



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**Registro: 2019.0000669854**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 0177136-92.2011.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, é embargado ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TERESA RAMOS MARQUES (Presidente) e TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 19 de agosto de 2019.

**ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ**  
**RELATOR**  
**Assinatura Eletrônica**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**Embargos de Declaração Cível nº 0177136-92.2011.8.26.0100/50000**

**Embargante: Companhia Brasileira de Distribuição**

**Embargado: Estado de São Paulo**

Comarca: São Paulo

VOTO N. 5035/19

Embargos a execução fiscal. ICMS. Auto de infração. Creditamento indevido. Substituição tributária. Inteligência do art. 150, § 7º, da CF, do art. 66-B da Lei Estadual nº 6.374/89, com a redação dada pela Lei Estadual nº 9.176/95, do art. 270 do RICMS, da Portaria CAT 17/99 e da Portaria CAT 99/05 Documentos fornecidos pela embargante com base na Portaria CAT 17/99 sem as alterações promovidas pela Portaria CAT 99/05, inidôneos para creditamento do imposto. Aplicação da Portaria CAT 99/05 regulada pelo princípio 'tempus regit actum' que afasta a alegada retroatividade. Descumprimento da legislação tributária. Inteligência do art. 100 do CTN. Hígidez da multa punitiva aplicada de 100% do valor do tributo, que não viola a vedação ao confisco, a proporcionalidade ou a razoabilidade. Precedentes. Recurso não provido. Embargos rejeitados.

**VISTOS.**

Em relação a acórdão que negou provimento a apelação contra sentença que julgara parcialmente procedentes embargos a execução fiscal de AIIM relativo a creditamento indevido de ICMS, para afastar a aplicação da Lei 13.918/09, determinando sua substituição pela Taxa Selic (fls. 577/582), apresentou a Cia Brasileira de Distribuição embargos de declaração alegando que houve omissões por não ter a turma julgadora apreciado a questão à luz dos argumentos postos; disse que não houve manifestação quanto à desconsideração do laudo pericial que entendeu confirmada a existência de crédito de ICMS em favor da embargante, atestando, ainda, que a documentação apresentada é legítima e confiável para a apuração do crédito de ICMS; anotou que os arquivos magnéticos eram suficientes para corroborar suas alegações e embasar a perícia, que a autuação não decorreu de qualquer inidoneidade ou impugnação dos livros e notas, mas sim de suposta irregularidade dos valores inseridos nos arquivos magnéticos; observou que houve omissão quanto à possibilidade de creditamento extemporâneo e que há julgados entendendo a regularidade do creditamento realizado e a desnecessidade de apresentação de



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

cupons e notas fiscais; acrescentou que não houve manifestação quanto à irretroatividade da Portaria CAT 99/05 e que a fixação dos honorários deve observar o art. 85, § 2º, do CPC.

**É o relatório.**

Não há nulidade, erro, omissão, obscuridade, dúvida ou contradição a reconhecer. Trata-se de recurso por meio do qual a embargante tenta modificar julgado devidamente fundamentado, valendo-se dos embargos de declaração como nova apelação.

Nos embargos de declaração, mesmo com a finalidade de prequestionamento, devem ser observados os limites traçados no Código de Processo Civil, não sendo tal recurso o meio hábil ao reexame da causa (STJ – REsp. 11.465-0-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, DJU 15.2.93, pág. 1.665).

A Quarta Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou: “São numerosos os precedentes nesta Corte que têm por ocorrente o prequestionamento mesmo não constando do corpo do acórdão impugnado a referência ao número e à letra da norma legal, desde que a tese jurídica tenha sido debatida e apreciada.” (RESP 94852-SP, rel. Min. FONTES DE ALENCAR, DJ 13.9.99, pág. 1088).

E também, já decidiu o Supremo Tribunal Federal não ser necessária a citação expressa de dispositivos legais e constitucionais invocados pelo embargante: “O prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas, sim, que este tenha versado inequivocadamente a matéria objeto da norma que nele se contenha” (STF-Pleno, RE 141.788/9-CE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 6.5.93, não conheceram, maioria, DJU 18.6.93, p. 12.114, 2ª col.).

O acórdão considerou claramente as alegações da apelante e esclareceu que, diversamente do alegado por ela, conforme item 4.3 do laudo pericial (fls. 265) a perícia realizada foi considerada **totalmente prejudicada** diante da falta de apresentação pela embargante de documentos hábeis às apurações determinadas à vista do ponto controvertido.

O perito esclareceu que o laudo foi confeccionado “unicamente à vista dos documentos carreados aos autos”, ou seja, a embargante,



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

mesmo quando instada a apresentar as notas e cupons fiscais que originaram todo o processo relativo a Substituição Tributária, ficou inerte (fl. 269). Em esclarecimentos (fl. 419), voltou a afirmar que “não há respaldo de documentos fiscais e contábeis para demonstrar o **valor exato** do lançamento do crédito do ICMS, tido como indevido pelo fisco nas GIA's, mas tão somente o corpo documental disponibilizado pela CBD com o objetivo de comprovar a legitimidade dos créditos lançados, qual seja, seu controle extrafiscal denominado “Histórico da Utilização da CAT 17/99”. Entendeu, assim, inadmissível o creditamento do ICMS levado a efeito pela embargante; está o auto de infração, lavrado com base na legislação tributária, formalizado regularmente.

A turma julgadora deixou claro, por sua vez, que a legislação estadual vigente no período considerado no AIIM previa a possibilidade de ressarcimento do ICMS retido em razão da venda da mercadoria ao consumidor por preço inferior ao estimado, conforme se depreende do art. 66-B, inciso II, da LE nº 6.374/89; para tanto, deveria observar as regras do § 1º, ou seja, a necessidade de instrução do pedido de restituição com documentos comprobatórios do direito:

“Artigo 66-B - Fica assegurada a restituição do imposto pago antecipadamente em razão da substituição tributária:

II caso se comprove que na operação final com mercadoria ou serviço ficou configurada obrigação tributária de valor inferior à presumida.

§ 1º - O pedido de restituição, sem prejuízo de outras provas exigidas pelo fisco, será instruído com cópia da documentação fiscal da operação ou prestação realizada, que comprove o direito à restituição”.

Disse que esse dispositivo foi regulamentado pelos arts. 269-272 do RICMS que, no art. 269, § 2º remeteu a norma da Secretaria da Fazenda a previsão sobre a instrução do pedido administrativo:

“Artigo 269 - Nas situações adiante indicadas, o estabelecimento do contribuinte substituído que tiver recebido mercadoria ou serviço com retenção do imposto, observada a disciplina estabelecida pela Secretaria da Fazenda, poderá ressarcir-se:

I - do valor do imposto retido a maior, correspondente à diferença entre o valor que serviu de base à retenção e o valor



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

da operação ou prestação realizada com consumidor ou usuário final;

II - do valor do imposto retido ou da parcela do imposto retido relativo ao fato gerador presumido não realizado;

III - do valor do imposto retido ou da parcela do imposto retido relativo ao valor acrescido, referente à saída que promover ou à saída subsequente amparada por isenção ou não-incidência;

IV - do valor do imposto retido ou da parcela do imposto retido em favor deste Estado, referente a operação subsequente, quando promover saída destinada a outro Estado.

(...)

§ 2º - As situações indicadas no 'caput' serão comprovadas na forma estabelecida pela Secretaria da Fazenda”.

O art. 270, § 3º prevê, ainda, a responsabilidade do contribuinte que prestar informações incorretas no pedido de ressarcimento:

“Artigo 270 - O ressarcimento de que trata o artigo anterior poderá ser efetuado, alternativamente, observada a disciplina estabelecida pela Secretaria da Fazenda, nas seguintes modalidades:

I - Compensação Escritural: conjuntamente com a apuração relativa às operações submetidas ao regime comum de tributação, mediante lançamento no livro Registro de Apuração do ICMS;

II - Nota Fiscal de Ressarcimento: quando a mercadoria tiver sido recebida diretamente do estabelecimento do sujeito passivo por substituição, mediante emissão de documento fiscal, que deverá ser previamente visado pela repartição fiscal, indicando como destinatário o referido estabelecimento e como valor da operação aquele a ser ressarcido;

III - Pedido de Ressarcimento: mediante requerimento à Secretaria da Fazenda.

(...)

§ 3º - O ressarcimento previsto neste artigo: 1 - não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído por erro, omissão ou apresentação de informações falsas que levem a ressarcimento indevido;

2 - não impõe responsabilidade ao sujeito passivo por substituição, salvo a ocorrência de dolo, simulação, fraude ou a não-observância das disposições previstas na legislação”.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Esclareceu, outrossim, que a norma prevista no art. 269, § 2º do RICMS é a Portaria CAT nº 17/99, com as alterações da Portaria CAT 99/05, norma vigente à época da fiscalização, não havendo, assim, que falar em **retroatividade da norma, aplicando-se ao caso o princípio *tempus regit actum***.

Ademais, a nova redação do art. 13 da referida Portaria prevê: “O arquivo magnético do controle de estoque previsto nos artigos 4º e 5º será gerado e armazenado em conformidade com o gabarito de registro ('layout') e disciplina prevista no Manual de Orientação, anexo a esta Portaria, vigente na data de entrega do arquivo”, não diz respeito a elementos essenciais do tributo, mas de obrigação tributária acessória, cujo escopo é permitir a adequada fiscalização pela autoridade fazendária.

“Artigo 4º - O controle de estoque previsto no § 1º do artigo anterior, obedecerá ao modelo 3 anexo a esta portaria, denominado Controle de Estoque - Mercadorias Enquadradas na Substituição Tributária, observando-se as seguintes disposições:

§ 2º - O controle de estoque previsto neste artigo:  
8 - será escriturado mediante utilização de sistema eletrônico de processamento de dados, com manutenção do correspondente arquivo magnético, nos termos do artigo 13”.

A utilização do arquivo magnético encontra, portanto, autorização legal, não podendo prevalecer a pretensão do contribuinte de que as informações fossem aceitas em qualquer formato. O pedido de ressarcimento foi incorretamente instruído, motivo pelo qual, com fundamento no art. 10, § 7º, 1 da Portaria CAT nº 17/99 e 270, § 3º, 1 do RICMS, o contribuinte responde por seu erro e ausência de prova do alegado, condição que levou à lavratura do AIIM.

Com relação aos honorários, foi mantida a sucumbência recíproca fixada em primeiro grau, majorando em 10% os honorários devidos à FESP, nos termos do art. 85, § 11º do CPC, não havendo omissão a ser sanada, não se aplicando ao caso o disposto no art. 85, § 8º, do CPC.

Como se vê, não se justificam estes embargos de declaração, ante a decisão fundamentada, contrária aos interesses da ora embargante.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

“Ao Tribunal toca decidir a matéria impugnada e devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, tampouco se destina a responder argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia, observada a “res in iudicium deducta”, o que se deu no caso em exame” (EDcl no AgRg no Agravo de Instrumento n. 442.193-SP, STJ, rel. Min. Franciulli Netto, 19.08.04. v. RT 841/213-217, STJ, AgRg no REsp 462.431-RN, 16.08.05, rel. Min. Denise Arruda).

**Ante o exposto**, rejeitam-se os embargos de declaração.

**ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ**  
**RELATOR**