



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000326840

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012752-61.2019.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante BOM LOGISTICA E DISTRIBUICAO LTDA, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA E CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 2 de abril de 2025.

KLEBER LEYSER DE AQUINO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 19.284

Apelação nº 1012752-61.2019.8.26.0344

Apelante: **BOM LOGÍSTICA E DISTRIBUIÇÃO LTDA.**

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

Vara da Fazenda Pública Comarca de Marília

Magistrado: Dr. Walmir Idalencio dos Santos Cruz

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS EM SUBSTITUIÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA.

I. Caso em Exame

1. Trata-se de apelação interposta por Bom Logística e Distribuição Ltda. em face da sentença que julgou parcialmente procedente os embargos à execução fiscal, apenas para limitar os juros moratórios à taxa SELIC, mas mantendo a exigência de ICMS-ST.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste, em preliminar, verificar a nulidade da sentença por cerceamento de defesa e, no mérito, em analisar a legalidade da exigência de ICMS por substituição tributária com base em decreto estadual.

III. Razões de Decidir

3. A preliminar de cerceamento de defesa deve ser afastada, pois os documentos somados aos autos são suficientes para demonstrar as operações realizadas. 4. A exigência de ICMS-ST com base no Dec. Estad. nº 45.490, de 30/11/2.000 é indevida, conforme o TEMA nº 456, de 05/05/2.021, do STF, que requer lei complementar federal para antecipação tributária, nos casos de substituição.

IV. Dispositivo e Tese

5. APELAÇÃO PROVIDA, para anular a CDA nº 1.265.637.037. 6. Tese de julgamento: "1. A antecipação do pagamento do ICMS em substituição tributária requer lei complementar federal. 2. A exigência de ICMS-ST com base em decreto é inconstitucional".

Trata-se de apelação interposta por **Bom Logística e Distribuição Ltda.** contra a r. sentença (fls. 5.742/5.749), proferida nos autos dos **EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL**, ajuizada pela apelante em

face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo - FPESP, que **julgou parcialmente procedentes os pedidos** narrados na inicial, apenas para limitar os juros moratórios incidentes sobre a penalidade pecuniária à taxa SELIC, **julgando improcedente o pedido** de anulação do débito de ICMS. Embora reconhecida a sucumbência recíproca, a apelante foi **condenada** às custas/despesas processuais. **Condenou**, ainda, as partes ao pagamento de honorários advocatícios ao advogado da parte contrária, sendo devido à apelante o pagamento de honorários fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por equidade, e à apelada o pagamento de honorários fixados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, parágrafos 3º e 5º, do Código de Processo Civil.

Alega a apelante no respectivo recurso (fls. 5.813/5.841), em síntese e em preliminar, que a sentença é nula por cerceamento de defesa, devido à ausência de dilação probatória. No mérito, defende que a exigência de ICMS por meio de substituição tributária não encontra amparo em lei, mas em mero decreto estadual, conforme artigo 426-A do Decreto Estadual nº 45.490, de 30/11/2.000 (RICMS), sendo a delegação genérica contida no artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei Estadual nº 6.374, de 01/03/1.989, incapaz de dar suporte à norma regulamentar, em aplicação ao TEMA nº 456, de 01/06/2.021, do Supremo Tribunal Federal. Aduz, ainda, que não há incidência de ICMS sobre serviços de armazenagem e depósito, sendo impossível a apelante figurar como substituto tributário dessa operação, e que já houve o efetivo recolhimento integral do ICMS-ST exigido, por parte da empresa que lhe remeteu as mercadorias vindas de outro Estado. Requer, ao final, a reforma da r. sentença para julgar procedentes os embargos à execução, extinguindo a execução fiscal, ou, subsidiariamente, que a apelada arque com a sucumbência, com a fixação dos honorários advocatícios sobre o proveito econômico obtido, nos patamares mínimos do artigo 85, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, e com rateio das custas processuais, afastando-se a apreciação equitativa

realizada.

Em contrarrazões (fls. 5.848/5.861), alega a apelada, em síntese, que o procedimento administrativo que antecedeu a execução fiscal atendeu ao artigo 142 da Lei Federal nº 5.172, de 25/10/1.966 (Código Tributário Nacional) e aos princípios constitucionais. Afirma que houve a correta lavratura do auto de infração e que a apelante não se enquadra nas hipóteses de não incidência do imposto. Defende que, como foi sucumbente em parte mínima, não há justificativa para majoração de sua sucumbência. Pede a manutenção da r. sentença.

Recurso tempestivo e recebido, nesta ocasião, no duplo efeito, por este RELATOR, nos termos do artigo 1.012, "caput", do Código de Processo Civil.

Relatado de forma sintética, passo a fundamentar e decidir.

Trata-se de embargos à execução fiscal ajuizado pela apelante em face da apelada, por meio do qual se pretende a anulação das dívidas tributárias referentes à Execução Fiscal nº 1504312-19.2019.8.26.0344.

Consta na inicial que foi lavrado em desfavor da apelante um AIIM nº 4.055.980-4, o qual, em seu item I, reconheceu infração por ela realizada em razão de ter deixado de recolher ICMS-ST decorrente de entrada de mercadorias em seu estabelecimento advindas de outro Estado, no período de 24/07/2.012 a 31/12/2.013, com fundamento no artigo 426-A do Decreto Estadual nº 45.490, de 30/11/2.000, sendo a apelante instada a pagar a quantia de R\$ 5.515.375,42 (cinco milhões,

quinhentos e quinze mil, trezentos e setenta e cinco reais e quarenta e dois centavos), referente a ICMS, juros e multa, atualizada até 25/05/2.015 (fls. 135), em relação a este item.

A apelante, então, deflagrou contencioso administrativo fiscal perante o Tribunal de Impostos e Taxas (fls. 5.358), no qual o lançamento foi ao final confirmado, resultando, posteriormente, em inscrição na Dívida Ativa sob nº 1.265.637.037 (fls. 5.709) referente apenas ao item I do AIIM nº 4.055.980-4, tendo em vista que os demais itens foram reconhecidos e pagos administrativamente pela apelante.

Narra a apelante que foi contratada pela empresa MILI S/A para prestar serviços de logística (depósito e transporte) de mercadorias, entre julho/2.012 e dezembro/2.013, adotando o seguinte procedimento: a empresa MILI S/A remetia mercadorias para a apelante, que as armazenava por curto período, sucedido pela venda, pela própria empresa MILI S/A, a compradores em São Paulo. Quando dessa venda, então, a apelante emitia nota fiscal de retorno simbólico à empresa MILI S/A, que, em contrapartida, efetuava o recolhimento do ICMS-ST ao Estado de São Paulo, correspondente às vendas, por meio de Guia Nacional de Recolhimentos de Tributos Estaduais – GNRE.

Sustenta a apelante, assim, ser incabível a sua cobrança direta em relação ao ICMS-ST, pois, como nunca adquiriu ou comercializou as mercadorias objeto da autuação, não se consubstanciou em seu caso a hipótese de incidência do imposto. Discorre, ainda, que não houve qualquer prejuízo ao Erário, pois a empresa efetivamente responsável pela obrigação tributária realizou o recolhimento do ICMS devido à apelada.

Diante dessa situação, ajuizou a presente ação pretendendo que sejam anuladas as dívidas tributárias contidas na execução

fiscal. Subsidiariamente, postulou a limitação dos juros de mora incidentes sobre o débito à Taxa SELIC.

Com a inicial, foram apresentados documentos (fls. 28/5.709).

Foi apresentada impugnação aos embargos à execução (fls. 5.719/5.741).

Por fim, foi proferida sentença, sendo a ação **julgada parcialmente procedente** (fls. 5.742/5.749).

Pois bem, apreciando inicialmente as **preliminares**, quanto à **preliminar de cerceamento de defesa**, apresentada pela apelante, por não ter sido deferida a si a realização de perícia contábil, esta deve ser afastada.

Os documentos carreados aos autos são capazes de demonstrar, com suficiência, as operações que foram realizadas, quer pela apelante, quer pela empresa denominada MILI S/A, sediada em Santa Catarina, sendo inclusive objeto de relatório fiscal próprio e carreado aos autos, Parecer nº 132/RFB/TDNM/2.015 (fls. 5.420/5.434), em que assim se indicou:

28. O autuado alegou que os documentos juntados às fls. 735/5162 comprovariam o pagamento do ICMS-ST das operações, objeto da atuação.

29. No entanto, sem razão o autuado. Como visto, os documentos fiscais objeto do item 1 do AIIM são NFEs de remessas de MILI S/A para o autuado, para fins de depósito. Por sua vez, **o autuado pretende comprovar o pagamento do ICMS-ST relativo a essas operações mediante as NFEs de vendas de MILI S/A para os clientes paulistas** mais as GNREs relativas a essas vendas.

30. Todavia, **essas GNREs são relativas às vendas e não às remessas para depósito, não sendo possível estabelecer uma correlação fidedigna entre essas operações, ocorridas em momentos distintos e em valores e quantidades diversos.** Além disso, **o autuado trouxe pouquíssimas GNREs aos autos (fls. 5174/5176), as quais, além de não se correlacionarem com qualquer das NFEs objeto do item 1 do AIIM, ainda passam longe de atingir, em termos de montante, a totalidade do ICMS-ST objeto do item 1 do AIIM,** não sendo demais lembrar que apenas ao Fisco é permitido trazer provas por amostragem, conforme reza o artigo 22 da Lei 13.457/09, e somente nos casos expressamente permitidos por esse dispositivo.

31. Por outro lado, parece-nos que mesmo se o autuado conseguisse comprovar o pagamento do ICMS-ST por parte de MILI S/A e a correlação desses pagamentos com as NFEs objeto do item 1 do AIIM, o que se admite apenas por amor ao debate, isso não teria o condão de afastar a infração que foi praticada pelo autuado, qual seja, de deixar de pagar o ICMS-ST por meio de guia de recolhimentos especiais. Portanto, esses hipotéticos pagamentos não autorizam a se desprezar o fato de ter havido infração à legislação tributária, de modo que o AIIM, além do imposto, exige multa em face da conduta infratora e também juros de mora em face do lapso temporal transcorrido. (negritei)

Deveras, considerando terem sido somadas nestes autos as mesmas guias de pagamento do ICMS indicado em substituição, pela empresa MILI S/A, que foram somadas aos autos do procedimento administrativo que apurava a validade da infração fiscal (fls. 5.308/5.310), sabe-se desde logo que elas, diversamente do alegado, não apresentam correspondência efetiva em relação aos bens recebidos pela apelante em depósito no período de 24/07/2.012 a 31/12/2.013, nem tampouco ao montante de ICMS-ST que seria devido em observância ao artigo 426-A do Decreto Estadual nº 45.490, de 30/11/2.000 (RICMS).

Nesse cenário, portanto, a realização de perícia judicial a fim de se atestar fato já verificável nos documentos somados aos autos se

demonstra mesmo desnecessária, pois a análise desses documentos permite afastar desde logo a legitimidade da alegação que a empresa MILI S/A teria realizado adequadamente os pagamentos de ICMS-ST, de forma direta.

Superada a preliminar, passa-se ao mérito.

Pois bem, de acordo com o item I do AIIM nº 4.055.980-4, objeto da Execução Fiscal nº 1504312-19.2019.8.26.0344 e da Certidão de Dívida Ativa sob nº 1.265.637.037, a apelante foi autuada nos seguintes termos (fl. 135):

1) DDT (C)	2) PFIC	3) TELEFONE
11	PF-MARÍLIA	(014) 34131744
5) ENDEREÇO DO POSTO FISCAL		6) MUNICÍPIO
AV. SAMPAIO VIDAL, 844		MARÍLIA
7) LAVRATURA		8) BAIRRO
AV. SAMPAIO VIDAL, 844		CENTRO
9) MUNICÍPIO	10) DATA	11) HORA
MARÍLIA	27/05/2015 (vinte e sete de maio de dois mil e quinze)	11:04
12) INFRATOR - NOME		13) I.E.
BOM LOGISTICA E DISTRIBUICAO LTDA		438.177.532.116
14) CNPJ/CGC/CPF	15) CNAE	16) ATIVIDADE
13.261.046/0006-10	4930-2/02	Transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e internacional
17) ENDEREÇO (RUA, AVENIDA, PRAÇA, ETC.)		18) Nº
AVENIDA EUGENIO CONEGLIAN		1706
19) COMPLEMENTO		
20) BAIRRO OU DISTRITO	21) MUNICÍPIO	22) UF
DISTRITO INDUSTRIAL	MARÍLIA	SP
		23) CEP
		17512-050
24) RELATO DA INFRAÇÃO	- CAPTULAÇÃO DA INFRAÇÃO E DA MULTA (APÓS O RELATO DE CADA ITEM)	
I - INFRAÇÕES RELATIVAS AO PAGAMENTO DO IMPOSTO: ☐ 1. Deixou de efetuar o recolhimento antecipado do ICMS no valor total de R\$ 5.515.375,42 (cinco milhões, quinhentos e quinze mil, trezentos e setenta e cinco reais e quarenta e dois centavos), por meio de guia de recolhimentos especiais, no período de 24/07/2012 a 31/12/2013, na entrada no Estado de São Paulo, em operações nas quais consta, nos respectivos documentos fiscais, como destinatário de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária procedentes do Estado de Santa Catarina, conforme o Demonstrativo 2, às fls 33 a 553. ☐ São provas da infração: ☐ - Demonstrativo 1 - Mercadorias remetidas para depósito pela MILI S/A; ☐ - Demonstrativo 2 - Imposto devido pela BOM LOGÍSTICA, na condição de destinatária de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária provenientes de outra unidade da federação, no período de 24/07/2012 a 31/12/2013; ☐ - Notificações nº IC/N/FIS/000044304/2014 e nº IC/N/FIS/000061954/2014 e suas respostas; ☐ - Chaves de acesso das notas fiscais eletrônicas, de consulta pública, descritas no Demonstrativo 2; ☐ - GIAs e conta fiscal do período de julho/2012 a dezembro/2013; e ☐ - Recibo de Arquivos Eletrônicos - Sintegra. ☐ INFRINGÊNCIA: Artigo 426-A, c/c os artigos 313-G, II; 313-G, § 2º, 1; 313-K, II; e 313-K, §2º, 1, do RICMS (Decreto 45.490/00). ☐ CAPTULAÇÃO DA MULTA: Art. 85, inc. I, alínea "e" c/c §§ 1º, 9º e 10º, da Lei 6.374/89 ☐		

Extraí-se dele, portanto, que a apelante deixou de efetuar o recolhimento antecipado do ICMS por meio de guia de recolhimentos especiais, no período de 24/07/2.012 a 31/12/2.013, na entrada de mercadoria no Estado de São Paulo, em operações nas quais consta, nos respectivos documentos fiscais, como destinatária de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária procedentes do Estado de Santa Catarina.

Todavia, e ainda que de fato a apelante houvesse realizado diretamente a aquisição de mercadorias de outro Estado para venda ou distribuição, a ela não seria possível opor o pagamento antecipado de ICMS-ST.

Isso porque o artigo 426-A do Decreto Estadual nº 45.490, de 30/11/2.000, prevê que o contribuinte paulista deverá efetuar antecipadamente o recolhimento do ICMS em relação a mercadorias adquiridas por ele e oriundas de outras unidades da Federação, nestes exatos termos:

Art. 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 subsequentes, 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.

Todavia, no julgamento do TEMA nº 456, de 01/06/2021, do Supremo Tribunal Federal, foi fixada a tese de que a antecipação sem substituição tributária do pagamento do ICMS para momento anterior à ocorrência do fato gerador necessita de lei em sentido estrito, e a substituição tributária progressiva do ICMS demanda previsão em lei complementar federal, não sendo possível a delegação genérica contida em lei, “in verbis”:

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. Hígidez 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 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, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg. em 29/03/2.021, pub. em 05/05/2.021**) (negritei)

Desse modo, mostra-se indevida a antecipação do pagamento do ICMS para momento anterior à ocorrência do fato gerador, como está prevista no supratranscrito Decreto Estadual nº 45.490, de 30/11/2.000, isto é, em um decreto e não em uma lei complementar federal.

No mais, a **previsão genérica** contida no artigo 2º, parágrafo 3º-A, da Lei Estadual nº 6.374, de 01/03/1.989¹, também não se presta a fundamentar a antecipação do pagamento do ICMS, justamente por não dispor a respeito, de maneira pormenorizada, dos elementos da relação jurídico-tributária, como fato gerador, contribuinte e alíquota.

Neste sentido, veja-se o entendimento desta C. 3ª Câmara de Direito Público:

APELAÇÃO CÍVEL – ANULATÓRIA – DÉBITOS DE ICMS – AIIM LAVRADO PELO NÃO RECOLHIMENTO ANTECIPADO DO IMPOSTO EM MERCADORIAS REMETIDAS DE OUTRO ESTADO – Inaplicabilidade do disposto no art. 426-A do RICMS para o recolhimento antecipado de ICMS-ST em operações interestaduais – Norma regulamentar que encontra fundamento de validade em delegação legal genérica, o que contraria a tese fixada no julgamento do Tema 456 da repercussão geral – AIIM parcialmente anulado – Sentença mantida – Recurso improvido. (**Apelação nº 1052974-03.2021.8.26.0053, Rel. Des. José Luiz Gavião de Almeida; Órgão Julg.: 3ª Câm. de Dir. Púb.; Data do Julg.: 19/04/2.022**) (negritei)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. ICMS-ST. IMPETRAÇÃO PARA O FIM DE AFASTAR OS EFEITOS CONCRETOS DO ARTIGO 426-A DO

¹ Art. 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.

RICMS/SP, ATINENTE AO RECOLHIMENTO ANTECIPADO DE ICMS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. POSSIBILIDADE. Aplicação do Tema nº 456 do Supremo Tribunal Federal. Inconstitucionalidade reconhecida pela existência de lei genérica como observado no artigo 2º, § 3ºA, da Lei Estadual nº 6.374/1989, que embasa o artigo 426-A do RICMS (Decreto nº 45.490/2000). Procedência do pedido. Sentença mantida. Recurso não provido. (Apelação Cível nº 1002047-08.2023.8.26.0168; Rel. Des. Camargo Pereira; Órgão Julg.: 3ª Câ. de Dir. Púb.; Data do Julg.: 29/09/2.023) (negritei)

APELAÇÃO e REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão da apelada de que seja afastada sua obrigação de recolher, de forma antecipada, o ICMS próprio e o ICMS-ST em razão da aquisição de mercadorias advindas de outros estados da Federação – Sentença que concedeu a segurança – Pleito de reforma da sentença – Não cabimento – **Impossibilidade de regulamentação da antecipação do pagamento de ICMS pelo Dec. Est. nº 45.490, de 30/11/2.000, diante da exigência de lei em sentido estrito – Previsão de recolhimento antecipado do ICMS que não pode ser feita de maneira genérica, conforme se dá com a Lei Est. nº 6.374, de 01/03/1.989 – Inteligência do TEMA nº 456, de 01/06/2.021, do STF** – Caracterizado o direito líquido e certo da apelada de não recolher, de forma antecipada, o ICMS próprio e o ICMS-ST em razão da aquisição de mercadorias advindas de outros estados da Federação – Precedentes deste TJ/SP – Sentença mantida – APELAÇÃO e REMESSA NECESSÁRIA não providas.

(Apelação/Remessa Necessária nº 1005702-85.2024.8.26.0577; Rel. Dr. Kleber Leyser de Aquino; Órgão Julg.: 3ª Câ. de Dir. Púb.; Data do Julg.: 11/02/2025; Data de Reg.: 13/02/2025) (negritei)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. **ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU A LIMINAR. Cabimento. Alegação de inconstitucionalidade do art. 426-A do RICMS/SP. Semelhança entre o presente caso e o julgado pelo STF no RE 598677 (Tema 456).** Fumus boni iuris e periculum in mora demonstrados. Decisão reformada. Recurso provido. **(Agravo de Instrumento nº 2003967-82.2024.8.26.0000; Rel.ª Dr.ª Paola Lorena; Órgão Julg.: 3ª Câ. de Dir. Púb.; Data Julg.: 03/05/2.024) (negritei).**

Também neste sentido é o entendimento deste E.
Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DO DIREITO DE OBSTAR A COBRANÇA ANTECIPADA DE ICMS DEVIDO EM OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS PARA REVENDA, ADVINDAS DE OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO, NA FORMA DEFINIDA NO ART. 426-A E SEGUINTE, DO RICMS, TENDO EM VISTA A INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO DISPOSITIVO. Admissibilidade parcial. Reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 598.677 (Tema nº 456), de que "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". Caso dos autos em que a pretensão veiculada no mandamus se dirige ao recolhimento do imposto tanto nas operações próprias da contribuinte, quanto naquelas sujeitas ao regime de substituição tributária. Precedente vinculante que exige a edição de lei em sentido formal apenas para as hipóteses de cobrança antecipada do imposto derivado de operações próprias. Necessidade de se afastar a pretensão da impetrante em relação à exação não abarcada no julgado paradigmático. Quanto ao pleito de reconhecimento de inconstitucionalidade do aludido dispositivo regulamentar, em relação às operações figuradas no precedente do Excelso Pretório, restou demonstrado o direito líquido e certo da postulante. Previsão do art. 2º, §3º-A, da Lei Estadual nº 6.374/89, que delega, de forma genérica e ilimitada, a disciplina do recolhimento antecipado do imposto ao Poder Executivo Estadual, em flagrante desacordo ao quanto assentado no Tema nº 456, do STF. Sentença reformada em parte. Apelo fazendário e reexame necessário parcialmente providos. **(Apelação / Remessa Necessária 1007475-93.2021.8.26.0053; Rel. Des. Bandeira Lins; Órgão Julg. 8ª Câ. de Dir. Púb.; Data do Julg. 09/03/2.022; Data de Reg. 09/03/2.022)**

MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DO IMPETRANTE DE AFASTAR OS EFEITOS CONCRETOS DO ART. 426-A DO RICMS/SP, ATINENTE AO RECOLHIMENTO ANTECIPADO DE ICMS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS.

POSSIBILIDADE. Aplicação do Tema nº 456 do Supremo Tribunal Federal: "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" – Inconstitucionalidade reconhecida pela existência de lei genérica como observado no 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 em casos semelhantes. R. sentença que concedeu a segurança integralmente mantida. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO. **(Apelação/Remessa Necessária 1006039-02.2021.8.26.0053; Rel.^a Des.^a Flora Maria Nesi Tossi Silva; Órgão Julg. 13ª Câmara de Dir. Púb.; Data do Julg. 26/01/2.022; Data de Reg. 26/01/2.022)**

Conclui-se, assim, que era mesmo indevido o recolhimento de forma antecipada, pela apelante, do ICMS-ST na entrada de mercadorias advindas de outros estados da federação em seu estabelecimento.

Portanto, deve ser reformada a r. sentença, para reconhecer a **procedência** dos embargos à execução fiscal apresentados pela apelante, com a decorrente declaração de nulidade da CDA nº 1.265.637.037 (fls. 5.709 dos autos principais).

Diante da inversão do julgado, **condeno** a apelada ao ressarcimento das custas/despesas processuais eventualmente suportadas pela apelante, conforme determina o artigo 6º da Lei Estadual nº 11.608, de 29/12/2.003², bem como ao pagamento de honorários advocatícios fixados no mínimo legal previsto no artigo 85, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, correspondente ao proveito econômico, consistente no valor global do

² Art. 6º. A União, o Estado, o Município e respectivas autarquias e fundações, assim como o Ministério Público estão isentos da taxa judiciária.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

débito tributário desconstituído (R\$ 5.515.375,42 atualizados até 25/05/2015, conforme fls. 135), observado ainda o disposto no parágrafo 5º do mesmo dispositivo legal.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à presente **apelação**, para, **reformando** a r. sentença, **JULGAR PROCEDENTES** os **embargos à execução fiscal** e **reconhecer** a **nulidade** da CDA nº 1.265.637.037 (fls. 5.709 dos autos principais). Sucumbência nos termos acima.

KLEBER LEYSER DE AQUINO
DESEMBARGADOR – RELATOR
(Assinatura Eletrônica)