



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2021.0000955501

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011268-34.2017.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante/apelado ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante ECOSERV PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MÃO DE OBRA LTDA.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da Fazenda e deram parcial provimento ao recurso adesivo da autora. V. U. Sustentou oralmente o Ilmo. Dr. Rodrigo Cesar Falcão Cunha Lima de Queiroz e o Ilmo. Dr. Carlos Vinícius de Araújo.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PERCIVAL NOGUEIRA (Presidente sem voto), BANDEIRA LINS E ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 24 de novembro de 2021.

LEONEL COSTA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Apelação Cível nº 1011268-34.2017.8.26.0068

Apelante/Apelado: Estado de São Paulo

Apelado/Apelante: Ecoserv Prestação de Serviços de Mão de Obra Ltda

Comarca: Barueri

AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – OPOSIÇÃO AO JV

APELAÇÃO 1011268-34.2017.8.26.0068

APELANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADO: ECOSERV PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MÃO DE OBRA LTDA.

Juiz prolator da decisão: Graciella Lorenzo Salzman

Valor da causa: R\$ 210.956.825,28

VOTO 36466

APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – ICMS – Ação anulatória de débito fiscal objetivando a nulidade do crédito tributário oriundo do Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM) nº 4.078.849-0, relativo a operações realizadas de janeiro a dezembro de 2013 e janeiro a novembro de 2014.

PERÍCIA TÉCNICA ESPECIALIZADA – NECESSIDADE – Matéria fática controvertida que demanda conhecimento técnico especializado para julgamento adequado da ação – Realizada prova imprescindível para a correta solução da lide, especialmente, para aferição se “o período da lavratura do Auto de Infração e Imposição de Multa atacado está ou não inserido nas entregas das Escriturações Fiscais Digitais-EFD's, conforme ATA e consequentes GIAs substituídas por determinação do Agente Fiscal de Rendas da DRT-14, bem como, averiguar a regularidade do procedimento fiscal para Lavratura do Auto de Infração”.

Em suma, a Fazenda Estadual sustenta que a notificação para pagamento ocorrida após a entrega das EFD, não teria o condão de regularizar todo o crédito tributário para o período de 01/2012 a 12/2016, referindo-se apenas à soma dos saldos devedores de 11/2015 a 12/2016, período não abrangido pelo AIIM, referente ao período de 01/2013 a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

12/2014, ao passo que a autora defende que o valor mencionado na Notificação de fls. 176, qual seja, R\$ 26.497.918,17 (vinte e seis milhões e quatrocentos e noventa e sete mil e novecentos e dezoito reais e dezessete centavos) abrangeria o período de janeiro de 2012 a dezembro de 2016.

LAUDO PERICIAL CONTÁBIL – Perícia técnica e especializada, complexa e extensa, conclusiva no sentido de que “o AIIM – Auto de Infração e imposição de Multa nº 4078849-0 foi lavrado contemplando o mesmo período das obrigações acessórias entregues pela autora. Que a entrega destas obrigações foi devidamente autorizada pelo fisco em Ata de reunião onde estavam presentes as autoridades da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, da Procuradoria Geral do Estado, bem como o Delegado tributário da DRT- 12 – Delegacia Regional Tributária de São Bernardo do Campo (exatamente a delegacia de origem do AIIM)”.

Conforme apurado pelo laudo, após a entrega autorizada de toda EFD, as mesmas foram aferidas, validadas e consolidadas pela DRT-14, culminando na apuração do ICMS a pagar, concluindo o perito, após recomposição do saldo devedor remanescente referente ao período de janeiro de 2012 até dezembro de 2016, que “a empresa requerente no mesmo momento em que estava sendo notificada pela DRT-14 – Delegacia Regional Tributária de Osasco (jurisdição da requerente) a pagar o valor remanescente do resultado da entrega das obrigações acessórias devidamente autorizadas, foi surpreendida com a lavratura do AIIM lavrado pela DRT-12, como se as mesmas obrigações não tivessem sido entregues.”.

Declaração de nulidade do Auto de Infração e Imposição de Multa que se impõe, uma vez que não foi apresentado, no tocante às infrações, nenhum argumento novo capaz de infirmar os elementos de convicção lançados na sentença, proferida com lastro em laudo pericial produzido sob o crivo do contraditório, e que concluiu que o período abrangido pelo AIIM impugnado coincide com o período que resultou no saldo consolidado a pagar, além de a autora ter sido fiscalizada ao mesmo tempo por duas Delegacias.

RECURSO ADESIVO DA AUTORA – Quanto ao pedido de recebimento e processamento de documentos perante a Delegacia Regional Tributária de Osasco, conforme bem asseverado pelo d. magistrado, os processos administrativos tem suas regras de competência de julgamento estabelecidas por legislação própria, não cabendo ao Poder Judiciário modificá-las, a menos que afronte a Constituição Federal, sendo certo, ademais, que a mudança de endereço por si não transfere a competência para apreciação de seus documentos fiscais por ausência de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

previsão normativa nesse sentido.

Impossibilidade de condicionar a procedência ou improcedência do pedido a evento futuro e incerto e, caso o infausto se suceda, caberá à autora ingressar com nova ação.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MAJORAÇÃO – POSSIBILIDADE – CABIMENTO DO USO DO CRITÉRIO DA EQUIDADE - No caso presente, o valor arbitrado em sentença de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) não atende aos critérios norteadores de sua fixação constantes no art. 85 e §8º do CPC/2015, dentre os quais a razoabilidade e a proporcionalidade com o trabalho, tempo, zelo exigidos. O arbitramento foi em valor vil, desproporcional ao vulto econômico da causa e ao trabalho, zelo e complexidade envolvidos.

Evidenciado que a ação envolve a cobrança de tributo em grande monta, revelou-se bastante complexa na tentativa de elucidação dos fatos e envolve responsabilidades financeiramente consideráveis, além da resistência apresentada pela Fazenda do Estado à pretensão da autora.

Majoração da verba honorária para que seja arbitrada, por apreciação equitativa, no valor equivalente a 1% do valor da causa, já inclusos os honorários recursais, quantia que bem remunera condignamente o trabalho desenvolvido pelo patrono da autora nos autos.

Recurso da Fazenda Estadual não provido. Recurso adesivo da autora parcialmente provido, para majoração dos honorários advocatícios e fixação segundo critério de apreciação equitativa.

Vistos.

Trata-se ação anulatória de débito fiscal proposta por ECOSERV PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MÃO DE OBRA LTDA. em face de Fazenda Pública do Estado de São Paulo, objetivando a nulidade do crédito tributário oriundo do Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM) nº 4.078.849-0, lavrado pela Delegacia Regional Tributária do ABCD – DRT-12, relativo a operações realizadas de janeiro a dezembro de 2013 e janeiro a novembro de 2014 (fls. 177/182).

Consta do detalhado relatório da sentença, que adoto:

“Relata que foi autuada pela fiscalização da Fazenda Pública do Estado de São Paulo em 17 de julho de 2017, o que originou o AIIM nº 4078849-0.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Esclarece que antes de ser estabelecida no Município de Barueri, era estabelecida na Cidade de Diadema - SP, oportunidade em que teve contra si promovida pela - DRT/12 - Delegacia Regional Tributária do ABCD, o Procedimento Administrativo de Cassação da Eficácia da Inscrição Estadual, sob a alegação de que teria participado de uma associação estruturada para praticar fraude fiscal tributária, objetivando, de forma fraudulenta, a sonegação de ICMS. Consta do AIIM que teria criado embaraço à fiscalização, sustentando que desde fevereiro de 2012, teria se omitido na transmissão da EFD - Escrituração Fiscal Digital, e que, de forma fraudulenta, teria praticado atos em sua escrituração, objetivando a sonegação do tributo.

Sustenta ter sido vítima de golpe criminoso praticado pelos então responsáveis por sua área contábil e jurídico-tributária. Afirma ainda que após ter ciência do golpe criminoso sofrido, objetivando solucionar o problema, procurou a CAT - Coordenadoria da Administração Tributária da Fazenda do Estado de São Paulo, tendo realizado uma reunião no dia 19 de maio de 2017, onde teria sido reconhecida a irregularidade e a necessidade de recolher através da competente GARE, todo o débito de ICMS declarado em GIA ICMS-ST, incluindo o principal e todos os encargos moratórios, alegando ainda que com a aceitação, a Secretaria da Fazenda promoveria o restabelecimento de sua Inscrição Estadual. Na mesma oportunidade, comprometeu-se a, no prazo de 30 (trinta) dias a contar do restabelecimento de sua Inscrição Estadual, apresentar as respectivas EFD - Escrituração Fiscal Digital de todo o período que se encontrava pendente no sistema da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. Afirma ter cumprido a primeira obrigação convencionada, nas quais teria incluído o valor principal do tributo devido, assim como os encargos moratórios, oportunidade em que a Fazenda Estadual restabeleceu sua Inscrição Estadual cumprindo o acordo convencionado.

Aduz ainda, que em 19 de junho de 2017, através do GDOC nº 1000041 - 505146/2017 solicitou uma prorrogação de prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento da obrigação de entrega da Escrituração Fiscal Digital do período em que teria deixado de entregá-las em razão das fraudes sofridas, e que inobstante o solicitado, em 29 de junho de 2017, foi notificado a cumprir com a Escrituração Fiscal Digital prometida.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Ressalta que no dia 04 de julho de 2017, novamente solicitou nova prorrogação de prazo para o cumprimento da obrigação acessória assumida, obtendo seu deferimento por parte da Fazenda, porém, em 07 de julho de 2017, por meio do Memorando DRT/14 - NF-1 nº 009/2017, o Inspetor Fiscal determinou ao Coordenador da Equipe que verificasse o atendimento ao cumprimento dos itens descritos na Ata de Reunião denominada Grupo Dolly, especificamente para verificar e analisar a entrega da Escrituração Fiscal Digital - EFD e, no caso de irregularidades, para que tomasse as medidas cabíveis. Em 14 de julho de 2017, cumprindo a última obrigação assumida na reunião ocorrida no dia 19 de maio de 2017, entregou todas as EFD's - Escrituração Fiscal Digital dos anos de 2012, 2013, 2014, 2015 e 2016 e, em 17 de julho de 2017, em prosseguimento aos trabalhos determinados pelo expediente GDOC nº 1000314-563125/2017, foi cientificada da Ordem de Serviço Fiscal - OSF nº 14.0.02993/17-6 e com esta a notificação para recolher a quantia de R\$ 26.497.918,17 (vinte e seis milhões e quatrocentos e noventa e sete mil e novecentos e dezoito reais e dezessete centavos), informado na sua transmissão aos dados dos exercícios de 2012, 2013, 2014, 2015 e 2016 consistente na entrega das suas EFD's - Escrituração Fiscal Digital, conforme já constava na base de dados da Secretaria da Fazenda do Estado, e para proceder à entrega de todas as GIAS em substituição, assinalando um prazo de 30 dias.

Surpreendentemente, no mesmo dia 17 de julho de 2017, foi intimada via EPAT da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, da lavratura do Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4078849 -0, realizado pela Delegacia Regional Tributária do ABCD - DRT-12, da unidade localizada em São Bernardo do Campo, Estado de São Paulo, para efetuar o pagamento com benefício nos descontos aplicados ou fazer a impugnação no prazo de 30 (trinta) dias.

Consigna que tal Auto de Infração e Imposição de Multa fora lavrado pela mesma Agente Fiscal que conduziu os trabalhos fiscais do PAC – Procedimento Administrativo de Cassação da Eficácia da Inscrição Estadual, sendo que a situação tributária retratada no mesmo é concernente à época do mencionado PAC, ou seja, os dados em que se alicerçou o Auto são decorrentes da ausência da entrega das EFDs - Escrituração Fiscal Digital e correspondentes GIAS. Ocorre, que com a realização do acordo entabulado na reunião do dia 19 de maio de 2017, onde ficou consignado a obrigação de entregar as EFDs omissas,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

o que ocorreu em 14 de julho de 2017, o trabalho fiscal deveria se pautar nesta nova situação tributária e não na anterior.

Além da patente irregularidade já apontada, tem-se, ainda, que a lavratura de tal Auto de Infração e Imposição de Multa violou o Código de Defesa do Contribuinte e princípios e garantias constitucionais da demandante, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, pois antes de ser lavrado o mesmo, deveria ser oportunizado à autora contribuinte de se explicar e se manifestar sobre o porquê de cada ato ou omissão, o que não ocorreu, vez que a mesma não tinha qualquer ciência sobre tal fiscalização.

Ressalta ainda que visando ao pagamento do valor de R\$ 26.497.918,17, referente ao débito informado nas EFD's - Escrituração Fiscal Digital de 2012 a 2016, pretende aderir ao Programa Especial de Parcelamento instituído pelo Decreto nº 62.709/2017 em obediência ao Convênio ICMS 54, de 09 de maio de 2017, cujo prazo para adesão se esgota em 15 de agosto de 2017. Ocorre que a adesão a tal Parcelamento fica comprometida ante a lavratura de tal Auto de Infração e Imposição de Multa, o qual contém o valor catastrófico e abusivo R\$ 210.956.825,28 (duzentos e dez milhões, novecentos e cinquenta e seis mil, oitocentos e vinte e cinco reais e vinte e oito centavos).

Diante disso, requer tutela provisória de urgência antecipada de caráter incidental para determinar a suspensão até o julgamento definitivo da presente lide, para todos os efeitos, inclusive para fins de adesão ao parcelamento e apresentação de defesa/impugnação administrativa, do Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4178849-0. Ao final, requer a procedência da ação para declarar nulo de pleno direito e, por corolário, insubsistente, o Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4178849 -0, condenando-se o réu ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais.

Instruem a inicial documentos de págs. 16/21.049.

A tutela provisória foi deferida pelo Juízo da origem a fls. 21.079/21.080 desses, contra a qual a requerida interpôs recurso de agravo de instrumento (págs. 21213/21215). Este Relator deferiu o efeito suspensivo ao recurso (págs. 21244), que, ao final, foi provido pelo v. acórdão de págs. 22188/22211 que revogou a tutela concedida.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

A Fazenda do Estado apresentou contestação às págs. 21.098/21.114 alegando que a autora, antes estabelecida no Município de Diadema/SP sob a denominação RAGI REFRIGERANTES LTDA, a partir de 29/06/2017 estabeleceu-se em Barueri/SP. Até então essa empresa tinha por objeto a fabricação do refrigerante da marca Dolly; uma vez em Barueri, passou a ter como objeto social a locação de mão-de-obra temporária, enquanto no endereço da RAGI em Diadema passou a operar a BRABEB – BRASIL BEBIDAS EIRELLI, indústria de refrigerantes. Aduz que a sociedade empresária autora integra grupo econômico com o único objetivo de sonegação de impostos. Destaca também a prática de blindagem patrimonial, mencionando que em razão de diversas irregularidades, a autora teve sua inscrição estadual suspensa preventivamente, ficando impossibilitada de emitir notas fiscais eletrônicas. Não obstante, continuou operando e promovendo a circulação das mercadorias que fabricava, fato que desencadeou a Operação Clone, em 18/5/2017, sobrevivendo o compromisso por parte da autora de realização de pagamentos de débitos tributários oriundos do não recolhimento de ICMS na modalidade de substituição tributária, assim como proceder à entrega de sua escrituração fiscal digital (EFD), cujo cumprimento em nenhum momento incorreria na suspensão ou cancelamento dos trabalhos fiscalizatórios. Sustenta que o AIIM impugnado é composto por seis infrações, sendo que nenhuma delas diz respeito a não entrega da EFD, mas sim à falta de pagamento de ICMS decorrente de operações próprias e de retenção do imposto recebido em substituição tributária, fruto de trabalhos fiscalizatórios iniciados anteriormente à realização da Operação Clone e que remetem a períodos distintos do valor objeto de notificação após a entrega da EFD, não havendo comportamento contraditório da Fazenda Pública.

A Fazenda agravante alega que a sociedade empresária agravada integra o grupo econômico de fato criado para a fabricação e distribuição do refrigerante da marca Dolly, e antes se encontrava estabelecida em Diadema, sob a denominação Ragi Refrigerantes Ltda, estabelecendo-se posteriormente em Barueri, passando a ter como objeto social a locação de mão de obra temporária e que, em razão de diversas irregularidades, teve sua inscrição estadual suspensa preventivamente, ficando impossibilitada de emitir notas fiscais eletrônicas.

Juntou documentos às págs. 21.115/21.189.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Réplica às págs. 21.194/21.204.

Determinada realização de prova pericial, foi o laudo encartado às págs. 21.698/21.763”.

A sentença de fls. 22.225/22.237, integrada pela decisão de fls. 22.248/22.249 e com lastro no laudo pericial, **julgou PROCEDENTE o pedido e declarou nulo o Auto de Infração e Imposição de Multa AIIM nº 4.078.849-0**, julgando extinto o processo com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Condenou a requerida ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), tendo em vista a complexidade da demanda e o valor atribuído à causa, observado o princípio da razoabilidade e vedação ao enriquecimento sem causa.

No prazo legal, apela a Fazenda Estadual, às fls. 22.254/22.275. Insurge-se contra as conclusões da perícia e alega que o laudo pericial cometeu uma série de impropriedades ao concluir que coincidem o período abrangido pelo AIIM impugnado e o período que resultou no saldo declarado de R\$ 26 milhões, e ao afirmar que a autora/apelada foi fiscalizada ao mesmo tempo por duas Delegacias Regionais Tributárias. Sustenta que o trabalho de fiscalização realizado pela DRT-12 se iniciou 16/02/2016 e diz respeito ao período de 01/2013 a 12/2014 (v. fls. 21119); por sua vez, a entrega da EFD em atraso se deu muito depois, em 14/07/2017, sendo que o saldo devedor autodeclarado se refere ao período de 11/2015 a 12/2016 (v. fls. 21087). Aduz que a apelada passou quatro anos sem cumprir a sua obrigação acessória de transmitir ao Fisco sua escrituração fiscal digital e após ter sua inscrição estadual cassada, a apelada se comprometeu a cumprir essa obrigação acessória, o que de fato foi feito, porém, não leva à conclusão que tudo o que ela declarou nas EFDs é verídico, sobretudo conhecendo-se os antecedentes do grupo Dolly, envolvido em fraudes diversas, inclusive com condenações criminais de seus principais gestores, por delitos de cunho tributário, na Justiça Federal. Alega que a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

notificação para pagar o débito de R\$ 26 milhões que a apelada confessou ser devido, não exclui a possibilidade do Fisco apurar o débito remanescente em trabalho de fiscalização que já estava em andamento e que o valor objeto da notificação após a entrega da EFD é na verdade a soma dos saldos devedores de novembro de 2015 a dezembro de 2016, período não abrangido pelo AIIM, o que é corroborado pelo fato de os débitos objeto de parcelamento referirem-se aos períodos de 11/2015 a 12/2016, sendo que a autuação abrange período distinto, compreendido entre 01/2013 e 11/2014 conforme o Demonstrativo de Débito Fiscal anexo ao AIIM 4.078.849-0, de maneira que o AIIM impugnado não pode ser tornado nulo pelo fato de a empresa ter encaminhado tardiamente a EFD que abrange período que coincide com o objeto do auto de infração (mas autodeclarando débito de período distinto do AIIM), como se o recebimento da documentação pelo Fisco validasse todas as infrações praticadas pela empresa ao longo dos anos. Insurge-se contra a decretada violação ao Código de Defesa do Contribuinte e princípios e garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, uma vez que houve regular notificação da empresa via DEC e, regularmente notificada, exerceu amplamente o seu direito de defesa durante o processo administrativo tributário, percorrendo todas as instâncias administrativas até à manutenção do auto de infração. Esclarece que todos os 6 itens do auto de infração estão embasados no não pagamento de ICMS, e não na falta de entrega das EFDs e reitera que a entrega tardia das EFDs não invalida o trabalho fiscalizatório que estava em curso, restando clara a higidez do auto de infração e imposição de multa lavrado em razão do não pagamento do imposto entre 2013 e 2014, higidez essa que não se desconstituiu com a entrega da escrituração fiscal digital da ora apelada, após quatro anos sem cumprir essa obrigação acessória. Discorre acerca da ausência de espontaneidade, a teor do art. 138, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, uma vez que os trabalhos que culminaram com a lavratura do AIIM impugnado iniciaram-se em 16/02/2016, mais de um ano antes do compromisso assumido pela ora apelada de proceder à entrega de sua escrituração fiscal digital (EFD) ao Fisco (19/05/2017). Por fim, discorre acerca dos antecedentes fáticos envolvendo a ora apelada. Requer, em tais termos, “a reforma da r. Sentença impugnada, para o fim de declarar a validade do auto de infração e impugnação de multa objeto da presente ação, invertendo-se os ônus da sucumbência”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Contrarrazões às fls. 22.282/22.294, pela manutenção da sentença que declarou nulo o Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4.078.849-0, vez que a situação tributária retratada no mesmo é concernente à época do PAC – Procedimento Administrativo de Cassação da Eficácia da Inscrição Estadual, ou seja, os dados em que se alicerçou o mencionado Auto são decorrentes da ausência, naquele tempo, da entrega das EFDs – Escrituração Fiscal Digital e correspondentes GIAs; e, com a realização do acordo entabulado na reunião do dia 19 de maio de 2017 (fls. 70), que é um ato jurídico perfeito, onde ficou consignado a obrigação da autora/apelada em entregar as EFDs – Escrituração Fiscal Digital omissas, o que ocorreu em 14 de julho de 2017 (fls. 103/174), houve, em verdade, a realização de uma novação da situação tributária, pois aquela omissão deixaria de existir, devendo, então, o trabalho fiscal pautar-se nesta nova situação tributária e não na anterior. Insurge-se contra a assertiva do réu/apelante de que a exigência da entrega das EFDs – Escrituração Fiscal Digital no acordo de fls. 70 se deu apenas para cumprimento de obrigações acessórias e sanar a acusação de embaraço à fiscalização, não envolvendo a substituição das GIAs, vez que além de não ser nada crível tal exigência apenas para sanar mera obrigação acessória, alega existência de Notificação do próprio Fisco, datado de 17 de julho de 2017, notificando a demandante apelada a: consumir o cumprimento do ajustado na citada Ata do Termo de Acordo imediatamente, pagando a quantia de R\$ 26.497.918, 17 (vinte e seis milhões e quatrocentos e noventa e sete mil e novecentos e dezoito reais e dezessete centavos); e, entregar todas as GIAs em substituição, para compatibilizar com os dados da EFD (escrituração fiscal digital), no prazo de 30 dias. Insurge-se, também, contra a assertiva do réu recorrente de que tal notificação abrangeu apenas o período de novembro de 2015 a dezembro de 2016, vez que em mencionado documento além de não haver limitação temporal, foi expressamente determinado a entrega de “todas as GIAs em substituição, para compatibilizar com os dados da EFD (escrituração fiscal digital), no prazo de 30 dias”, sendo que já havia sido transmitido em 14 de julho de 2017 (fls. 103/174) as EFDs dos exercícios de 2012, 2013, 2014, 2015 e 2016, constando as mesmas, portanto, da base de dados da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, o que alega que foi atestado no laudo colacionado aos autos, de que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

o valor mencionado na Notificação de fls. 176, qual seja, R\$ 26.497.918,17 (vinte e seis milhões e quatrocentos e noventa e sete mil e novecentos e dezoito reais e dezessete centavos) abrange o período de janeiro de 2012 a dezembro de 2016 e, sustenta que, apurando-se irregularidades nestas novas EFDs e GIAs, deverá o Fisco nos moldes como determina o Código de Defesa do Contribuinte e princípios e garantias constitucionais como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, notificar a demandante para se explicar e se manifestar, e permanecendo o entendimento de que houve irregularidade, aí sim, lançar novo e distinto auto de infração. Acrescenta que o próprio demandado confessa haver redução sobre o valor apurado, incorrendo em mais uma nulidade do Auto de Infração e Imposição de Multa combatido, ao ser ilícito e como tal não pode ser inscrito na Dívida Ativa. Defende o restabelecimento da espontaneidade reconhecida e declarada pelo douto Juízo e anota ser inverídica a alegação de que tal matéria tenha já sido apreciada pelo Tribunal de Justiça em sede de Agravo de Instrumento, vez que do Acórdão proferido em tal recurso ficou expresso que a análise do mesmo limitar-se-ia à presença, ou não, dos requisitos autorizadores da concessão da medida liminar deferida. Insurge-se, por fim, contra o pleito subsidiário para reduzir os honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados, para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Recorre adesivamente a autora, às fls. 22.299/22.304 pela majoração do valor arbitrado a título de honorários advocatícios sucumbenciais, eis que o arbitramento de honorários advocatícios sucumbenciais no patamar de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), violou e/ou negou vigência ao artigo 85, § 3º, inciso V, do Código de Processo Civil, além de irrisório considerando a complexidade da causa e a atuação dos advogados da autora apelante adesiva, correspondendo, e; para que seja determinado "como jurisdição de competência para efetuar quaisquer situações fiscais em face desta demandante recorrente adesiva, a Delegacia Regional Tributária – 14, sediada em Osasco, Estado de São Paulo, haja vista que ela é responsável para exercer no atual endereço do contribuinte/requerente todos os trabalhos fiscais".

Recurso tempestivo, preparado e respondido às fls. 22.313/22.321. A



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Fazenda Estadual defende que os honorários de sucumbência não foram fixados em valor irrisório, mas sim observado o princípio da razoabilidade e vedação ao enriquecimento sem causa, segundo observou o r. Juízo sentenciante. Insurge-se contra o pedido de estabelecimento de jurisdição de competência, alegando que se “busca um pronunciamento judicial com efeito prospectivo para futuras fiscalizações do Estado, sem ao menos apontar que norma de regência da competência das Delegacias Regionais Tributárias do Estado no caso concreto foi violada – e tampouco indicando eventual norma que, ao dispor sobre as regras de competência da Secretaria de Estado da Fazenda, estaria a violar a Constituição da República, a ponto de merecer declaração incidental de inconstitucionalidade”. Reitera, por fim, a ausência de sobreposição de atividades fiscalizatórias por delegacias distintas.

Oposição ao julgamento virtual manifestada por ambas as partes (fls. 22.328 e 22.330).

RELATADO, VOTO.

Trata-se de ação anulatória de débito fiscal por meio da qual busca a autora a nulidade de débito fiscal oriundo do Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM) nº 4.078.849-0.

Após cognição exauriente do feito, em que pese a combatividade das alegações expostas em apelação pela Fazenda do Estado, é caso de transcrição parcial dos fundamentos adotados pelo juízo monocrático para anulação da autuação, uma vez que não foi apresentado, nas razões recursais e no tocante às infrações, nenhum argumento novo capaz de infirmar os elementos de convicção lançados na sentença proferida com lastro em laudo pericial produzido sob o crivo do contraditório e que, no que concerne ao pedido principal de anulação do AIIM lavrado, deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir nos termos do art. 252 do Novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

de São Paulo, representativo de tardia inovação para se evitar inútil repetição e para dar cumprimento aos princípios constitucionais da eficiência e da duração razoável dos processos:

Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la, apreciando, se houver, os demais argumentos recursais capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no julgamento.

Artigo 252 com redação dada pelo Assento Regimental nº 562/2017

Consigne-se, ademais, que o Supremo Tribunal Federal admite o julgamento “per relationem”, uma vez que tal técnica jurisdicional não representa violação ao princípio do livre convencimento motivado. A respeito, transcreve-se recente decisão monocrática proferida pela Suprema Corte:

DECISÃO: Tendo em vista as razões invocadas nos recursos de agravo deduzidos pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pela Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que tenho por relevantes, entendo, em juízo estritamente prudencial, que se torna necessário suspender a eficácia da decisão que, por mim proferida em 03/10/2016, concedeu provimento cautelar à parte reclamante, ora agravada, em ordem a que subsista, até final julgamento dos recursos mencionados, a deliberação administrativa do eminente Senhor Desembargador Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo proferida em 31/08/2016 (2016/00131757), restando sustada, em consequência, a aplicabilidade da Portaria nº 022/2016, editada pelos MMs. Juízes de Direito do DEECRIM da 9ª RAJ (São José dos Campos). Assinalo, para efeito de mero registro, que **os fundamentos deste ato decisório são aqueles deduzidos nas petições recursais mencionadas e ora incorporados, ainda que transitoriamente, à presente decisão.** Cumpre registrar, por oportuno, que **se reveste de plena legitimidade jurídico-constitucional a adoção, no caso, da técnica da motivação “per relationem”** (HC 69.438/SP, Rel.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Min. CELSO DE MELLO – HC 69.987/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Com efeito, **o Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se a propósito da técnica da motivação por referência ou por remissão, reconheceu-a compatível com o que dispõe o art. 93, inciso IX, da Constituição da República, como resulta de diversos precedentes firmados por esta Suprema Corte** (AI 734.689-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ARE 657.355-AgR/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – HC 54.513/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES – RE 585.932-AgR/RJ, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.): **“Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação 'per relationem', que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República. A remissão feita pelo magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir. Precedentes.”** (AI 825.520-AgR-ED/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, suspendo a eficácia do provimento cautelar por mim deferido em 03/10/2016 até final julgamento dos recursos de agravo interpostos na presente sede processual. Comunique-se, transmitindo-se cópia da presente decisão ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, ao Senhor Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, aos Senhores Juízes de Direito do DEECRIM da 9ª RAJ (São José dos Campos), à Presidência da Seção Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aos ilustres Defensores Públicos do Estado de São Paulo que subscrevem a presente reclamação e ao Senhor Secretário de Estado da Administração Penitenciária paulista. Publique-se. Brasília, 02 de dezembro de 2016. Ministro CELSO DE MELLO Relator.

(Rcl 25119 MC-AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 02/12/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-262 DIVULG 07/12/2016 PUBLIC 09/12/2016).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Confira-se, a propósito, o teor da sentença proferida, destacando-se nela fragmentos da fundamentação utilizada para rechaçar os pontos abordados no recurso fazendário:

Trata-se de Ação Anulatória de Débito Fiscal na qual a requerente menciona ter sido autuada pela fiscalização da Fazenda Pública do Estado de São Paulo em 17 de julho de 2017, o que originou o **AIIM nº 4078849-0**. Insurge-se contra o que teria motivado a lavratura do referido auto de infração e imposição de multa, anotando que antes de ser estabelecida no Município de Barueri, era estabelecida na Cidade de Diadema SP, oportunidade em que teve contra si promovida pela - DRT/12 - Delegacia Regional Tributária do ABCD, o Procedimento Administrativo de Cassação da Eficácia da Inscrição Estadual, sob a alegação de que teria participado de uma associação estruturada para praticar fraude fiscal tributária, objetivando, de forma fraudulenta, a sonegação de ICMS. **Consta do AIIM que a Requerente teria criado embaraço a fiscalização, sustentando que desde fevereiro de 2012, teria se omitido na transmissão da EFD - Escrituração Fiscal Digital, e que, de forma fraudulenta, teria praticado atos em sua escrituração, objetivando a sonegação do tributo.**

Após diversos eventos processuais, em sua defesa, alega a requerente ter sido vítima de golpe criminoso praticado pelos então responsáveis pela área contábil e jurídico-tributária da empresa. Afirma ainda que após ter ciência do golpe criminoso sofrido, objetivando solucionar o problema, procurou a CAT - Coordenadoria da Administração Tributária da Fazenda do Estado de São Paulo, tendo realizado uma reunião no dia 19 de maio de 2017, onde teria sido reconhecida a irregularidade e a necessidade de recolher através da competente GARE, todo o débito de ICMS declarado em GIA ICMS-ST, incluindo o principal e todos os encargos moratórios, alegando ainda que com a aceitação, a Secretaria da Fazenda promoveria o restabelecimento de sua Inscrição Estadual.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Na mesma oportunidade, comprometeu-se a Requerente que no prazo de 30 (trinta) dias a contar do restabelecimento de sua Inscrição Estadual, apresentaria as respectivas EFD - Escrituração Fiscal Digital de todo o período que se encontrava pendente no sistema da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. Afirma ter cumprido a primeira obrigação convencionada, nas quais teria incluído o valor principal do tributo devido, assim como os encargos moratórios, oportunidade em que a Fazenda Estadual restabeleceu sua Inscrição Estadual cumprindo o acordo convencionado.

Prossegue, informando que em 19 de junho de 2017, através do GDOC nº 1000041 -505146/2017 solicitou uma prorrogação de prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento da obrigação de entrega da Escrituração Fiscal Digital do período em que teria deixado de entrega-las em razão das fraudes sofridas, e que inobstante ao solicitado, em 29 de junho de 2017, fora notificada a cumprir com - Escrituração Fiscal Digital prometida. Informa ainda que no dia 04 de julho de 2017, novamente teria solicitado nova prorrogação de prazo para o cumprimento da obrigação acessória assumida, obtendo seu deferimento por parte da Fazenda, e que em 07 de julho de 2017, o Inspetor Fiscal determinou a verificação do cumprimento, apontando que no caso de se constatar qualquer irregularidade, fosse tomado às medidas cabíveis. **Sustenta que em 14 de julho de 2017 procedeu à entrega da totalidade dos EFD's relativos aos exercícios de 2012, 2013, 2014, 2015 e 2016**, e que não obstante ao cumprimento da obrigação assumida, através da Ordem de Serviço Fiscal nº 14.0.02993/17-6, foi notificada em 17 de julho de 2017 pela DRT/14 - Delegacia Regional Tributária de Osasco, a recolher aos cofres públicos a quantia de R\$ 26.497.918,17 (vinte e seis milhões, quatrocentos e noventa e sete mil e novecentos e dezoito reais e dezessete centavos), e para proceder à entrega de todas as GIAS em substituição objetivando compatibilizar com os dados da EFD - Escrituração Fiscal Digital, assinalando um prazo de 30 dias. Da mesma forma, em 17 de julho de 2017, foi intimada pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo da lavratura do AIIM nº 4078849-0, realizada pela Delegacia Regional Tributária do ABCD - DRT-12, intimando-a a efetuar o pagamento ou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

apresentar sua impugnação no prazo de 30 (trinta) dias, apontando ainda que ferido auto teve como fundamento a falta da entrega das EFDs - Escrituração Fiscal Digital e das correspondentes GIAs, razão pela qual entendeu ser indevida a autuação, requerendo sua anulação através da presente demanda.

Ressalta que pretende aderir ao Programa Especial de Parcelamento instituído pelo Decreto nº 62.709/2017 em obediência ao Convênio ICMS 54, de 09 de maio de 2017, ocorre que a adesão a tal Parcelamento fica comprometida ante a lavratura de tal Auto de Infração e Imposição de Multa, o qual contém o valor catastrófico e abusivo de R\$210.956.825,28.

A Fazenda alega que a sociedade empresária integra o grupo econômico de fato criado para a fabricação e distribuição do refrigerante da marca Dolly, e antes se encontrava estabelecida em Diadema, sob a denominação Ragi Refrigerantes Ltda, estabelecendo-se posteriormente em Barueri, passando a ter como objeto social a locação e mão de obra temporária e que, em razão de diversas irregularidades, teve sua inscrição estadual suspensa preventivamente, ficando impossibilitada de emitir notas fiscais eletrônicas. Não obstante, continuou operando e promovendo a circulação das mercadorias que fabricava, o que desencadeou a Operação Clone, em 18/5/2017, sobrevindo o compromisso por parte da autora de realização de pagamentos de débitos tributários oriundos do não recolhimento de ICMS na modalidade de substituição tributária, assim como proceder à entrega de sua escrituração fiscal digital (EFD), cujo cumprimento em nenhum momento incorreria na suspensão ou cancelamento dos trabalhos fiscalizatórios.

Sustenta que o AIIM impugnado é composto por seis infrações, sendo que nenhuma delas diz respeito à não entrega da EFD, mas sim à falta de pagamento de ICMS decorrente de operações próprias e de retenção do imposto recebido em substituição tributária, fruto de trabalhos fiscalizatórios iniciados anteriormente à realização da Operação Clone e que remetem a períodos distintos do valor objeto de notificação após a entrega da EFD, não havendo comportamento contraditório da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Fazenda Pública.

Pois bem.

O ponto controvertido consiste em definir se o período da lavratura do Auto de Infração e Imposição de Multa atacado está ou não inserido nas entregas das Escriturações Fiscais Digitais - EFD's, conforme ATA e Consequente GIAS substituídas por determinação do Agente Fiscal de Rendas da DRT-14, bem como, averiguar a regularidade do procedimento fiscal para a Lavratura do Auto de Infração.

Necessário ainda, definir se a autora pode ser beneficiada com a espontaneidade do artigo 138, do CTN, em vista da entrega das EFDS ter ocorrido após o início dos trabalhos fiscalizatórios.

A questão controvertida resolve-se pela análise da prova pericial realizada nos autos, que assim concluiu:

“Isto posto, após análise das obrigações acessórias (EFD s e GIAS) entregues pela empresa Requerente e do que dos autos consta e ainda levando-se em consideração: os pontos controvertidos fixados por V.Exa. às fls. 21334/21337; o que restou consignado na Reunião entre os representantes do ESTADO e da empresa Requerente, conforme ATA de fls. 70 dos autos; a entrega das obrigações acessórias da empresa Requerente, consoante ao acordo pré-estabelecido às fls. 70 dos autos. A escrituração fiscal digital e apuração do ICMS (substituição tributária e operações próprias) da empresa Requerente; a validação do saldo credor de ICMS referente ao período anterior a 2012 no valor de R\$ 15.923.819,45; os pagamentos efetuados a título de ICMS ST Substituição Tributária no valor de R\$ 33.206.325,75 (já considerados os encargos, juros e multa), também consoante pré-estabelecido na Ata de Reunião às fls. 70 dos autos; a notificação de fls. 176 dos autos emitida pela DRT-14 Delegacia Regional Tributária de Osasco que ratificou e consolidou o débito, perfazendo a quantia de R\$ 26.497.918,17; a adesão ao Programa Especial de Parcelamento e respectivos pagamentos constantes dos autos; a recomposição do AIIM Auto de Infração e Imposição de Multa,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

ora sub-judice e seus efeitos; os benefícios da espontaneidade por conta da nova condição tributária, conforme preceitua o Artigo 138 do CTN Código Tributário Nacional. **Conclui a perícia, tecnicamente, que o AIIM - Auto de Infração e imposição de Multa nº 4078849-0 foi lavrado contemplando o mesmo período das obrigações acessórias entregues pela autora.** Que **a entrega destas obrigações foram devidamente autorizadas pelo fisco** em Ata de reunião onde estavam presentes as autoridades da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, da Procuradoria Geral do Estado, bem como o Delegado tributário da DRT-12 - Delegacia Regional Tributária de São Bernardo do Campo (exatamente a delegacia de origem do AIIM). Desta forma **pode-se afirmar que a empresa requerente no mesmo momento em que estava sendo notificada pela DRT-14 - Delegacia Regional Tributária de Osasco** (jurisdição da requerente) **a pagar o valor remanescente do resultado da entrega das obrigações acessórias devidamente autorizadas, foi surpreendida com a lavratura do AIIM lavrado pela DRT-12, como se as mesmas obrigações NÃO TIVESSEM SIDO ENTREGUES.** Vale acrescentar que a entrega de todas as obrigações acessórias, que **os valores nelas contidos**, que o saldo credor originário do período anterior a 2012 (2007 a 2011), **bem como o valor remanescente a pagar** de R\$ 26.497.918,17, **foram aferidos pela DRT-14**, tendo sido este saldo final, incluído no PEP (Programa Especial de Parcelamento) pela mesma delegacia.

Dessa forma, sem adentrar no mérito, conclui o trabalho pericial que a empresa requerente foi fiscalizada por duas delegacias tributárias ao mesmo tempo, referente ao mesmo período, sendo que a DRT-14 aferiu as informações autorizadas em Ata de reunião.”.

O Perito Judicial, em vista da manifestação do Estado de São Paulo de pags. 21.925/21.946, instruída com a manifestação do Delegado Regional Tributário do ABCD de págs. 21.952/964, ratificou o laudo pericial (págs. 22141/22163):



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

DOS ESCLARECIMENTOS:

(...)

Alega a FESP que o saldo devedor declarado pela empresa Requerente no valor de R\$ 26.497.918,17 a título de "ICMS operações próprias" **contemplam apenas o período de novembro de 2015 até dezembro de 2016 e que respectivo período não abrangeu as operações constantes do AIIM Auto de Infração e Imposição de Multa**, ora *sub-judice*. Primeiramente, cabe esclarecer que **a pericia constatou** com base nos documentos que constam dos autos, que o valor de R\$ 26.497.918,17 declarado pela empresa Requerente, é o valor que consta da notificação de fls. 176 dos autos, conforme a seguir reproduzida

(...)

Constatou também a pericia, que referida notificação de fls. 176 dos autos é o cumprimento do Termo de Acordo de fl. 70 dos autos, que consignou a entrega das EFD's Escrituração Fiscal Digital omissa até aquele momento. Dessa forma, entende a pericia com base na documentação constante dos autos, que referida notificação da DRT-14, além do teor da cobrança no valor de R\$ 26.497.918,17, traz à baila o atendimento e cumprimento do ajustado na "Ata de Reunião" e entrega da EFD's, até então omissas, **no qual esta incluindo o período de novembro de 2015 a dezembro de 2016**, objeto do PEP Programa Especial de Parcelamento nº 20324257-8, apontando ter havido "consolidação e em consentânea à conferência daquela diligência fiscal" (fl. 176), ou seja, demonstrando a ciência da DRT-12, conforme consta:...

(...)

Conforme se verifica dos valores oferecidos à tributação e consolidado no PEP Programa Especial de Parcelamento nº 20324257-8, cópia juntada as fls. 21086/21089 dos autos, o valor de R\$ 26.497.918,17 é o resultado da composição dos saldos anteriores, débitos e créditos das operações próprias, as quais desencadeiam em novos saldos (devedores ou credores),



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

que após o devido processamento das respectivas operações **para o período de 2012 até 2016** adotado pelo trabalho pericial, conforme EFD's e GIAS entregues pela empresa a FESP e **devidamente confrontados** com os elementos documentais que foram disponibilizados a pericia pelo erário resultaram no débito consolidado, analiticamente assim demonstrado:

(...)

Neste aspecto, **a perícia ratifica a conclusão** oferecida originalmente no Laudo Pericial de fls. 21.698/21.763, ou seja, o Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4078849-0 **foi lavrado contemplando** em seu bojo **o período das obrigações acessórias entregues pela requerente**, em atendimento ao que restou estabelecido na Ata de fls. 70 dos autos, isto é, **o período do AIIM é parte integrante do total (2012 até 2016)** que resultou no valor de R\$ 26.497.918,17.”

E prossegue:

“Continuando em seus questionamentos, a FESP menciona que os termos da “ATA de Reunião” - (fls. 70 dos autos) apenas consignou a obrigatoriedade da entrega das obrigações acessórias omissas, objetivando sanar a inadimplência, embaraço à fiscalização, interromper a fraude estruturada e que referida reunião nunca teve e nem poderia ter o condão de ser um salvo conduto para reabrir a espontaneidade (...)

Requeru ao final que prevaleça o artigo 138 do C.T.N. e que seja declarada a ausência de Espontaneidade.

Conforme mencionado anteriormente, **as obrigações acessórias do período de 2012 até 2016 foram declaradas com a ciência da DRT-12** (fl. 100 dos autos), **cujo resultado posteriormente foi objeto do PEP Parcelamento Especial**. Em complemento a perícia pede vênias para reproduzir parte dos recibos de entrega de escrituração digital **de 2012 e 2016, comprovando a abrangência deste período”**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

(...)

Ratificou também, o Sr., Perito, que deixou a cargo do Juízo definir se a autora pode ser beneficiada pela espontaneidade de que trata o art. 138 do Código Tributário Nacional, por cuidar-se de matéria eminentemente de direito:

Com relação a eventual ausência ou não da espontaneidade, importante ressaltar, que a perícia, tecnicamente, entende que respectiva matéria, S.M.J., confunde-se com o mérito, motivo pelo qual, submeteu a elevada apreciação e decisão de V.Exa. Não obstante, no intuito de subsidiar V. Exa. Em relação à matéria debatida, pedimos vênia para transcrever os argumentos das partes em relação ao tema.

(...)

E anota:

“Outro ponto técnico questionado pela FESP refere-se aos procedimentos fiscais adotados pelas duas Delegacias Regionais, e que o procedimento fiscal da DRT-12 teve seu início em 16/02/2016, isto é, mais de um ano antes da data da referida reunião que se deu em 19/05/2017, discordando desta forma, das conclusões da perícia de que a empresa Requerente foi fiscalizada ao mesmo tempo pelas DRT's 12 e 14, respectivamente.

Sem adentrar no mérito, não obstante a Ata de Reunião de fls. 70 dos autos, constata-se com base na documentação constante dos autos, que a empresa Requerente foi devidamente notificada pela DRT-14 sob a nova ordem de serviço fiscal a ser cumprida, conforme se verifica às fls. 102 e 175 dos autos que ora reproduzimos (...)

Dessa forma, ficou constatado que a partir de 19/05/2017, data da ata de reunião, fls. 70 dos autos, a DRT-14, passou a integrar também dos procedimentos técnicos relacionados e definidos naquela oportunidade.

Outros questionamentos foram mencionados pela FESP, os



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

quais, com a máxima devida vênia e S.M.J., entende a perícia que a matéria de fundo questionada extrapola o âmbito técnico da prova pericial contábil, senão vejamos:

- A FESP alega que a perícia omitiu a informação de que a empresa Requerente rompeu o PEP Parcelamento Especial do ICMS, tendo adimplido somente 9 (nove) parcelas das 60 (sessenta) parcelas previstas.

Comentário técnico da perícia: Com a devida vênia, a verificação de uma possível inadimplência da empresa requerente no cumprimento do PEP, não foi objeto do trabalho pericial. Inobstante, cabe ressaltar que entende a perícia que a FESP tem instrumentos administrativos e jurídicos ou ainda a busca de comandos jurídicos para essa constatação e recebimento dos valores inadimplidos.

- A FESP alegou ainda que os antecedentes e suposto golpe sofrido pelo grupo econômico "DOLLY" pelos até então "contadores", foram baseadas em informações falsas prestadas pelo Sr. ESAU. Comentário técnico da perícia: Entende a perícia que referido questionamento extrapola as funções técnicas do perito contador.

Isto posto, com a devida vênia, na ausência de novos fatos em relação a matéria técnica debatida, a perícia ratifica o Laudo Pericial ofertado originalmente às fls. 21.698/21763 dos autos. .."

Como se vê, **o laudo pericial concluiu que coincide o período abrangido pelo AIIM impugnado e o período que resultou no saldo declarado** de R\$ 26 milhões, **afirmou que a autora foi fiscalizada ao mesmo tempo por duas Delegacias**. De fato, como bem observou a autora, a realização do acordo entabulado na reunião do dia 19 de maio de 2017 onde ficou consignada a obrigação de entregar as EFDs Escrituração Fiscal Digital omissas, cujo cumprimento ocorreu em 14 de julho de 2017, tratou-se, com efeito, de um ato jurídico perfeito e acabado, o que ocasionou a realização de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

uma novação da situação tributária, pois aquela omissão deixou de existir.

Consigne-se, também, que **houve reconhecimento da requerida** com relação a entrega das EFDs pela autora, quando menciona, em sua contestação, que está efetuando a análise das EFDs e GIAs entregues pela demandante respectivamente em 14 de julho de 2017 e 04 de agosto de 2017, **inclusive do período abrangido pelo Auto de Infração e Imposição de Multa objeto dos autos**, qual seja, de janeiro de 2013 a dezembro de 2014.

Portanto, restando **comprovado** que o Auto de Infração e Imposição de Multa questionado nestes autos teve como base uma situação tributária pretérita que deixou de vigor e foi substituída por outra **conforme convencionado entre as partes**, padece o mesmo de nulidade insanável, pois se alicerçou em fato inexistente. Claro, portanto, o direito da autora em ver declarada a sua nulidade.

[...]

Com efeito, conforme exaustivamente se pode verificar do relatório e bem delimitado tanto pelas decisões saneadoras como pela sentença, a questão nevrálgica dos autos é saber se “o período da lavratura do Auto de Infração e Imposição de Multa atacado está ou não inserido nas entregas das Escriturações Fiscais Digitais- EFD's, conforme ATA e consequentes GIAs substituídas por determinação do Agente Fiscal de Rendias da DRT-14, bem como, averiguar a regularidade do procedimento fiscal para Lavratura do Auto de Infração”.

Conforme expõe a Fazenda em suas razões recursais, a notificação para pagamento ocorrida após a entrega das EFD, não teria o condão de regularizar todo o crédito tributário para o período de 01/2012 a 12/2016, referindo-se apenas à soma dos saldos devedores de 11/2015 a 12/2016, período não abrangido pelo AIIM, referente ao período de 01/2013 a 12/2014, ao passo que a autora defende o valor mencionado na Notificação de fls. 176, qual seja, R\$ 26.497.918,17 (vinte e seis milhões e quatrocentos e noventa e sete mil e novecentos e dezoito reais e dezessete centavos) abrangeria o período de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

janeiro de 2012 a dezembro de 2016.

Como se vê, **a matéria fática controvertida demanda conhecimento técnico contábil especializado para julgamento adequado da ação, razão pela qual foi objeto de necessária perícia técnica e especializada, complexa e extensa**, tendo o perito, após análise de cópia dos arquivos eletrônicos EFD – Escrituração Fiscal Digital e GIAs relativos ao período de janeiro de 2012 a dezembro de 2016 em confronto com os dados contidos na base de dados da SEFAZ e entregues pela Fazenda do Estado, bem como após recomposição do AIIM, **concluído**, “tecnicamente, que o AIIM – Auto de Infração e imposição de Multa nº 4078849-0 **foi lavrado contemplando o mesmo período** das obrigações acessórias entregues pela autora. Que **a entrega destas obrigações foram devidamente autorizadas pelo fisco** em Ata de reunião onde estavam presentes as autoridades da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, da Procuradoria Geral do Estado, bem como o Delegado tributário da DRT- 12 – Delegacia Regional Tributária de São Bernardo do Campo (exatamente a delegacia de origem do AIIM)”.

Conforme apurado pelo laudo, após a entrega autorizada de toda EFD, “as mesmas foram aferidas, validadas e consolidadas pela DRT-14 (fls. 176 dos autos), **culminando na apuração do ICMS a pagar**”, concluindo o perito, após recomposição do saldo devedor remanescente referente ao período de janeiro de 2012 até dezembro de 2016, que “pode-se afirmar que a empresa requerente **no mesmo momento** em que estava sendo notificada pela DRT-14 – Delegacia Regional Tributária de Osasco (jurisdição da requerente) a pagar o valor remanescente do resultado da entrega das obrigações acessórias devidamente autorizadas, foi surpreendida com a lavratura do AIIM lavrado pela DRT-12, como se as mesmas obrigações NÃO TIVESSEM SIDO ENTREGUES.”.

Em impugnação ao laudo pericial, “alega a FESP que o saldo devedor declarado pela empresa Requerente no valor de R\$ 26.497.918,17 a título de “ICMS – operações próprias” contemplam apenas o período de novembro de 2015 até dezembro de 2016 e que respectivo período não abrangeu as operações constantes do AIIM – Auto de Infração e Imposição de Multa, ora sub-judice”, tendo o perito oficial esclarecido que “a perícia constatou com base nos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

documentos que constam dos autos, que o valor de R\$ 26.497.918,17 declarado pela empresa Requerente, é o valor que consta da notificação de fls. 176 dos autos”, referente “ao cumprimento do Termo de Acordo de fl. 70 dos autos, que consignou a entrega das EFD's – Escrituração Fiscal Digital omissa até aquele momento”.

Esclareceu, ademais, que referido valor “é o resultado da composição dos saldos anteriores, débitos e créditos das operações próprias, as quais desencadeiam em novos saldos (devedores ou credores), que após o devido processamento das respectivas operações para o período de 2012 até 2016 adotado pelo trabalho pericial, conforme EFD's e GIAS entregues pela empresa a FESP e devidamente confrontados com os elementos documentais que foram disponibilizados a pericia pelo erário resultaram no débito consolidado, analiticamente assim demonstrado” (fls. 22150/22153), ratificando o perito “a conclusão oferecida originalmente no Laudo Pericial de fls. 21.698/21.763, ou seja, o Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4078849-0 foi lavrado contemplando em seu bojo o período das obrigações acessórias entregues pela requerente, em atendimento ao que restou estabelecido na Ata de fls. 70 dos autos, isto é, o período do AIIM é parte integrante do total (2012 até 2016) que resultou no valor de R\$ 26.497.918,17”.

É o quanto basta para manutenção da sentença que declarou a nulidade do Auto de Infração e Imposição de Multa, uma vez que o laudo pericial concluiu que o período abrangido pelo AIIM impugnado coincide com o período que resultou no saldo consolidado a pagar, além de a autora ter sido fiscalizada ao mesmo tempo por duas Delegacias.

Anoto, ademais, ao órgão julgador não cabe examinar todas as normas citadas bem como todos os argumentos invocados, podendo ser analisado o conjunto probatório como um todo, na hipótese em que já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão, conforme recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça (EDcl no MS 21315 / DF, Relator(a) Ministra DIVA MALERBI, Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data do Julgamento 08/06/2016, Data da Publicação/Fonte DJe 15/06/2016).

Ainda assim, quanto à questão da espontaneidade, importa ressaltar que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

o convencimento firmado em caráter precário de cognição sumária ficou substituído após cognição exauriente do feito, no qual restou confirmado que a entrega das EFD foi autorizada pelo Fisco, “inclusive com a devida conferência e consolidação por parte da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo” (fl. 21718), razão pela qual bem pronunciou a sentença que “não se questiona que até o momento da instauração do procedimento administrativo que deu origem ao AIIM ora cancelado inexistia qualquer procedimento exigindo o pagamento de tributos relacionados à suposta infração. Tampouco pendia sobre os fatos, medida fiscalizatória”.

Passo à análise do recurso adesivo da autora.

E bem asseverou o d. magistrado quanto ao pedido de recebimento e processamento de documentos perante a Delegacia Regional Tributária de Osasco (fl. 22.248):

Processos administrativos tem suas regras de competência de julgamento estabelecidas por legislação própria, não cabendo ao Poder Judiciário modifica-las a menos que afronte a Constituição Federal.

No caso presente, a mudança de endereço da embargante por si não transfere a competência para apreciação de seus documentos fiscais por ausência de previsão normativa nesse sentido.

Ademais, incabível o acolhimento do pedido para resguardar eventual necessidade futura no caso de ser indevidamente fiscalizada ao mesmo tempo por duas DRTs, de acordo com o que dispõe o artigo 460, parágrafo único, do Código de Processo Civil, segundo o qual o provimento jurisdicional deve ser certo, mesmo ao decidir relação jurídica condicional. Ou seja, não se pode condicionar a procedência ou improcedência do pedido a evento futuro e incerto. Caso o infausto se suceda, caberá à autora ingressar com nova ação.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Por fim, o recurso adesivo da autora impugna o capítulo da sentença que versa sobre os honorários advocatícios, fixados, por equidade, em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que se mostra vil, apequenado, desproporcional e incompatível com o vulto econômico da causa, sua complexidade, e tempo, zelo e responsabilidade dos advogados, impondo-se sua revisão.

Esta C. 8ª Câmara já teve a oportunidade de se manifestar sobre os honorários em demandas envolvendo valores expressivo e, em situações excepcionais, vimos admitindo a mitigação da norma processual que estabelece os percentuais mínimo e máximo a serem aplicados sobre o valor do proveito econômico para apuração da condenação a esse título.

Com efeito, entendeu essa Câmara pela aplicação do critério da equidade, em casos análogos em que a fixação em percentual resultaria em prejuízo de extrema onerosidade ao erário público e não observaria a proporcionalidade dos honorários com a efetiva complexidade e trabalho exigidos pela causa: Apelação 1007871-17.2014.8.26.0053 - Rel. Antônio Celso Faria, julg. 09.03.2016.

Nesse sentido:

"Afirma o Min. Relator que também precisam reparo os honorários advocatícios, visto que a jurisprudência deste Superior Tribunal determina que, quando não há condenação, os honorários serão fixados segundo a apreciação equitativa do juiz, com base no § 4º do art. 20 do CPC. Diante do exposto, a Turma deu parcial provimento ao recurso. Precedentes citados: AgRg no Ag 326.119-MG, DJ 4/6/2001, e AgRg no Ag 717.109-SP, DJ 6/3/2006. REsp 980.132-PI, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 19/10/2010."

"A verba honorária, fixada "consoante apreciação equitativa do juiz" (art. 20, § 4º, CPC), **por decorrer de ato discricionário do magistrado, deve traduzir-se num valor que não fira a**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

chamada lógica razoável, pois, em nome da equidade, não se pode baratear a sucumbência, nem elevá-la a patamares pinaculares. Com esse entendimento, a Turma conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento para reduzir a verba honorária para duzentos mil reais para ambos os patronos, corrigidos a partir da data do julgamento até o dia do efetivo pagamento. REsp 651.282-RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 13/2/2007.”

No caso presente, contudo, tenho que o valor arbitrado não atende aos critérios norteadores de sua fixação constantes no art. 85 e §8º do CPC/2015, dentre os quais a razoabilidade e a proporcionalidade com o trabalho, tempo, zelo exigidos, sendo preciso manter em perspectiva o fato de que a ação envolve a cobrança de tributo em grande monta, revelou-se bastante complexa na tentativa de elucidação dos fatos e envolve responsabilidades financeiramente consideráveis, além da resistência apresentada pela Fazenda do Estado à pretensão da autora.

Por isso, no caso presente, entendo haver espaço à majoração da verba honorária, para que seja arbitrada, por apreciação equitativa, no valor equivalente a 1% (um por cento) do valor da causa, já inclusos os honorários recursais, quantia que bem remunera condignamente o trabalho desenvolvido pelo patrono da autora nos autos.

Diante do exposto, voto para negar provimento ao recurso da Fazenda do Estado e, dar parcial provimento ao recurso adesivo da autora, para majoração dos honorários advocatícios.

Leonel Costa

Relator