



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000283576

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2023251-42.2025.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é agravante OTÁVIO PIVA DE ALBUQUERQUE, é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente sem voto), ALIENDE RIBEIRO E VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 25 de março de 2025.

RUBENS RIHL
RELATOR
Assinatura Eletrônica

Agravo de

Instrumento nº: 2023251-42.2025.8.26.0000

Agravante: **OTAVIO PIVA DE ALBUQUERQUE FILHO**

Agravado: **ESTADO DE SÃO PAULO**

Interessados: **NEW WINE DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS
LTDA E OUTROS**

Comarca: OSASCO

Voto nº: 36700

**AGRAVO DE INSTRUMENTO –
EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-
EXECUTIVIDADE – ICMS-ST** – Pretensão
de limitar a responsabilidade tributária
solidária ao período de administração da
empresa e declarar a nulidade do AIIM
4.040.002 (CDA n.º 1.344.980.355),
referente ao ICMS-ST de mercadorias de
outras unidades federativas – Acolhimento
parcial em primeiro grau, restringindo a
execução aos créditos cujo fato gerador

ocorreu durante o período de administração – Insurgência quanto à nulidade do AIIM e à fixação de honorários por equidade – Acolhimento – Impossibilidade de exigência de ICMS-ST, conforme art. 2º, § 3º-A, da Lei Estadual nº 6.374/89 e art. 426-A do Decreto nº 45.490/2000 (RICMS/SP) – STF no RE nº 598.677 (Tema 456) exige lei específica para antecipação do critério temporal da incidência tributária – Fixação de honorários por equidade cabível quando o valor da causa gera honorários desproporcionais ao trabalho, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC – Necessidade de acolhimento, no entanto, do pedido subsidiário para majorar a verba de sucumbência, a fim de remunerar adequadamente o trabalho realizado pelo patrono – Precedentes dos e. STF, STJ e desta C. Corte – Decisão reformada – **RECURSO PROVIDO.**

Trata-se de agravo de instrumento interposto por OTAVIO PIVA DE ALBUQUERQUE FILHO objetivando a r. decisão de fls. 1579/1583, que acolheu parcialmente a exceção de pré-executividade, apenas para determinar que a execução em face do agravante/excipiente esteja limitada aos créditos tributários cujos fatos geradores ocorreram no período em que possuía poderes para atuar como administrador, rejeitando o pedido de nulidade do AIIM 4.040.002

(CDA n.º 1.344.980.355).

A parte agravante sustenta, em resumo, que, mesmo sem menção expressa ao artigo 426-A do RICMS/SP, a autuação fiscal se baseia na suposta ausência de recolhimento de ICMS *"referente a operações interestaduais de entrada de mercadorias sujeitas à substituição tributária sem a retenção antecipada de imposto"* (fl. 45 da execução fiscal). Alega que o próprio Auditor Fiscal, em sua manifestação ao auto de infração (fl. 864 da execução fiscal), reconheceu que a exigência se fundamenta no regime de antecipação de ICMS previsto no artigo 426-A do RICMS/SP. Conclui, destarte, que os documentos nos autos demonstram que a cobrança está lastreada no artigo 426-A do RICMS/SP, cuja aplicação está afastada pela jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Por fim, argumenta contra a fixação dos honorários pelo critério da equidade. Ao final, pede a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, com seu posterior provimento, resultando na extinção integral do débito fiscal e na majoração dos honorários advocatícios (fls. 01/13).

Agravo tempestivo e preparado, sendo dispensada a instrução, nos moldes do parágrafo 5º, do artigo 1.017, do Código de Processo Civil, por serem eletrônicos os autos.

Contraminuta apresentada às fls. 183/193.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos da Resolução 772/2017 do Egrégio Tribunal de Justiça.

É, em síntese, o relatório.

Bem examinada a questão posta em Juízo, vê-se que a irresignação comporta provimento.

Ao analisar os documentos anexados aos autos principais, constata-se que foi lavrado contra a empresa NEW WINE DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA o AIIM nº 4.040.002 (CDA n.º 1.344.980.355), em decorrência da infração tributária a seguir descrita:

“Deixou de pagar, por guia de recolhimentos especiais, ICMS no montante de R\$ 19.899.370,74 (dezenove milhões, oitocentos e noventa e nove mil, trezentos e setenta reais e setenta e quatro centavos), nos períodos de Janeiro/2011 a Dezembro/2013, conforme indicado no Demonstrativo I apresentado adiante, referente a operações interestaduais de entrada de mercadorias sujeitas à substituição tributária sem a retenção antecipada de imposto. Nas operações de entradas o contribuinte simulou o recolhimento, debitando em conta gráfica e indicando indevidamente o preconizado no art. 277, Parágrafo 2º, item 2 do RICMS e nas saídas internas das mercadorias a título de venda ou transferência para outras filiais, nada destacou, observando "ICMS cobrado anteriormente por substituição tributária", o que efetivamente não fez. Fazem prova os demonstrativos e documentos juntados adiante.

INFRINGÊNCIA: Art. 313-C, art. 313-W e art 313-Z15 do RICMS (Dec.45.490/00).

CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 85, inc. I, alínea

"e" c/c §§ 1º, 9º e 10º, da Lei 6.374/89"

Embora o auto de infração em questão apresente obscuridade quanto à natureza da infração tributária, o documento de fls. 864, elaborado pelo próprio Agente Fiscal de Renda, esclarece que se trata, na verdade, de autuação por falta de pagamento de ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, em decorrência de entradas de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, conforme determina o artigo 426-A do RICMS/00 (redação dada pelo Dec. 52.742/08). Vejamos:

**"INTERESSADO: NEW WINE DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.
LOCALIDADE: OSASCO - SP
ASSUNTO: AIIM 4.040.002-5**

Trata a inicial de Auto de Infração e Imposição de Multa lavrado contra o interessado supra por falta de pagamento de ICMS, no período de janeiro/2011 a dezembro/2013, por guia de recolhimentos especiais, na condição de sujeito passivo por substituição, decorrente de entradas de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, conforme determina o artigo 426-A do RICMS/00 (na redação dada pelo Dec. 52742/08).

Cabe esclarecer que a mesma ilicitude já havia sido verificada no período de junho a dezembro/2010 e fora alvo do AIIM nº 3.148.964-3, que já foi julgado e mantido em sua íntegra pelo TIT - Tribunal de Impostos e Taxas.

Na defesa apresentada, o contribuinte alega, à

fls. 206, que no ALLM não foram indicadas as fundamentações legais relativas às infringências incorridas pelo contribuinte. Apesar de constar no ALLM os artigos do RICMS/00 que foram descumpridos, alega o contribuinte que deveriam ter sido indicados os dispositivos constantes da Lei e não do Regulamento, isto, embasado no art. 34 da Lei 13.457/2009.”

Assim, o próprio auditor fiscal reconhece que a exigência está fundamentada no artigo 426-A do RICMS/SP. E, ao se identificar a natureza da infração tributária, torna-se cabível a exceção de pré-executividade para discutir a questão.

Nesse sentido:

EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - DIREITO TRIBUTÁRIO – ICMS - Antecipação do recolhimento de ICMS -. Inconstitucionalidade da exação lastreada no art. 426-A do RICMS/SP - Possibilidade de conhecimento da matéria em sede de exceção de pré-executividade - Precedentes dessa Corte - Reforma da decisão agravada, para que se conheça a exceção de pré-executividade e se analise o mérito dos argumentos apresentados pela agravante - Agravo de instrumento provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2006451-70.2024.8.26.0000; Relator (a): Percival Nogueira; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Indaiatuba - SAF - Serviço de Anexo Fiscal; Data do Julgamento: 25/06/2024; Data de Registro: 25/06/2024)

Sobre o tema, verifica-se que a exigência do tributo está

fundamentada no art. 2º, § 3º-A, da Lei Estadual nº 6.374/89 e no art. 426-A do Decreto nº 45.490/2000 (RICMS/SP), que dispõem, respectivamente, o seguinte:

"Lei estadual nº 6.374/89

Art. 2º-§ 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.

Decreto nº 45.490/2000 (RICMS/SP)

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): (Redação dada ao artigo pelo Decreto 52.742, de 22-02-2008; DOE 23-02-2008; Efeitos a partir de 01-02-2008)

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.

§ 1º - O disposto neste artigo aplica-se às mercadorias sujeitas ao regime jurídico da substituição tributária referidas nos artigos 313-A a 313-Z20, exceto se o remetente da mercadoria tiver efetuado a retenção antecipada do imposto, na condição de sujeito passivo por substituição, conforme previsto na legislação. (Redação dada ao parágrafo pelo Decreto 54.338, de 15-05-2009; DOE 16-05-2009; Efeitos a partir de 01-06-2009)

(...) (grifei)

Portanto, observa-se que, embora exista previsão legal para a antecipação do imposto, esta é genérica e delega a regulação da matéria a decreto do Poder Executivo.

E o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 598.677/RS (Tema 456), firmou o entendimento de que, para antecipar o critério temporal da hipótese de incidência de tributo, não é suficiente que uma lei estadual, de forma genérica, delegue essa regulação a decreto do Poder Executivo. Isso porque o momento da ocorrência do fato gerador é um dos aspectos da regra matriz de incidência tributária, sujeito à reserva legal. Confira-se:

"Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito Tributário. ICMS. Artigo 150, § 7º, da Constituição Federal. Alcance. Antecipação tributária sem substituição. Regulamentação por decreto do Poder Executivo. Impossibilidade. Princípio da legalidade. Reserva de lei complementar. Não sujeição. Higidez da

disciplina por lei ordinária. 1. A exigência da reserva legal não se aplica à fixação, pela legislação tributária, de prazo para o recolhimento de tributo após a verificação da ocorrência de fato gerador, caminho tradicional para o adimplemento da obrigação surgida. Isso porque o tempo para o pagamento da exação não integra a regra matriz de incidência tributária. 2. Antes da ocorrência de fato gerador, não há que se falar em regulamentação de prazo de pagamento, uma vez que inexistente o dever de pagar. 3. No regime de antecipação tributária sem substituição, o que se antecipa é o critério temporal da hipótese de incidência, sendo inconstitucionais a regulação da matéria por decreto do Poder Executivo e a delegação genérica contida em lei, já que o momento da ocorrência de fato gerador é um dos aspectos da regra matriz de incidência submetido a reserva legal. 4. Com a edição da Emenda Constitucional nº 3/93, a possibilidade de antecipação tributária, com ou sem substituição, de imposto ou contribuição com base em fato gerador presumido deixa de ter caráter legal e é incorporada ao texto constitucional no art. 150, § 7º. 5. Relativamente à antecipação sem substituição, o texto constitucional exige somente que a antecipação do aspecto temporal se faça ex lege e que o momento eleito pelo legislador esteja de algum modo vinculado ao núcleo da exigência tributária. 6. Somente nas hipóteses de antecipação do fato gerador do ICMS com substituição se exige, por força do art. 155, § 2º, XII, b, da Constituição, previsão em lei complementar. 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento." (RE 598677, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-085 DIVULG 04-05-2021 PUBLIC

05-05-2021) (grifei)

No ponto, pertinentes os apontamentos elaborados pelo Exmo. Desembargador Marcos Pimentel Tamassia no bojo da apelação nº 1049514-08.2021.8.26.0053 – D. J. 01.04.2022, cujo teor peço vênua para transcrever:

"(...)

Colhe-se dos autos que a impetrante insurge-se preventivamente contra a exigência, feita pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo, do pagamento de ICMS-Antecipação e de ICMS-ST em relação às suas próprias e futuras operações de saída, no momento da entrada de mercadorias adquiridas em operações interestaduais oriundas de estados não signatários de acordo de Substituição Tributária, com fundamento no art. 426-A, caput e §1º, do RICMS:

(...)

Esta exigência antecipada do ICMS antes da ocorrência do fato gerador, por se configurar com uma modificação do aspecto temporal da regra matriz de incidência tributária, necessita de previsão em lei formal (veja-se que a natureza jurídica do RICMS é de Decreto Estadual). E tal previsão encontra-se abstratamente no art. 2º, §3º-A, da Lei Estadual nº 6.374/1989:

(...)

Sendo assim, reconhece-se que a antecipação da exigência do ICMS possui previsão em lei, o que faria com que a atuação da Fazenda Pública estivesse em consonância com a tese fixada pelo STF no bojo do Tema nº 456 de repercussão geral, que assim dispõe: “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” (Destaquei)

Porém, debruçando-se sobre o acórdão que deu origem à referida tese (RE nº 598.677/RS), verifica-se que em sua ementa constou o seguinte:

(...)

Desse modo, como bem entendeu a sentença recorrida, “a previsão legal contida no artigo 2º, § 3º-A, da Lei Estadual nº 6.374/89, não é suficiente para embasar a antecipação promovida pelo artigo 426-A do RICMS/00. Isso porque o dispositivo legal é demasiadamente genérico e delega ao Poder Executivo a criação de fatos geradores presumidos sem qualquer parâmetro específico, o que implica violação ao princípio da legalidade” (fl. 2426).

O fato de o presente caso tratar de hipótese de substituição tributária não afeta a aplicabilidade do Tema nº 426 acima exposto. Isso porque, o tributo cobrado decorreria da responsabilidade

do substituído em razão da falta de recolhimento pelo substituto, como bem anotou a impetrada em suas informações: “Quando o comerciante adquire mercadorias sujeitas a Substituição Tributária no Estado de São Paulo, oriundas de estados não signatário de acordo de Substituição Tributária, se a mercadoria vier sem a retenção do ICMS na fonte, deverá o comerciante paulista recolher o ICMS antecipado (...) na data em que a mercadoria entrar no Estado de São Paulo. (...) Ou seja, sendo substituído tributário, e não tendo sido cumprida a retenção pelo remetente deve efetuar o pagamento antecipado do imposto das operações futuras.” (Destaquei) (fl. 2408).

(...)”

Na mesma toada, é o entendimento desta E. Corte Bandeirante: *Remessa Necessária 1019477-70.2024.8.26.0577, Relator Luís Francisco Aguilar Cortez, D.J: 21/10/2024; Remessa Necessária 1022206-95.2023.8.26.0224, Relatora: Heloísa Mimessi, D. J.: 06/03/2025; Apelação Cível 1057369-33.2024.8.26.0053; Relator Maurício Fiorito, D. J.: 27/02/2025.*

Sendo assim, é caso de afastar, em relação aos créditos tributários objetos dos autos, a cobrança do ICMS antecipado derivado de operações próprias, face ao quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Tema nº 456.

No que diz respeito aos honorários advocatícios, a aplicação rigorosa dos termos legais pode, por si só, resultar em situações

injustas, onerando indevidamente as partes com remunerações desproporcionais em causas de menor complexidade.

Para Antônio Carlos Marcato e outros autores, (in Código de Processo Civil Interpretado, 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 75),

“[a] existência de limites máximo e mínimo poderia gerar situações injustas, pois há demandas de valor excessivamente alto ou muito baixo. Para a última hipótese, existe solução expressa: não está o juiz preso aos parâmetros legais, podendo valer-se da equidade (§ 4º). Nada há, todavia, para as causas de valor altíssimo, em relação às quais o percentual de 10% proporcionaria ao advogado ganho muito acima do razoável. Se honorários muito abaixo dos padrões normais não são compatíveis com a dignidade da função, também valores exagerados acabam proporcionando verdadeiro enriquecimento sem causa. Nessa medida, parece razoável possibilitar ao juiz a utilização da equidade toda vez que os percentuais previstos pelo legislador determinarem honorários insignificantes ou muito elevados.”

Não sobeja dúvida, destarte, de que a fixação dos honorários sucumbenciais pode se pautar pelo critério de equidade nos moldes previstos no artigo 85, § 8º do CPC, conforme assevera o Eminentíssimo Desembargador Décio Notarangelo:

“(...) Assim como é cabível o arbitramento por equidade nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo (art. 85,

§ 8º), pela mesma razão há de se adotar o arbitramento por equidade nas hipóteses em que o elevado valor da causa resultar em honorários incompatíveis com o trabalho desenvolvido no processo. Fixação tarifada incompatível com a natureza remuneratória da verba e com a razoabilidade que deve ser observada no comprometimento do dinheiro público. Recurso provido, em parte.”. (TJSP; Apelação Cível 1500034-53.2015.8.26.0040; Relator (a): Décio Notarangeli; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Américo Brasiliense - Setor de Execuções Fiscais; Data do Julgamento: 02/03/2020; Data de Registro: 02/03/2020)

Nessa dicção, é a jurisprudência desta C. 1ª Câmara de Direito Público: *Apelação / Remessa Necessária 1040835-24.2018.8.26.0053, Relator: Vicente de Abreu Amadei, D. J.: 28/06/2022; e Apelação Cível 1001836-03.2017.8.26.0161, Relator: Danilo Panizza, D. J.: 14/06/2022.*

Registre-se que não se desconhece o quanto decidido pelo E. STJ no bojo do Tema nº 1.076, contudo a jurisprudência recente do E. Supremo Tribunal Federal ainda resguarda a fixação dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa, senão vejamos:

Direito Processual Civil. Embargos de declaração em ação cível originária. Honorários advocatícios. 1. Embargos de declaração opostos contra acórdão que julgou parcialmente procedente o pedido com fixação de honorários em percentual sobre o valor da causa. 2. Fixação dos honorários que gera à parte sucumbente condenação desproporcional e

injusta. Processo que tratou de questão exclusivamente de direito. 3. Revisão do valor dos honorários para arbitrá-los por equidade, conforme art. 85, § 8º, do CPC. Precedentes. 4. Embargos de declaração parcialmente providos para fixar os honorários advocatícios por apreciação equitativa. (ACO 2988 ED, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG10-03-2022 PUBLIC 11-03-2022).

Desta forma, verifica-se que a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais em percentual sobre o proveito econômico obtido, em consonância com o art. 85, § 2º, do CPC, resultaria em numerário exorbitante e incompatível com o trabalho realizado pelos nobres causídicos, notadamente quando tal valor perfaz a quantia de R\$ 67.717.262,39 (fevereiro de 2023).

Assim, sem embargo do elogiável trabalho dos causídicos da parte agravante, mas considerando os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, bem como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (art. 85, §2º, do CPC), reputo necessária a fixação dos honorários advocatícios por equidade.

No entanto, é caso de acolhimento do pedido subsidiário, visto que o valor fixado pelo Juízo *a quo* se mostra muito baixo para o trabalho realizado, devendo ser majorado para o montante de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), montante este já com a majoração prevista no § 11º do art. 85, do CPC.

Assim já deliberou esta C. 1ª Câmara de Direito Público, em casos

avizinados: *Apelação Cível 1000520-37.2019.8.26.0014, Relator Vicente de Abreu Amadei; D. J.: 22/10/2024; Apelação Cível 1000229-76.2015.8.26.0014, Relator Marcos Pimentel Tamassia; D. J. 26/09/2024; Agravo de Instrumento 2011476-98.2023.8.26.0000, Relator Aliende Ribeiro, D. J.: 14/03/2023.*

Diante do exposto, de rigor o provimento do recurso para acolher a exceção de pré-executividade, a fim de anular a cobrança disposta no AIIM nº 4.040.002 (CDA n.º 1.344.980.355), bem como majorar os honorários advocatícios fixados em primeiro grau para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao resultado. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do *decisum*. É o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX), não sendo mister divagar sobre todos os pontos e dispositivos legais citados pela agravante.

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, a abordagem pelo Tribunal recorrido da matéria federal suscitada, ainda que não mencionados os específicos dispositivos legais violados, abre a via do recurso especial (AgInt no AREsp n. 2.292.733/RJ, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 19/8/2024, DJe de



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

22/8/2024).

Deixo consignado, por derradeiro, que eventuais recursos que sejam apresentados em decorrência deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância, deverá ela ser manifestada no momento de apresentação do novo recurso.

Daí porque, em tais termos, dá-se provimento ao recurso.

RUBENS RIHL

Relator