à ocorrência do fato gerador necessita de lei em sentido estrito. A substituição tributária progressiva do ICMS reclama previsão em lei complementar federal.”*

Assim, a Lei nº 6.374/89, que deveria ser específica



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

quanto à cobrança antecipada do tributo, não o é, e tal especificidade não pode ser suprida pelo artigo 426-A, inciso I, do RICMS/SP.

Da mesma forma, o Tema nº 456, do C. STF é no sentido de que tais operações estão submetidas à reserva da legislação Complementar Federal, conforme dispõe o artigo 155, § 2º, XII, “b”, da CF., e a Lei Complementar 87/96 não prevê a modalidade antecipada de recolhimento em regime de substituição tributária.

Assim tem decidido esta Corte de Justiça:

Agravo de Instrumento – Tributário. Decisão que concedeu liminar em mandado de segurança para determinar que o fisco se abstenha de exigir antecipadamente o ICMS próprio e o ICMS-ST, com fundamento no art. 426-A do RICMS/SP, na entrada de mercadorias advindas de outros Estados da Federação no estabelecimento da impetrante, bem como se abstenha, ainda, de lavrar auto de infração com fundamento na falta de recolhimento deste imposto por antecipação. Presença da verossimilhança da alegação e perigo de dano. Exigência antecipada do tributo que, por afigurar modificação do aspecto temporal da regra matriz de incidência, necessita de previsão em lei formal, conforme tese fixada pelo STF, no julgamento do RE 598677, leading case do Tema 456 de Repercussão Geral. Inconstitucionalidade do artigo 2º, § 3º-A, da Lei Estadual nº 6.374/1989, que embasa o artigo 426-A do RICMS (Decreto nº 45.490/2000). Precedentes desta E. Corte. Nega-se provimento ao recurso interposto.

(TJSP; Agravo de Instrumento 3004619-82.2024.8.26.0000; Relator (a): Ricardo Anafe; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Taubaté - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/07/2024; Data de Registro: 18/07/2024; g.n.)

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. Mandado de Segurança. ICMS. Pretensão de afastar os efeitos concretos do art. 426-A do RICMS/SP, referente ao recolhimento antecipado de ICMS em operações interestaduais. Impetração contra exigência fiscal e não contra a lei em tese. Exigência do tributo que não encontra amparo em lei, mas em decreto estadual (art. 426-A do RICMS). Necessidade lei em sentido estrito (lei complementar). A previsão contida no artigo 2º, § 3º-A, da Lei Estadual n.º 6.374/89 trata-se de delegação genérica incapaz de dar suporte à



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

norma regulamentar que prevê a antecipação. Sentença mantida. Reexame necessário e apelação improvidos.

(TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1034983-26.2023.8.26.0576; Relator (a): Francisco Shintate; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de São José do Rio Preto - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/06/2024; Data de Registro: 26/06/2024; g.n.).

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL AIIM Regime de antecipação do pagamento do ICMS-ST Reconhecida a inconstitucionalidade da exigência por decreto no julgamento, pelo STF, do RE 598.677 (Tema 456) Delegação genérica promovida pelo art. 2º, § 3º-A, da Lei Estadual nº 6.374/1989 que não é apta a dar validade ao art. 426-A do RICMS/SP Antecipação prevista no inciso II do art. 426-A do RICMS, referente ao ICMS-ST, que não está respaldada na LC 87/96 Inadmissibilidade da alteração do aspecto material do fato gerador do imposto por meio de decreto Precedentes deste E. Tribunal de Justiça R. sentença mantida Recursos oficial e voluntário da FESP desprovidos. (TJSP, Apelação / Remessa Necessária nº 1015404-12.2023.8.26.0053, São Paulo, 6ª Câmara de Direito Público, Relatora: Silvia Meirelles, data do julgamento: 14 de agosto de 2023 - g.n.).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Mandado de Segurança. Liminar deferida para determinar que a autoridade impetrada se abstenha de exigir ICMS próprio e ICMS-ST com fundamento no artigo 2º, § 3º-A da Lei Estadual n.º 6.374/89, e no artigo 426-A do RICMS, na entrada de mercadorias advindas de outros Estados da Federação no estabelecimento da impetrante. Manutenção da decisão. Impossibilidade de exigência de pagamento de ICMS-ST com fulcro no art. 2º, § 3º-A, da Lei Estadual n.º 6.374/89 e no artigo 426-A do Decreto nº 45.490/2000. Aplicação do que foi decidido pelo STF no bojo do REExt n.º 598.677 (Tema nº 456). Entendimento de que para se realizar a antecipação de critério temporal da hipótese de incidência de tributo não basta que lei estadual, de forma genérica, delegue a regulação da matéria a decreto do Poder Executivo, tendo em vista que o momento da ocorrência do fato gerador é um dos aspectos da regra matriz de incidência que se submete à reserva legal. Precedentes. Decisão mantida. Recurso não provido.

(TJSP, Agravo de Instrumento nº 3004784-66.2023.8.26.0000, São José do Rio Preto, 10ª Câmara de Direito Público, Relator: José



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Eduardo Marcondes Machado, data do julgamento: 5 de setembro de 2023 -g.n.).

Assim, resta demonstrada a plausibilidade do direito alegado.

De outra parte, a exigência dos tributos nos moldes aplicados pela Fazenda pode fazer com que o passivo tributário da impetrante, ora agravante, se avolume, causando-lhe graves consequências financeiras, consistindo em risco de cadastro dos débitos na dívida ativa e deflagração de execução fiscal, o que merece aguardar até decisão de mérito neste recurso.

Assim, é o caso de deferir a medida liminar pleiteada, para determinar que a Autoridade Coatora se abstenha de exigir o ICMS próprio e o ICMS-ST na entrada de mercadorias advindas de outros Estados da Federação no estabelecimento da Impetrante até o julgamento final da presente ação.

Ante o exposto, DEFIRO a medida pleiteada, para conceder a liminar pretendida.

Comunique-se o Juízo de Origem.

Int.

São Paulo, 25 de março de 2025.

HELOÍSA MIMESSI
Relatora