



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000355155

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Embargos de Declaração Cível nº 0000213-48.2011.8.26.0607/50000, da Comarca de Tabapuã, em que é embargante EXPRESSO RODOVIÁRIO TRANSCARMEN LTDA, é embargado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos de declaração, para atribuir efeito infringente. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR (Presidente), PERCIVAL NOGUEIRA E LEONEL COSTA.

São Paulo, 9 de abril de 2025

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto n. 27186

Embargos de Declaração nº 0000213-48.2011.8.26.0607/50000 (3)

Assunto: Tributário - ICMS

Embargante: Expresso Rodoviário Transcarmen Ltda.

Embargado: Estado de São Paulo

Comarca: Tabapuã

Relator: José Maria Câmara Junior

Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. DECISÃO COLEGIADA DE PROVIMENTO PARCIAL PARA O RECURSO DE APELAÇÃO.

ERRO MATERIAL E CONTRADIÇÃO. Configuração. Os vícios existentes no julgamento consistem na adoção de premissa fática equivocada a partir das informações extraídas da perícia realizada. Decisão colegiada reconheceu o creditamento indevido e o cabimento da multa aplicada pelo Fisco, mas estabeleceu a sucumbência recíproca ao considerar que o crédito real do contribuinte era de R\$ 66.895,15 e, portanto, inferior ao valor devido ao fisco (R\$ 306.388,79). A reanálise da planilha de cálculos da Fazenda, anuída pelo contribuinte, determina a contradição do v. acórdão, que deve ser alterado nesse capítulo. Existência de crédito real do contribuinte no valor de R\$ 401.384,80. Apuração do valor de R\$ 66.895,15 que corresponde ao crédito remanescente final, após os descontos de todos os valores devidos ao fisco. Inexistência de creditamento indevido. Anulação do auto de infração e da certidão de dívida ativa. A adequada análise da planilha de cálculos, a partir das informações lançadas e provadas, revela que a infração e a multa previstas no AIIM nº 3.118.769-9 não subsistem, porquanto são vinculadas à ocorrência de infração por creditamento indevido, o que não existiu. A infração do contribuinte decorre de descumprimento de obrigação acessória por irregularidade na escrituração do crédito tributário em livro fiscal. Hipótese de erro no enquadramento da infração imputada ao contribuinte, o que impede a retificação dos lançamentos. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Constatação de erro material da autuação e imposição de multa. Insubsistência e anulação do auto de infração n.º 3.118.769-9 e da respectiva CDA n.º 1.006.570.599. Prejudicada a análise do pedido subsidiário para a redução da multa originalmente aplicada pelo fisco. Incumbe ao Fisco os ônus de sucumbência. O resultado do julgamento afasta a sucumbência recíproca. Fazenda condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios fixados em 11% do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

valor do proveito econômico obtido com o ajuizamento da demanda, já consideradas as atuações em primeiro e segundo graus de jurisdição.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDO, COM EFEITOS INFRINGENTES.

EXPRESSO RODOVIÁRIO TRANSCARMEN LTDA opôs embargos de declaração aduzindo, em síntese, contradição e premissa fática equivocada, porque: (i) o valor de R\$ 66.895,15 corresponde ao crédito do contribuinte após os abatimentos dos valores devidos; (ii) concorda com os cálculos do embargado, que apurou em favor do embargante um crédito real total de R\$ 401.384,80; (iii) é necessário o reexame da questão atinente à multa, pois a consequência jurídica da inexistência de creditamento indevido do ICMS é a exclusão da multa, bem como dos juros moratórios; (iv) cabe ao embargado tão somente multa de 6 UFESPs; (v) a redistribuição das verbas sucumbenciais.

Foi apresentada resposta (8/10).

É o relatório.

A ação foi ajuizada pela empresa Expresso Rodoviário Transcarmen Ltda. contra o Estado de São Paulo, objetivando o reconhecimento do direito aos créditos oriundos de ICMS recolhido nas operações antecedentes (crédito real), para tornar insubsistente o Auto de Infração nº 3.118.769-9. Em apenso também tramitam a ação de execução nº 0000026-40.2011.8.26.0607 e os embargos à execução nº 0001545-16.2012.8.26.0607, que tratam da cobrança do referido AIIIM, em razão do reconhecimento da conexão a fls. 532/534 dos referidos embargos.

O juízo “a quo” julgou parcialmente procedente o pedido da ação declaratória e dos embargos à execução ao refutar o direito ao aproveitamento dos créditos ordinários e acolher a pretensão em relação aos juros de mora calculados na forma da Lei Estadual 13.918/2009 (fls.1856/1880).

A sentença foi anulada para a reabertura da fase

instrutória, com a determinação ao perito prestar esclarecimentos quanto ao crédito real apurado em favor da autora a fls. 1802/1810, no valor de R\$ 712.912,00.

Após impugnação da Fazenda, a *expert* prestou novos esclarecimentos (fls. 2060/2063), reconhecendo que o crédito real da autora, em observância aos artigos 66, §2º, item 1, e 67, inciso II, do RICMS e da Portaria CAT 25/2001, era de **R\$ 66.895,15**, conforme apurado pela Fazenda.

O autor, por sua vez, apenas informou a ciência em relação aos esclarecimentos, deixando de apresentar qualquer impugnação (fls. 2068), o que determinou a homologação do laudo pericial e de suas complementações pelo juízo *a quo* a fls. 2069.

Nova sentença foi proferida no sentido de (i) declarar a decadência do direito da autora de usar, utilizar, compensar e/ou transferir saldo credor proveniente de ICMS relativo ao período de julho/2005 a abril/2007, julgando extinto o processo neste capítulo, nos termos do art. 487, II, do CPC e (ii) julgar parcialmente procedentes os demais pedidos formulados na ação anulatória de débito fiscal e nos embargos à execução ajuizados pela empresa Expresso Transcarmen, para determinar o recálculo dos créditos tributários constituídos pelo AIIM nº 3.118.769-9, afastando a aplicação da Lei n. 13.918/2009 para fins de cálculo dos juros moratórios, limitando-se à taxa Selic, mantendo-se nos seus demais aspectos (fls. 2114/2137).

O contribuinte apelou e, em votação unânime, com declaração de voto convergente do 3º juiz, o recurso foi parcial provido para afastar a decadência e reconhecer o direito do autor de utilizar os créditos ordinários, porém limitado ao valor apurado pela Fazenda a fls. 2034/2039, considerando a presunção de veracidade e legitimidade de suas alegações, que não foram infirmadas oportunamente pela autora (fls. 2278/2294).

Foram rejeitados por unanimidade os embargos de declaração opostos pela empresa Expresso Transcarmen, que alegava a existência

de contradição e erro material por adoção de premissa fática equivocada (fls. 2299/2306 e 2311/2316).

O C. Superior Tribunal de Justiça conheceu e deu provimento ao Recurso Especial do contribuinte, para o fim de determinar a devolução dos autos para novo julgamento dos embargos de declaração (2489/2500).

A anulação foi determinada sob os fundamentos de que o acórdão dos embargos de declaração não se manifestou sobre (a) a existência de erro material/premissa equivocada a respeito do valor do crédito e (b) que o reconhecimento de que o crédito real de ICMS é superior ao crédito outorgado de ICMS possui reflexo na multa punitiva.

Muito bem.

Reconheço o erro material quanto ao valor total do crédito real que o embargante fazia jus à época da lavratura do auto de infração objeto da demanda, após reanálise dos cálculos Fazenda, anuídos pelo contribuinte e homologados pelo perito judicial e dos quais destaco os seguintes trechos de fls. 2028/2029, 2033/2034 e 2037:

Com efeito, como a Autora exerce a atividade de prestação de serviço de transporte rodoviário de cargas, verifica-se nas próprias GIAs por ele entregues, que muitas operações não são tributadas pelo ICMS. Logo, é inafastável o dever de efetuar o estorno do crédito de ICMS de combustível adquiridos a cada mês, proporcionalmente ao valor das prestações de serviço de transporte não tributadas, sob pena de violação ao próprio princípio constitucional da não cumulatividade (segundo o qual somente o que for efetivamente pago na operação anterior pode dar direito a crédito na posterior).

Por isso, a Fazenda Estadual pede especial atenção ao Demonstrativo elaborado pelo Assistente técnico, a partir das GIAs mensais entregues pela Autora, detalhando justamente as operações não tributadas e o consequente estorno por proporcionalidade.

Consequentemente, o valor informado pela D. Perita do Juízo como crédito real, no montante de R\$719,912,00, está incorreto.

Assim, a Fazenda Estadual manifesta sua discordância com a

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

conclusão final do laudo pericial, tanto em relação ao valor como em relação à própria conclusão existência da totalidade do crédito real de ICMS em favor da Requerente.

Por cautela, como o laudo foi enviado de forma digitalizada, a Fazenda Estadual pede vênia para abaixo transcrever a conclusão da análise do Assistente Técnico da requerida, que fica fazendo parte integrante desta manifestação, traduzindo a posição da Fazenda Pública, a saber:

(...)

Como se depreende do Demonstrativo I, no período de 07/2005 a 04/2007, o valor das prestações de serviço de transporte não tributadas pelo ICMS é de R\$9.598.746,57 e o valor total das prestações de serviço de transporte (tributadas e não tributadas) é de R\$13.915.082,08, representando um índice de proporcionalidade de 68,98%

*Assim, referido Demonstrativo implicaria, em tese, **estorno mínimo mensal** que indica **média de 68,98%** dos valores de crédito de ICMS relativos à aquisição de combustível.*

Portanto, o valor informado pela Sra. Perita do Juízo, como crédito real a ser conferido ao contribuinte, de R\$712.912,00, não é correto, já que deve ser objeto de estorno de 68,98%, ou seja, de R\$491.766,70, resultando, em tese, no valor líquido de R\$221.145,30.

(...)

O Demonstrativo IV – Apuração do Saldo Final de ICMS trata do refazimento do demonstrativo pericial de fls. 1.713.

O perito conferiu ao executado o valor total de crédito de ICMS pelas notas fiscais de aquisição de diesel de R\$1.047.401,65, quando, na verdade, o valor correto por nós apurado seria de R\$401.384,80, conforme Demonstrativo III supra.

Consequentemente, a apuração mensal no período foi refeita. O perito apurou um saldo final de ICMS de R\$712.912,00, quando o valor correto por nós apurado é de apenas R\$66.895,15, conforme Demonstrativo IV supra. Grifo nosso.

Como se vê, valor total do crédito real do contribuinte, no período de julho de 2005 a abril de 2007, é de R\$401.384,30, conforme indicado no Demonstrativo III, do qual, após os descontos cabíveis, incluindo o valor do crédito indevidamente escriturado como “outorgado” (R\$306.388,79), restou a quantia de R\$66.895,15:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Resultado: Valor de Crédito de ICMS apurado: R\$ 401.384,80

Demonstrativo IV - Apuração do Saldo Final de ICMS

Mês de Referência	Saldo Credor Mês Anterior	Créditos por Entradas		Débito por Aprov. Créd. Outorgado	Débito por Saídas e Outros Débitos	Saldo Final de ICMS - Mês
		Outros Créditos	Crédito de ICMS Real (Demo. III)			
07/2005	378.332,16	2.321,20	14.004,07	16.651,44	17.956,01	360.049,98
08/2005	360.049,98	2.519,77	21.745,41	19.954,63	25.597,49	338.753,04

(...)

03/2007	63.117,72	348,18	35.205,31	4.960,21	19.376,38	74.334,62
04/2007	74.334,62	341,45	25.563,24	6.347,56	26.996,60	66.895,15
Totais:	62.855,03	401.384,80	306.388,79	469.288,05		

O Demonstrativo IV - Apuração do Saldo Final de ICMS

trata do refazimento do demonstrativo pericial de fls. 1.713.

Logo, o crédito real a que o contribuinte fazia jus no referido período, de fato, é superior ao valor que era devido ao fisco.

Consequentemente, a infração e a multa previstas no AIIM nº 3.118.769-9 não subsistem, porquanto são vinculadas à infração por creditamento indevido¹ (vide fls. 38/42 dos autos principais), o que comprovadamente não ocorreu na hipótese dos autos.

Na verdade, a infração do contribuinte decorre de um descumprimento de obrigação acessória por irregularidade na escrituração do crédito tributário em livro fiscal, razão pela qual o auto de infração n. 3.118.769-9 e da respectiva CDA nº 1.006.570.599 devem ser anulados.

E, nesse ponto, observo que não há falar em retificação, pois se trata de equívoco no enquadramento da conduta indevida do embargante, o que impede considerá-lo como mero erro material ou formal na linha do que tem sido interpretado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em

¹ Artigos. 58, 61, §10, 62 e 527, inciso II, alínea “j” c.c os parágrafos 1º e 10, todos do RICMS/00 (Dec. 45.490/00), além do art. 11, §§ 1º e 2º, do Anexo III, desse mesmo regulamento.

caso análogo ao presente:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. MEROS CÁLCULOS ARITMÉTICOS. REQUISITOS LEGAIS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ (RESP 1.045.472/BA, REL. MIN. LUIZ FUX, DJe 18.12.2009).

I - Hipótese em que o Tribunal de origem, com base no conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que não se está diante de mero equívoco material ou formal; e que, além do próprio vício de constitucionalidade da norma legal em que se fundamenta a CDA, a CDA substitutiva apresentou valor total superior ao que constava na CDA originária, caracterizando a modificação do próprio lançamento.

Rever tal entendimento implica reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado em recurso especial. Enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

II - O entendimento expresso no acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência do STJ, conforme o enunciado n. 392 da Súmula do STJ e o Resp 1.045.472/BA, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, segundo o qual somente é necessária a intimação para emenda à exordial na hipótese de erro material ou formal do título, até a prolação da sentença, desde que não implique modificação do sujeito passivo da execução ou do fundamento legal do próprio lançamento tributário.

III - Agravo interno improvido. Grifo nosso.

(AgInt no REsp n. 1.595.366/RJ, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 3/8/2017, DJe de 14/8/2017.)

A anulação do auto de infração e da CDA inibe a análise do pedido subsidiário para a redução da multa originalmente aplicada pelo fisco.

O tema que gravita em torno da hipótese de descumprimento da obrigação acessória extrapola os limites objetivos da ação declaratória e dos embargos à execução fiscal.

Diante do julgamento conjunto já referenciado no acórdão da apelação, dou provimento à ação declaratória, acolho os embargos à execução e julgo extinta a execução fiscal.

Por fim, condeno a Fazenda ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como da verba honorária em favor do advogado do contribuinte, fixada em 11% do valor do proveito econômico obtido com o ajuizamento da demanda. Os honorários arbitrados englobam a atuação da parte em primeiro e segundo graus de jurisdição.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração, com
efeitos infringentes

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR
Relator