



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000394410

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1045549-27.2018.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado BRIDA LUBRIFICANTES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª 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 Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), AFONSO FARO JR. E AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 24 de abril de 2025.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 33.640

COMARCA: SÃO PAULO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº
1045549-27.2018.8.26.0053/50000
EMBARGANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EMBARGADA: BRIDA LUBRIFICANTES LTDA.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº
1045549-27.2018.8.26.0053/50001
EMBARGANTE: BRIDA LUBRIFICANTES LTDA.
EMBARGADA: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Efeitos Infringentes – Prequestionamento – O acolhimento dos embargos declaratórios predispõem a ocorrência de um dos pressupostos apontados no artigo 1022 e seus incisos do Código de Processo Civil, quais sejam, a ocorrência de omissão, contradição, obscuridade e até mesmo erro material, mas não podem se prestar, a não ser em casos excepcionabilíssimos, a dar efeitos infringentes ao julgado – Inexistência de quaisquer dessas hipóteses – O julgador não está obrigado a se manifestar expressamente sobre todos os argumentos trazidos pela parte, basta que tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar a sua convicção – Precedentes deste Egrégio Tribunal, do STJ e STF - Embargos rejeitados.

Trata-se de embargos de declaração opostos pela Brida Lubrificantes Ltda. e pela Fazenda do Estado de São Paulo face do v. acórdão (fls. 953/964) proferido na apelação nº 1045549-27.2018.8.26.0053, que deu provimento em parte ao recurso, para declarar que o contribuinte tem direito ao ressarcimento dos valores pagos 'a maior' a título de ICMS recolhidos sob o regime de substituição tributária, sem a restrição prevista no § 3º, do artigo 66-B, da Lei Estadual nº 6.374/89, com relação a operações ocorridas a partir de

19/10/2016; e, mediante apuração em processo fiscalizatório administrativo, há a possibilidade de creditamento em restituição ou compensação, conforme as regras previstas pelo Fisco. Invertidos os ônus da sucumbência.

Alega a FESP/ré (final 50000) omissão no v. acórdão, quanto à modulação dos efeitos do Tema nº 201 do STF, aduzindo que, apesar do direito da autora em postular o ressarcimento dos valores desembolsados a maior a título de ICMS, o requerimento deve se dar em conformidade com o Comunicado CAT nº 14/2018, observando a modulação dos efeitos do Tema nº 201 do STF, ou seja, somente aos fatos geradores havidos após a prolação da r. Decisão. Sustenta, ainda, que, no que tange à restituição do ICMS-ST, o assunto é expressamente tratado na modulação dos efeitos do julgamento do RE 593.849/MG, pela sistemática de repercussão geral – Tema nº 201 do STF, ademais, é preciso considerar que no âmbito do Estado de São Paulo, aplica-se o quanto decidido no julgamento do STF na ADI 2777/SP, assim, para eventual restituição da diferença decorrente do valor da base de cálculo presumida e do valor efetivamente praticado, diante da improcedência da ADI 2777/SP, é imperioso observar o procedimento previsto na legislação estadual e decretos regulamentares sobre a matéria, submetendo-se, inclusive, o pedido de ressarcimento ao crivo da Administração Tributária (Sefaz/SP), para evitar abusos por parte dos contribuintes. Por fim, aduz que ao não observar a modulação dos efeitos do tema 201e a improcedência da ADI 2777/SP, o v. acórdão violou os artigos 150, §7º da Constituição da República, e 10, § 1º da Lei Complementar nº 87/96. Requer o prequestionamento.

Determinou-se a intimação da embargada, para que se manifestasse acerca do recurso, nos termos do disposto no art. 1.023, § 2º, do CPC. Manifestação apresentada requerendo a rejeição dos embargos interpostos.

Por sua vez, alega Brida Lubrificantes Ltda. /autora (final 50001) omissão no v. acórdão, pois não se enfrentou de forma específica a questão atinente ao teor do acórdão prolatado na ADI 2.777 e à ausência de modulação dos efeitos do *decisum*, afirmando que, no âmbito do TJSP, há a compreensão de que, por força da decisão prolatada na ADI 2777, a modulação do Tema 201/STF não se aplica ao Estado de São Paulo; bem como o v. acórdão foi omissivo sobre a decisão proferida pelo Órgão Especial do TJSP nos autos do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade 0033098-49.2018.8.26.0000, que, em 2019, acolheu a suscitada inconstitucionalidade do § 3º do inciso II do art. 66-B da Lei Estadual 6.374/1989 e, ao modular os efeitos da decisão nos mesmos moldes do RE 593.849/MG, ressaltou as ações já ajuizadas, tal qual a presente, proposta no ano de **2018**. Aduz, ainda, que o v. acórdão é contraditório no que tange à atualização monetária, afirmando que a própria LC 87/1996 prevê no art. 10, § 1º, a aplicação dos consectários legais no caso de restituição do ICMS pago a maior na substituição tributária. Aduz que, no presente caso, o contribuinte recolheu o tributo a maior, houve ingresso de numerário nos cofres públicos e, diante da recalcitrância do Fisco, surgiu a necessidade de ajuizamento de ação para restituição dos valores indevidamente cobrados a maior. Assim, como o Estado de São Paulo adota a taxa SELIC na cobrança de sua dívida, o STJ firmou o entendimento, em recurso repetitivo, no sentido de que, em território paulista, na devolução do tributo a SELIC deve ser aplicada a partir de cada recolhimento indevido. Entender de forma diversa, indubitavelmente, implicaria enriquecimento indevido do Estado, que reteve por todos esses anos o dinheiro do contribuinte e devolveria sem a necessária atualização. Tal situação caracterizaria ofensa aos arts, 10, § 1º, da LC 87/96; 884 do CC; 165, I, e 167 do CTN e art, 5º, caput e XXII, da Constituição Federal. Requer o prequestionamento.

Determinou-se a intimação da embargada, para que se manifestasse acerca do recurso, nos termos do disposto no art. 1.023, § 2º, do CPC. Ausente manifestação.

É o relatório.

Conheço dos embargos de declaração opostos, pois tempestivos, mas rejeito-os no mérito.

Não há no julgado qualquer omissão, contradição ou obscuridade, uma vez que, diferentemente do alegado, houve pronunciamento expresso acerca da matéria impugnada:

***ICMS-ST - Ação declaratória c/c repetição de indébito - Pretensão de assegurar a restituição de valores recolhidos em excesso pelo sistema de substituição tributária, observada a prescrição quinquenal - Entendimento firmado no E. STF no sentido de ser devida a restituição da diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida (RE nº 593.849/MG - Tema nº 201) - Repetição que deve observar a modulação dos efeitos resultantes do julgamento do Tema nº 201 - Sentença reformada.
Recurso provido em parte.
(...)***

Todavia, recentemente, a Suprema Corte novamente se debruçou sobre a matéria e, desta vez, houve por bem alterar parcialmente o posicionamento antes adotado. No julgamento do RE 593.849/MG (Tema nº 201), os Ministros acolheram a tese de que "é devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida". Referido julgado restou assim ementado:

***"RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO
TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE
CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E
SERVIÇOS ICMS. SUBSTITUIÇÃO***

TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851.

1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: "É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida".

2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições.

3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS.

4. O modo de raciocinar "tipificante" na

seara

tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta.

5. De acordo com o art. 150, § 7º, in fine, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado.

6. Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral.

7. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, § 10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas

Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, § 11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado.

8. Recurso extraordinário a que se dá provimento". (STF, RE 593.849/MG, Rel. Min. Edson Fachin, j. 19.10.2016).

Em âmbito estadual, a Lei nº 6.374/1989, em seu art. 66-B, inciso II, já disciplinava a matéria, prevendo a possibilidade de que, na sistemática da substituição para frente, o sujeito passivo pudesse ser restituído nos casos em que a base de cálculo efetiva do ICMS fosse inferior à presumida, conforme se observa:

(...)

Inclusive, o inciso II do referido artigo legal foi objeto de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI nº 2777/SP), por suposta violação ao texto do art. 150, § 7º, da Carta da República. Em perfeita harmonia com as conclusões alcançadas no julgamento do aludido RE nº 593.849/MG, o STF julgou, também no dia 19.10.2016, a ADI improcedente, assim consignando:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUTÁRIO. COMPATIBILIDADE DO INCISO II DO ART. 66-B DA LEI 6.374/1989 DO ESTADO DE SÃO PAULO (ACRESCENTADO PELA LEI ESTADUAL 9.176/1995) COM O § 7º DO ART. 150 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE AUTORIZA A RESTITUIÇÃO DE QUANTIA COBRADA A MAIOR NAS HIPÓTESES DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE EM QUE A OPERAÇÃO FINAL RESULTOU EM VALORES INFERIORES ÀQUELES UTILIZADOS PARA EFEITO DE INCIDÊNCIA DO ICMS. ADI JULGADA IMPROCEDENTE.

I - Com base no § 7º do art. 150 da Constituição Federal, é constitucional exigir-se a restituição de quantia cobrada a maior, nas hipóteses de substituição tributária para frente em que a operação final resultou em valores inferiores àqueles utilizados para efeito de incidência do ICMS.

II - Constitucionalidade do inc. II do art. 66-B da Lei 6.374/1989 do Estado de São Paulo (acrescentado pela Lei estadual

9.176/1995).

III - Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente". (STF, Tribunal Pleno, ADI 2.777/SP, rel. Min. Cezar Peluso, Rel. p. Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. 19.10.2016).

Dessa forma, em função dos julgamentos supracitados, não há como se afastar o direito de restituição da quantia cobrada a maior do sujeito passivo da obrigação tributária, nos casos em que a base de cálculo efetiva se mostrar inferior à presumida.

A restituição dos valores recolhidos a maior, deve observar a modulação dos efeitos do julgamento do RE nº 593.849/MG (Tema nº 201). Nesse sentido:

"SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA. SÚMULA DE JULGAMENTO. ATA DE JULGAMENTO. PREMISSAS FÁTICAS. SUPORTE NORMATIVO. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. CONTRADIÇÃO. OMISSÃO. NÃO CONFIGURADA. ESCLARECIMENTO. POSSIBILIDADE. (...)

4. A tese de julgamento que consta em ata de julgamento publicada no Diário Oficial possui força de acórdão, até a publicação deste. Assim, o marco temporal de observância da orientação jurisprudencial para casos futuros ajuizados após o julgamento do paradigma deve ser considerado a partir da publicação da tese ou súmula da decisão em meio oficial. Arts. 1.035, §11, e 1.040 do CPC. (...)" (RE nº 593849 ED-segundos, Rel. Min. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, j. em 08/11/2017)

Ademais, restou consignado, nos Embargos de Declaração no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0033098-49.2018.8.26.0000/50000 (Rel. Xavier de Aquino, j. 18/09/2019), que a modulação dos efeitos do acórdão deve observar o que foi fixado na Tese de Repercussão Geral nº 201 do STF.

Desta forma, necessário consignar que o direito ora declarado não se estende aos recolhimentos relativos ao período anterior ao julgamento do RE nº 593.849, no qual se consignou expressamente que a alteração de entendimento do Pretório Excelso operaria efeitos para o futuro.

Portanto, o contribuinte tem direito ao ressarcimento dos valores pagos 'a maior' a título de ICMS recolhidos sob o regime de substituição tributária, sem a restrição prevista no § 3º, do artigo 66-B, da Lei Estadual nº 6.374/89, com relação a operações ocorridas a partir de 19/10/2016.

Necessário consignar que o direito à restituição do imposto recolhido em excesso não equivale à garantia de inexistência de procedimento prévio e de exigências fiscalizatórias.

Isto porque, o art. 66-B da Lei Estadual nº 6.374/89, em seu inciso II, permite a restituição "caso se comprove que na operação final com mercadoria ou serviço ficou configurada obrigação tributária de valor inferior à presumida".

A necessidade de que se proceda à fiscalização e discussão acerca da ocorrência, de fato, de base de cálculo efetiva inferior à presumida não implica restrição do direito e em nada se incompatibiliza com o teor dos julgamentos do STF explicitados, que trataram da matéria.

Portanto, mediante apuração em processo fiscalizatório administrativo, há a possibilidade de creditamento em restituição ou compensação, conforme as regras previstas pelo Fisco.

Assim, por não tratar este caso específico propriamente de indébito tributário, respeitado entendimento contrário, reputo incompatível a imediata aplicação de consectários legais, os quais não se mostram compatíveis com a natureza do eventual crédito a ser aproveitado. Isto porque, os consectários legais incidem sobre o débito tributário devidamente constituído ou quando recolhido em atraso, o que não corresponde ao crédito escritural, caracterizado como técnica de contabilização para a equação entre débitos e créditos, a fim

***de fazer valer o princípio da não-cumulatividade, não sendo de mais acrescentar que o art. 38 da Lei nº 6.374/89 dispõe expressamente que a escrituração será feita pelo valor nominal.
(...)***

Anote-se, ainda, que não prospera a contradição apontada pela autora, no que tange à atualização monetária. Ademais, destaca-se a impossibilidade de aplicação da taxa Selic diante da inexistência, no caso concreto, de mora pela Administração Pública. A taxa Selic congrega índices de correção monetária e juros de mora, no caso em questão não restou configurada a mora do Fisco, sendo descabida a aplicação da referida taxa e devida a aplicação do IPCA. De rigor, destarte, o prévio processamento do pedido administrativo, como, aliás, constou no acórdão embargado. Confira-se o dispositivo: *“Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento em parte ao recurso, nos termos acima, ou seja, para declarar que o contribuinte tem direito ao ressarcimento dos valores pagos 'a maior' a título de ICMS recolhidos sob o regime de substituição tributária, sem a restrição prevista no § 3º, do artigo 66-B, da Lei Estadual nº 6.374/89, com relação a operações, ocorridas a partir de 19/10/2016; e, mediante apuração em processo fiscalizatório administrativo, há a possibilidade de creditamento em restituição ou compensação, conforme as regras previstas pelo Fisco. Invertidos os ônus da sucumbência”.*

Na verdade, há confronto entre o que ficou decidido e a tese sustentada pelas embargantes, que não foram aceitas pela E. Turma Julgadora. Nesse caso, é forçoso convir que o inconformismo manifestado se reveste de nítido caráter infringente ao julgado e como tal não comporta apreciação em sede de embargos de declaração.

Frise-se que, se a apreciação não atendeu o posicionamento das embargantes, não cabe em sede do presente recurso

a irresignação, o que em princípio eventualmente poderá ser discutido em Tribunal Superior, desde que haja a sua admissão.

Desta forma, eventual apreciação do pedido formulado nos presentes embargos acarretaria na indubitável reapreciação do mérito e, até mesmo, na hipótese de acolhimento dos referidos embargos, dar-se-ia efeitos infringentes ao referido julgado.

Como é cediço, os embargos de declaração não se prestam à manifestação de inconformismo da parte em relação à decisão proferida.

Veja-se, a propósito, julgado publicado no Informativo nº 0046, do Superior Tribunal de Justiça, período: 7 a 11 de fevereiro de 2000, a pedido de sua Quinta Turma:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REEXAME DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE.

O Tribunal a quo acolheu os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para não reconhecer o direito dos autores ao reajuste de 84,32% referente à variação do IPC em março de 1990, em virtude do entendimento firmado no STF contrário ao aumento. A Turma deu provimento ao recurso porque o entendimento neste Superior Tribunal e no Supremo Tribunal Federal é de que os embargos declaratórios não são meio processual adequado para reexame da matéria de mérito com o objetivo de ajustá-la à orientação posteriormente firmada. Precedentes citados - no STJ: EDcl no REsp 75.197-SP, DJ 23/6/1997; REsp 141.758-DF, DJ 1º/2/1999; REsp 137.041-RS, DJ 2/3/1998, e EDcl no MS 6.311-DF, DJ 17/12/1999; - no STF: EDcl no ROMS 22.835-4, DJ 23/10/1998, e Ag 165.432-PR, DJ 3/10/1997." (REsp 199.438-RJ, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 8/2/2000, publicado no Informativo nº 0046, Período: 7 a 11 de fevereiro de 2000, da Quinta Turma) (g.n.)

Ademais, já é pacífico tanto nesta Câmara, quanto neste Egrégio Tribunal de Justiça, que o julgador não está

obrigado a se manifestar expressamente sobre todos os argumentos trazidos pela parte, basta que tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar a sua convicção. Respeitada, pois, essa premissa, não há que se falar em ocorrência de quaisquer dos motivos do art. 1022 do Novo Código de Processo Civil (art. 535 do CPC/73). Veja-se, a propósito, os seguintes julgados:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO _ AÇÃO CIVIL PÚBLICA _ IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – O litígio versa sobre eventual existência de danos ao erário – Competência da Justiça Estadual – Inocorrência de infração ao artigo 114 da Constituição Federal, que rege a competência da Justiça do Trabalho – Propósito exclusivo de prequestionamento – Ausência de omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada – Não preenchimento dos requisitos inerentes ao recurso, expressamente exigidos pelo artigo 535 e seus incisos do Código de Processo Civil – Inadmissibilidade - Rejeição. (Embargos de Declaração nº 640.219.5/7-01, Relator Desembargador Dr. Prado Pereira, 12ª Câmara de Direito Público – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Omissão - Inocorrência - Acórdão que rejeitou outros embargos de declaração - Alegação do embargante de necessidade de prequestionamento - Inadmissibilidade - Pquestionamento já ocorrido e examinado pela turma julgadora - Juiz não está obrigado a responder todas questões das partes - Julgado que enfrentou bem a quaestio juris levantada - Observância ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil - Embargos não conhecidos - O Juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos. (Relator: Quaglia Barbosa - Embargos de Declaração n.º 226.247-2 - São Paulo - 16.08.94)"

No mesmo sentido, vide: Embargos de

Declaração nº 307.985.5, Relator Desembargador Luiz Ganzerla; Embargos de Declaração nº 182.852.5/5-1, Relator Desembargador Aroldo Viotti e Embargos de Declaração nº 334.027.5-2/1, Relator Desembargador Francisco Vicente Rossi, todos desta 11ª Câmara de Direito Público.

Já disse, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça: "a função judicial deve ser marcada pela atuação prática, sendo de relevo a análise das teses discutidas no processo enquanto necessárias ao julgamento da causa" (STJ, 2ª Turma, REsp n. 15.540-SP, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 1-04-1996, DJU 06-05-1996, p. 14.399).

Consigne-se, no mais, inexistir ofensa aos dispositivos legais e constitucionais mencionados nos presentes embargos, **assim como que deve a embargante atentar-se para a regra do artigo 1026, §2º do CPC.**

Ante o exposto, tendo em vista a inexistência de qualquer vício no julgado embargado, meu voto é pela rejeição dos presentes embargos declaratórios.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR
Relator