



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000409492

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1016607-53.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO, Apelantes/Apelados ESTADO DE SÃO PAULO e IRMÃOS MUFFATO & CIA. LTDA.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral do Dr. Augusto Chimborski, deram provimento ao reexame necessário e deram parcial provimento aos recursos da empresa Irmãos Muffato & Cia e da Fazenda Pública do Estado de São Paulo. V. U.", de conformidade com o voto do Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVIA MEIRELLES (Presidente sem voto), SIDNEY ROMANO DOS REIS E MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 28 de abril de 2025.

TANIA AHUALLI

Relatora

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação / Remessa Necessária nº 1016607-53.2016.8.26.0053

Recorrente: Juízo *Ex Officio*

Apelantes/Apelados: Estado de São Paulo e Irmãos Muffato & Cia. Ltda.

Comarca: São Paulo

Juíza de Direito: Dr^a Celina Kiyomi Toyoshima

Voto nº 11261

EMENTA: DIREITO PÚBLICO. REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÕES DA PESSOA JURÍDICA E DA FAZENDA PÚBLICA. PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO E PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS DAS PARTES.

I. Caso em Exame

Auto de Infração pelo envio de escrituração fiscal digital (EFD) zerada, no período de abril de 2013 a junho de 2015, com aplicação de multa de 1% sobre o total de operações de entrada e saída, atualizado até 26/10/2015. A autora não impugnou a autuação na esfera administrativa e efetuou o pagamento do débito com desconto de 70%. Pleiteia a nulidade da multa e do auto de infração por vício material, além da repetição de indébito do valor pago indevidamente.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) verificar a nulidade do auto de infração por vício material e (ii) a necessidade de repetição de indébito do valor cobrado a maior.

III. Razões de Decidir

3. Descumprimento de obrigação acessória, com reconhecimento do equívoco pela interessada e pagamento sem impugnação na esfera administrativa.

4. Ausência de nulidade do auto de infração, com correta disposição legal no art. 85, V, "p" da Lei Estadual nº 6375/89.

Multa de 1% deve incidir sobre operações de saídas com repercussão tributária.

Laudo pericial constatou incidência sobre todas as operações e atualização sem aplicação da Taxa Selic, caracterizando confisco.

IV. Dispositivo e Tese

5. Provimento ao reexame necessário e parcial provimento aos recursos das partes.

Tese de julgamento: 1. Necessidade de repetição de indébito do valor cobrado a maior, facultado à contribuinte o recebimento por precatório ou compensação após trânsito em julgado, conforme Súmula nº 461 do STJ. 2.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Honorários advocatícios em sentença ilíquida serão arbitrados na fase de liquidação de sentença.

Legislação Citada:

Lei Estadual nº 6375/89, art. 85, V, "p".

Jurisprudência Citada:

STJ, Súmula nº 461.

STJ, REsp nº 1.844.891/MG.

Trata-se de reexame necessário e apelações interpostas pelo **Estado de São Paulo e Irmãos Muffato & Cia**, contra a r. sentença de fls. 1195/1198, integrada à fl. 1226 que nos autos da **ação anulatória de débito fiscal cumulada com repetição de indébito**, julgou parcialmente procedente o pedido, para "*reduzir o valor da multa, nos termos acima explicitados, a ser apurado em execução de sentença, e declaro extinto o processo, nos termos do artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil. Em face da sucumbência recíproca, cada qual das partes arcará com metade das custas e despesas processuais e pagarão honorários advocatícios ao patrono da parte adversa, fixados no percentual mínimo do valor da condenação nos termos do quanto previstos no artigo 85, § 3º e inciso, do CPC, em face da vedação de compensação imposta pelo § 14 do mesmo artigo.*"

Insurge-se a FESP, aduzindo que a multa fixada no auto de infração é punitiva e como toda pena, deve ser prevista em lei, logo, a aceitação do pedido da autora implicaria na possibilidade do Poder Judiciário fixar um percentual de multa ilegal, configurando violação ao art. 2º da CF, bem como deve ser afastada a alegação de confisco, haja vista que o art. 150, VI da CF diz respeito à impostos e não a multas.

Salienta que a autora agiu com dolo, pois nos autos do processo administrativo apresentou arquivo magnético contendo escrituração fiscal zerada e a fim de não discutir a questão na esfera administrativa quitou a dívida. Por fim, afirma que a multa aplicada observou o art. 85, V, "p" c.c. §§ 1º e 10 do RICMS, bem como a punição refere-se a operações de natureza mercantil ou seja, o valor de entrada e saída, cujos dados foram sonegados pela autora ao não apresentar os arquivos magnéticos exigidos em lei, sendo que tais importes foram extraídos das guias de informação e apuração do ICMS – GIA, cujos dados foram declarados pela própria autora às operações mercantis realizadas, já que em relação aos anos de 2013 e 2015 não foi possível auferir os valores declarados pela falta do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

arquivo eletrônico.

Por fim, caso mantido os fundamentos da r. sentença, requer que o requerente suporte a integralidade das despesas referentes aos honorários advocatícios, tendo em vista que a Fazenda Pública decaiu de parte mínima do pedido, nos termos do art. 86, parágrafo único do CPC.

Apela a autora às fls. 1233/1251. Sustenta que a r. sentença apesar de ter anulado a parcela da multa constituída sobre a totalidade das operações de entrada e saída, não apreciou o pedido de restituição de indébito do valor pago administrativamente a maior, nos termos do art. 165 do CTN. Logo se mantido os fundamentos da r. decisão no ponto que anulou parcialmente o auto de infração, reduzindo a multa para R\$ 395.532,59, a autora tem direito à repetição de R\$ 1.143.857,52, que corresponde à diferença entre o valor recolhido com o desconto de 70% e o valor reconhecido como devido pela decisão judicial, o qual deverá ser atualizado pela Taxa SELIC, desde a data do pagamento indevido, sendo faculdade da apelante a opção pela compensação administrativa do indébito ou o recebimento mediante precatório judicial.

Assevera que o Auto de Infração é nulo por vício material, sendo que dispositivo que embasou a aplicação da multa foi o art. 85, V, "p", da Lei Estadual nº 6.374/89. Ocorre que a EFD não é um livro contábil ou fiscal, visto que o papel de registrar as movimentações financeiras e patrimoniais de uma empresa compete à Escrituração Contábil Fiscal – ECF, assim como não é um registro magnético, pois nos termos da Portaria CAT nº 32/96, este registro diz respeito a contribuintes que controlam seus registros fiscais em meio magnético, tais como o SINTEGRA, GIA-ICMS e arquivos requeridos em procedimento de fiscalização, logo não existe subsunção às penalidades previstas nas alíneas do art. 85, V, da Lei Estadual nº 6.374/89. Afirma que, ainda que se entenda a EFD como registro magnético, o enquadramento correto para a multa aplicada deveria embasar-se no art. 85, V, "i" da Lei Estadual nº 6.375/89.

Por fim, destaca que diante da sucumbência mínima da apelante, é necessário o afastamento da sua condenação em honorários, nos termos do art. 86, parágrafo único do CPC e caso haja a anulação integral do auto de infração, o Estado de São Paulo deve ser condenado ao pagamento da totalidade dos honorários advocatícios de sucumbência, nos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

termos do art. 85, § 3º do CPC, calculados sobre o proveito econômico da apelante. Subsidiariamente, caso não se vislumbre a sucumbência mínima, pugna pela postergação da definição da condenação em honorários advocatícios sucumbenciais para a fase de liquidação de sentença, nos termos do art. 85, § 4º do CPC.

Recursos tempestivos, com recolhimento do preparo às fls. 1256/1257.

Contrarrazões da FESP e da autora às fls. 1267/1272 e 1273/1287, respectivamente.

Houve oposição ao julgamento virtual pela parte autora (fl. 1293).

É o relatório.

Cuida-se de ação anulatória de débito fiscal com repetição de indébito, oriunda do Auto de Infração pelo envio de escrituração fiscal digital (EFD) zerada, no período de abril de 2013 a junho de 2015 e consequente aplicação de multa no valor de R\$ 4.208.391,49, correspondente ao percentual de 1% sobre o total de operações de entrada e saída, atualizado até 26/10/2015.

Na esfera administrativa a autora não impugnou a autuação e efetuou o pagamento do débito, utilizando-se do desconto de 70%, previsto no art. 95, I, da Lei Estadual nº 6.374/89. Pleiteia através da presente demanda a declaração de nulidade da multa imposta no auto de infração, bem como a repetição de indébito do suposto valor pago indevidamente.

A r. sentença de fls. 1195/1198, julgou parcialmente procedente o pedido da apelante para a reduzir o valor da multa, que deverá incidir somente sobre as operações de saída que geraram repercussão tributária na apuração do imposto, excluindo-se as operações não tributadas ou isentas sem repercussão nas operações de ICMS, cujo valor deve ser corrigido pela taxa Selic.

É contra esta decisão que se voltam os recursos.

Feito sujeito ao reexame necessário, tendo em vista que o valor da causa ultrapassa o disposto no art. 496, § 3º, II, do CPC.

É fato incontroverso que ao entregar a escrituração fiscal digital (EFD) zerada, no período de abril de 2013 a junho de 2015, incorreu a autora em descumprimento de obrigação acessória com a consequente imposição de multa, tanto é que a própria interessada reconheceu o equívoco e realizou o pagamento na esfera administrativa, sem qualquer impugnação.

O cerne da questão refere-se ao valor da multa imposta no auto de infração, que foi cobrada sobre a totalidade das operações de entrada e saída.

Ressalto que não há que se falar em nulidade do auto de infração por vício material. A escrituração fiscal digital é *"um arquivo digital, que se constitui de um conjunto de escriturações de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos Fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, bem como de registros de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte. Este arquivo deverá ser assinado digitalmente e transmitido, via Internet, ao ambiente Sped."* (<http://sped.rfb.gov.br/pagina/show/523>, pesquisa realizada em 27/02/2025).

Logo, a escrituração fiscal digital é um arquivo magnético enviado pelo contribuinte via internet para apuração dos impostos de responsabilidade do contribuinte, e a entrega do documento zerado é capitulada como irregularidade na escrituração, disposta no art. 85, V, "p" da Lei Estadual nº 6375/89:

"Art. 85. O descumprimento das obrigações principal e acessórias, instituídas pela legislação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, fica sujeito às seguintes penalidades:

(...)

V - infrações relativas a livros fiscais, contábeis e registros magnéticos:

(...)

p) irregularidade de escrituração não prevista nas alíneas anteriores – multa equivalente a 1% (um por cento) do valor das operações ou prestações a que se refira a irregularidade;"

Vê-se, portanto, que a irregularidade se deu não somente em relação ao atraso na entrega do documento, hipótese que a capitulação seria o art. 85, V, "i" da mencionada lei, mas sim, a forma como foi entregue, ou seja, sem qualquer valor para o período de 2013 e 2015. Logo, afasto a preliminar de nulidade do Auto de Infração por vício material.

Passo a examinar o montante cobrado pela FESP a título de multa.

Conforme dispositivo legal mencionado, a multa equivalente a 1% deve incidir sobre o valor das operações de saídas que geraram repercussão tributária.

De acordo com o laudo pericial elaborado às fls. 1134/1155, a base de cálculo da multa teve incidência sobre a totalidade das operações (entrada e saída), e foi corrigida pelo § 9º do art. 96 da Lei 6374/89 e não pela Taxa SELIC.

"fls.142/143:

...

Analizando o respectivo Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4.066.656-6, constata-se que a multa aplicada, teve incidência sobre o montante de R\$ 397.392.964,33, que representa o valor total das operações de entrada e saída, realizadas no período de abril de 2013 a junho de 2015.

CÁLCULO INDIVIDUAL DA MULTA SOBRE ENTRADAS E SAÍDAS

Operações de Entrada no período = R\$ 183.795.740,75
Valor da Multa de 1% (um por cento) = R\$ 1.837.957,41

Operações de Saída no período = R\$ 213.597.223,58
Valor da Multa de 1% (um por cento) = R\$ 2.135.972,24

Com relação ao índice utilizado pela fiscalização, verifica-se que o mesmo foi de 5,90% (cinco vírgula noventa por cento) e, conforme destacado no campo “9” do referido demonstrativo o “Valor Básico foi atualizado conf. § 9º do art. 96 da Lei 6374/89”.

Por outro lado, caso o índice adotado correspondesse à Taxa SELIC, o percentual relativo ao período de 01/07/2015 a 26/10/2015, seria de 4,30% (quatro vírgula trinta por cento)

Em relação a aplicação da multa sobre a totalidade das operações, não discorda a FESP, assegurando que tal fato não constitui confisco. Todavia, a contribuinte foi duplamente punida ao ser aplicado o percentual de 1% sobre todas as operações, incluídas aquelas não tributas ou isentas, bem como atualizar o valor das operações com a utilização de um índice monetário não equivalente a taxa SELIC, resultando o montante das operações no valor de R\$ 420.839.149,22, e consequente multa no importe de R\$ 4.208.391,49, sendo que a empresa optou por pagar a multa dentro do prazo de 15 dias, fazendo jus ao desconto de 70%, na importância de R\$ 1.262.517,30.

Neste contexto dispos o perito:

"Fl.1146:

...

Se analisarmos os documentos de fls. 270/273 dos autos, o qual traz um resumo de todas as operações, há de se concluir, que a multa aplicada, efetivamente, teve incidência sobre todas as operações, tanto de entradas quanto de saídas, inclusive sobre as operações isentas e não-tributáveis, as quais, nos termos do RICMS estão isentas da exação do tributo.

...

Se excluirmos da base de cálculo da multa de 1% (um por cento), as operações que não possuem repercussão na apuração do ICMS,

tais como: operações isentas e não tributadas, transferências, devoluções, operações com ICMS-ST, ativo imobilizado, compras de bens para uso e consumo e etc., a nova base de cálculo passará a ser de R\$ 55.310.625,37 e a multa aplicada no percentual de 1% (um por cento), resultará na quantia de R\$ 553.625,37, conforme abaixo demonstrado:

Operações com Entradas Tributáveis: R\$ 17.424.361,51

Operações com Saídas Tributáveis: R\$ 37.886.263,86

Base de Cálculos Para a Multa: R\$ 55.310.625,37

$\text{Multa (1\%)} = \text{R\$ } 55.310.625,37 \times 1\% = \text{R\$ } 553.106,26$
--

Fl.1148: "... Por seguinte, levando em consideração o entendimento de que a multa de 1%, somente poderia ser aplicada sobre as operações de saída com repercussão do imposto (ICMS) e, neste sentido, sabemos que o montante das operações de saídas sujeitas ao imposto é de R\$ 37.886.263,86, podemos dizer que o valor da multa de 1% (um por cento), se aplicada somente sobre o valor das operações de saída, seria de R\$ 378.862,64."

No mais, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 113/2021, em 09.12.2021, nas discussões e condenações envolvendo a Fazenda Pública, independentemente da sua natureza, deverá ser observado, para fins de correção monetária, remuneração do capital e compensação da mora, a Taxa SELIC.

A utilização de um índice diverso representa confisco vedado pela Constituição Federal. Ora, a adoção como base de cálculo o valor das operações de entrada e saída pode inclusive resultar na aplicação de uma multa superior a própria obrigação tributária principal, fazendo o Estado apoderar-se de valor elevado, maior que o próprio imposto, e retirando, ao fim, quase metade do patrimônio do contribuinte, o que representa efetivo confisco.

Não se nega a necessidade de aplicação de multas punitivas, sob pena de não haver punição adequada aos contribuintes que deixem de observar as obrigações tributárias previstas em lei. Ocorre que a base de cálculo da multa não pode ser excessiva a ponto da sanção representar perda elevada ao contribuinte, tratando-se de sanção grave que não seria aplicada nem mesmo em hipótese de crime.

Assim, tendo sido o valor da multa além do devido, é o caso de repetição de indébito, a fim de evitar o locupletamento ilícito da Fazenda Pública, cujo montante deverá ser apurado em fase de liquidação de sentença, considerada somente as operações de saída que geraram repercussão tributária na apuração do imposto, excluindo-se as operações não tributadas ou isentas sem repercussão nas operações de ICMS, cujo valor deve ser corrigido pela Taxa SELIC, facultado à contribuinte após o trânsito em julgado, o recebimento do valor pago a mais por meio de precatório ou compensação, nos termos da Súmula nº 461 do c. STJ.

Por fim, os honorários advocatícios de sucumbência incidem sobre a condenação ou percentual do proveito econômico obtido na demanda. Todavia, em se tratando de sentença ilíquida, cujo valor será apurado em momento oportuno, caberá ao MM. Juízo que conduzirá o procedimento de liquidação arbitrar o importe dos honorários advocatícios, tendo em vista a apresentação de novos elementos aptos a gerar segurança jurídica para as partes.

Neste sentido é o posicionamento do c. STJ:

"Processual Civil. Honorários advocatícios. Sentença Iliquida. Art.85, § 4º, II do CPC. Percentual que será fixado pelas instâncias ordinárias. Honorários recursais. Cabimento.

- 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de que o estabelecimento do montante relativo aos honorários recursais está vinculado à necessidade de liquidez do decisum proferido, tendo em vista que a ausência desse mencionado pressuposto impossibilita a própria fixação do percentual atinente à verba sucumbencial.*
- 2. Desse modo, justifica-se a definição do percentual dos honorários*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

sucumbenciais somente quando da liquidação do julgado, de acordo com o art.85, § 4º II da Lei nº 13.105/2015.

3. *Registre-se que a possibilidade de fixação de honorários recursais, com fundamento no art.85, § 11 do CPC/2015 está condicionada à existência de imposição de verba honorária pelas instâncias ordinárias, revelando-se vedada quando não imposta.*
4. *Recurso Especial não provido."* (Resp nº 1.844.891/MG, Rel: Ministro: Herman Benjamin, j. 20/12/2019)

Logo, é o caso de reforma da r. sentença nos termos acima mencionados.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no âmbito do C. Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido abordada no bojo do processo.

Diante do exposto, **DOU PROVIMENTO** ao **reexame necessário** e **PARCIAL PROVIMENTO** aos recursos da empresa **Irmãos Muffato & Cia** e da **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**.

Tânia Ahualli
Relatora