



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000288268

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2318311-92.2024.8.26.0000, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é agravante FLOWSERVE DO BRASIL LTDA., é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após a sustentação oral do(a) Dr(a). Mariana de Andrade Baptista, deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) E HELOÍSA MIMESSI.

São Paulo, 24 de março de 2025.

NOGUEIRA DIEFENTHALER
Relator
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto nº 44862

Processo nº 2318311-92.2024.8.26.0000

Agravante: Flowserve do Brasil Ltda

Agravado: Fazenda do Estado de São Paulo

Juiz(a): Cintia Adas Abib

Comarca de São Caetano do Sul

5ª Câmara de Direito Público

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MULTA. MATÉRIAS COGNOSCÍVEIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Alegação de erro na capitulação de multa constante de auto de infração e que resultou na certidão de dívida ativa: matéria insuscetível de apreciação no incidente a teor da súmula nº 393 do Superior Tribunal de Justiça: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória” – não verificação, de todo modo, de qualquer inconsistência.

2. Honorários advocatícios: a procedência do incidente de exceção de pré-executividade, ainda que resulte apenas na extinção parcial da execução fiscal ou redução de seu valor, acarreta a condenação na verba honorária proporcional à parte excluída do feito executivo. Impossibilidade de apreciação por fixação equitativa. O arbitramento da verba honorária pelo princípio da equidade encontra espaço apenas nas hipóteses estritamente previstas no parágrafo 8º do art. 85 do CPC, nenhuma delas configuradas no caso concreto. Decisão reformada em parte.

Recurso parcialmente provido.

Vistos.

Flowserve do Brasil Ltda interpõe agravo de instrumento em face da r. decisão de fls. 198/201, pela qual o Juízo “*a quo*” acolheu em parte exceção de pré-executividade apresentada em execução fiscal promovida pela Fazenda do Estado de São Paulo.

Alega, em síntese, que o erro na capitulação da multa aplicada não foi discutido na Ação Anulatória nº

1022990-76.2018.8.26.0053, que tratou de outros pontos, como a inconstitucionalidade do lançamento por presunção e a vedação ao confisco. Assim, entende que a questão deve ser analisada nesta exceção, pois a penalidade de 100% do valor do imposto, prevista na alínea "I" do art. 85, I, da Lei nº 6.374/89, não seria aplicável ao caso mas sim a penalidade correta seria a prevista na alínea "c" do mesmo artigo, que prevê multa de 50% para erros na apuração do imposto, como ocorreu na operação descrita pela fiscalização, relativa ao envio de mercadorias para industrialização. Além disso, sustenta que o juízo de origem deixou de condenar a Fazenda ao pagamento de honorários de sucumbência sobre a parcela da execução que foi reduzida, ao acolher parcialmente a objeção, o que contraria o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça. Argumenta que o acolhimento, ainda que parcial, de uma exceção de pré-executividade enseja a condenação da parte vencida em honorários advocatícios, conforme os princípios da causalidade e da sucumbência. Diante disso, requer a reforma da decisão agravada, para que: (i) seja declarada a nulidade da Certidão de Dívida Ativa (CDA) por erro na capitulação da multa ou, subsidiariamente, que a multa seja recalculada conforme a alínea "c" do art. 85, I, da Lei nº 6.374/89, com a aplicação de 50% sobre o valor do tributo; e (ii) seja condenada a Fazenda ao pagamento de honorários advocatícios sobre o montante reduzido da execução.

Recurso recebido, preparado, ausente pedido de efeito suspensivo, instruído com resposta da parte adversa (fls. 76/98). Houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório. Passo ao voto.

1. O presente recurso comporta provimento em parte.

2. A agravante foi autuada em razão dos fatos capitulados no artigo 85, inc. I, alínea "I" c/c §§ 1º, 9º e 10º, da Lei Estadual nº 6.374/89, que prevê pagamento de multa no valor de 100% do imposto diante de hipótese não prevista nas demais alíneas deste inciso – defende, entretanto, que sua situação se amolda ao disposto no alínea “c”, que prevê multa no valor de 50% do imposto diante da *“falta de pagamento (...) nas seguintes hipóteses: emissão e/ou escrituração de documento fiscal de operação ou prestação tributada como não tributada ou isenta, erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou erro na apuração do valor do imposto, desde que, neste caso, o documento tenha sido emitido e escriturado regularmente”*.

Alega ainda ser devido honorários advocatícios diante do acolhimento parcial da objeção.

3. Com efeito, a exceção de pré-executividade constitui defesa processual excepcional que deve ser admitida somente em hipóteses restritas. A primeira delas é a de que o conteúdo da “causa petendi” mostre-se tal que não demande qualquer dilação probatória, posto que, do contrário, tornar-se-iam objeções próprias dos embargos e estranhos à exceção de pré-executividade, entendimento que se alinha com a Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça: *“A exceção de pré-executividade é*

admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

Ora, a alegação de alteração na capitulação demanda análise do próprio auto de infração e imposição de multa, matéria que não pode ser considerada de ordem pública cuja cognoscibilidade seria de ofício.

Mas mesmo que superado este entrave, depreende-se que a autuação se originou do disposto no artigo 402 e 409 do RICMS, que dispõem sobre a suspensão e diferimento da exigência do ICMS nos processos de industrialização realizados por terceiro¹. Não há, portanto, o pressuposto da operação ou prestação tributada como não tributada ou isenta, prevista na capitulação perseguida pelo agravante (artigo 85, inc. I, alínea "c"), na medida em que o tributo teve a exigibilidade suspensa ou postergada.

Correta a capitulação da multa, e sob este prisma não se pode vindicar qualquer nulidade do título executivo.

4. São devidos, todavia, honorários advocatícios em razão do acolhimento parcial da objeção;

Não é pelo simples fato de a demanda prosseguir que o excipiente se encontra impedido de colher os frutos do embate em que sai vencedor. Faz jus sim em obter o

¹ “Durante a ação fiscal foram identificadas saídas para industrialização, classificadas no CFOP 5901, amparadas pela suspensão regida pelo Art. 402 do RICMS/2000, para as quais não foi localizado o respectivo retorno. O retorno dos produtos industrializados é a condição para a aplicação da suspensão e do diferimento previstos para as remessas para industrialização a serem realizadas por terceiros, conforme previsto no Art. 409 do RICMS/2000” (fls. 142)

ressarcimento das custas processuais a que foi onerado, bem como seu patrono lograr os correspondentes numerários do êxito, na proporção do insucesso da pretensão executória inicial formulada pela excepta, máxime porque necessária a contratação de advogado pelo excipiente para invocar a exceção.

Nesse sentido, podemos citar precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça que bem equacionam a questão:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO. EXTINÇÃO PARCIAL DA EXECUÇÃO. VERBA HONORÁRIA. CABIMENTO. FIXAÇÃO PROPORCIONAL À PARTE EXCLUÍDA.

1. Versa o feito sobre exceção de pré-executividade que foi parcialmente acolhida reconhecendo-se a inexigibilidade de parcela da dívida aonde determinou-se a exclusão da multa moratória, além de limitar a incidência dos juros de mora à data da quebra e excluir o encargo legal, sem contudo fixar a verba honorária, constituindo esse último o pleito do apelo excepcional.

2. Nos termos da jurisprudência representativa desta Corte de Justiça, o acolhimento do incidente de exceção de pré-executividade mesmo que resulte apenas na extinção parcial da execução fiscal, dá ensejo à condenação na verba honorária proporcional à parte excluída do feito executivo.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1085980/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009)

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PREMISSA EQUIVOCADA. SÚMULA 284/STF. INAPLICABILIDADE. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

FISCAL. COBRANÇA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MULTA. REDUÇÃO PARA 20%. ART. 35 DA LEI N. 8.212/91 E ART. 106, II, "C", DO CTN. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA. PRECEDENTES. HONORÁRIOS. CABIMENTO.

1. Tratando-se de ato não definitivamente julgado, aplica-se a lei mais benéfica ao contribuinte, para redução de multa, conforme dispõe o art. 106, inciso II, alínea "c", do CTN.

2. O art. 35 da Lei n. 8.212/91 foi alterado pela Lei n. 11.941/09, devendo o novo percentual aplicável à multa seguir o patamar de 20% que, sendo mais propícia ao contribuinte, deve ser a ele aplicado, por se tratar de lei mais benéfica, cuja retroação é autorizada com base no art. 106, II, do CTN.

3. Precedentes: AgRg no AREsp 185.324/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27.8.2012; AgRg no REsp 1216186/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/5/2011; REsp 1117701/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19/10/2009.

4. O art. 35 da Lei n. 8.212/91, com a redação anterior à Lei n. 11.940/09, não distingue a aplicação da multa em decorrência da sua forma de constituição (de ofício ou por homologação), hipótese prevista tão somente com o advento da Lei n. 11.940/09, que introduziu o art. 35-A à Lei de Custeio da Seguridade Social, restringindo sua incidência aos casos ocorridos após sua vigência, sob pena de retroação.

5. É firme o entendimento no sentido de que a procedência do incidente de exceção de pré-executividade, ainda que resulte apenas na extinção parcial da execução fiscal ou redução de seu valor, acarreta a condenação na verba honorária. Precedentes. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos." (EDcl no AgRg no REsp 1275297/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 10/12/2013)

Assim, o pedido de reforma da decisão impugnada comporta acolhimento, na medida em que a Fazenda Pública, sucumbente no pleito, deve, por força do disposto no

artigo 85, do Código de Processo Civil, adimplir o pagamento dos honorários advocatícios, com incidência sobre o proveito econômico obtido pela vencedora, nos termos do § 2º (e § 5º se o caso), nos percentuais mínimos do § 3º.

Por derradeiro, consigne-se que o presente decidir não contraria a tese jurídica definida no Tema Repetitivo n. 421/STJ (*"É possível a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios em decorrência da extinção da Execução Fiscal pelo acolhimento de Exceção de Pré-Executividade"*), pois, embora não tenha sido extinto o feito, foi acolhida parcialmente a exceção oposta pela parte agravante.

Por fim, anote-se outrossim, como que inviável a aplicação do §8º do art. 85 do Código de Processo Civil, pois a apreciação equitativa no novo diploma processual civil restringe-se às causas em que é inestimável ou irrisório o proveito econômico ou ainda quando o valor da causa é muito baixo, não havendo mais a previsão para os casos em que for vencida a Fazenda Pública, na linha do definido no tema nº 1.076 do Superior Tribunal de Justiça (*" i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa. ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando,*

havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo”).

Posto isso, a decisão recorrida deve ser parcialmente reformada, assegurando ao agravante o recebimento de honorários advocatícios, com incidência sobre o proveito econômico obtido, nos termos do § 2º (e § 5º se o caso), nos percentuais mínimos do § 3º. Ao revés, a fixação de honorários advocatícios em prol da Fazenda do Estado, no presente recurso, resultaria em “*reformatio in pejus*”.

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual², ficando as partes intimadas desde já a apresentarem manifestação caso haja oposição a essa forma de julgamento.

Posto isso, voto no sentido do **provimento em parte** do recurso.

NOGUEIRA DIEFENTHÄLER
RELATOR

² Nos termos do art. 1º da Resolução n.º 549/2011, do Órgão Especial deste Tribunal, publicada no DJe de 25 de agosto de 2011 e em vigor desde 26 de setembro de 2011.