

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL**

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 0114579-12.2007.8.19.0001  
APELANTE: CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.  
APELADO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**RELATORA: DESEMBARGADORA LEILA ALBUQUERQUE  
SESSÃO DE JULGAMENTO: 16 DE NOVEMBRO DE 2010**

**EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL.  
ICMS. MERCADORIAS DETERIORADAS.  
AUSÊNCIA DE ESTORNO.  
SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.  
AGRAVO RETIDO DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO EM FACE DA DECISÃO QUE  
FIXOU HONORÁRIOS PERICIAIS.  
APELAÇÃO DO EMBARGANTE  
ALEGANDO QUE A AUTORIDADE  
FISCAL REALIZOU O ARBITRAMENTO  
DE FORMA ILEGAL E  
DESPROPORCIONAL, DEVENDO SER  
ADOTADO O PERCENTUAL MÍNIMO  
OU MÉDIO ENCONTRADO NA PERÍCIA.  
REQUER, AINDA, MANIFESTAÇÃO EM  
RELAÇÃO À MULTA APLICADA NO  
AUTO DE INFRAÇÃO E REDUÇÃO DA  
VERBA HONORÁRIA DE  
SUCUMBÊNCIA.**

Não resta configurado interesse público a justificar a intervenção do Ministério Público na defesa de mero interesse patrimonial-

*Des. Leila Albuquerque*



econômico da Fazenda Pública. Alcance da Súmula 189 do S.T.J.

**NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO RETIDO.**

Obrigatoriedade do estorno do creditamento do ICMS quanto a mercadorias que vierem a perecer que tem previsão no artigo 21, inciso IV, da Lei Complementar nº 87/96 e no artigo 37, inciso IV, da Lei nº 2.657/96. No caso, não houve a circulação da mercadoria, que apenas entrou no estabelecimento, mas não foi vendida porque pereceu, deteriorou-se ou extraviou-se, não se aplicando o critério da compensação, inexistindo qualquer ofensa à Constituição Federal ou à legislação aplicável, posto que o princípio da não cumulatividade inserto no artigo 155, § 2º, inciso I, não exclui a obrigatoriedade do estorno do crédito fiscal, disciplinada na forma de lei complementar, nos termos previstos no inciso XII, c, do mesmo artigo da Carta Magna.

O Embargante não logrou comprovar que o arbitramento fiscal foi indevido ou ilegal. Procedimento adotado pela autoridade fiscal que se deu com fincas no artigo 148 do C.T.N. e no artigo 75 da Lei nº 2.657/96, não demonstrada a desproporcionalidade do percentual aplicado.

Prova pericial que refere-se aos anos de 2003 a 2006, ao passo que a autuação é relativa a débitos dos anos de 1998 e 1999, não podendo ser adotados os percentuais apurados, em respeito aos limites restritos e definidos da



legislação tributária e não estando presente dúvida resultante das circunstâncias descritas no artigo 112 do C.T.N.

A multa aplicada no A.I. não foi impugnada nos Embargos nem questionada na prova pericial, descabendo por completo a inovação do tema em sede de Apelação.

Reforma parcial da sentença para reduzir a verba honorária ante contradição do julgado na sua fixação.

**PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº **0114579-12.2007.8.19.0001**, em que é Apelante **CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.** e Apelado **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**;

**ACORDAM** os Desembargadores que compõem a Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **unanimidade** de votos, em **não conhecer** do Agravo Retido interposto pelo Ministério Público e, no mérito, **dar parcial provimento** ao recurso de Apelação do Embargante, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Trata-se de Embargos à Execução Fiscal, alegando o Embargante, Carrefour Comércio e Indústria Ltda., que o A.I. que informa a C.D.A. por infringência aos artigos 32, 37, inciso IV, e 59 da Lei nº 2.657/96,

*T.J. – 18ª C. Cível*  
*Ap. nº 0114579-12.2007.8.19.0001*  
*Des. Leila Albuquerque*

3



viola o princípio da não-cumulatividade do ICMS, ao imputar ao Embargante não ter realizado o estorno de créditos do imposto em caso de mercadoria perecida, deteriorada, extraviada ou furtada dentro do seu estabelecimento, arbitrando genérica e aleatoriamente um percentual sobre toda a mercadoria adquirida no período. Alega inexistir impedimento ao aproveitamento de crédito decorrente do ICMS pago pela aquisição de mercadorias se essas, posteriormente, não forem vendidas ao consumidor final, afirmando que a compensação não se faz em relação à mercadoria em si, mas ao complexo de operações nas quais incidam o ICMS, período por período. Invocou a Constituição Federal, a Lei Complementar nº 87/96 e as leis estaduais nº 1.423/89 e 2.657/96.

Na Impugnação, o Estado, em síntese, sustentou que a autoridade fiscal atuou de acordo com a legislação tributária, aplicando critério adequado ao apontar o valor das mercadorias perdidas, extraviadas ou deterioradas, utilizando o percentual de 2% relativo ao setor de supermercados sobre o valor dos créditos escriturados. Aduz que não efetuou o arbitramento do valor total das operações que decorreram de créditos à Embargante, como alegado.

Laudo pericial a fls. 130/141.

Agravo Retido interposto pelo Ministério Público a fls. 177/181, insurgindo-se em face da decisão que homologou os honorários periciais em R\$ 15.000,00.

Por sentença a fls. 183/189 foi julgado improcedente o pedido formulado nos Embargos, condenado o Embargante ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios.

Recurso de Apelação, com razões a fls. 198/243, alegando o Embargante que a prova pericial indica que o arbitramento foi realizado com base no total das operações, sem discriminação das mercadorias, extrapolando



a autoridade fiscal a possibilidade de arbitramento apenas em casos excepcionais e na hipótese de serem omissos ou que não mereçam fé os documentos fiscais do contribuinte, na forma do artigo 148 do C.T.N. Em atenção ao princípio da eventualidade, requer seja aplicado o menor percentual encontrado pelo Perito e não o maior, devendo prevalecer os cálculos da perícia sobre o arbitramento aleatório realizado pelo Fisco, aplicando-se o princípio “*in dubio pro contribuinte*”, adotando-se o percentual de 0,23% ou o de 0,31%. Aduz que não houve análise na sentença quanto à aplicação da multa, o que se impõe, postulando, ainda, a nulidade da C.D.A. ‘por falta de clareza’. Pede a reforma da sentença também quanto à fixação dos honorários advocatícios em R\$ 35.000,00.

Contrarrazões a fls. 268/275.

Manifestação do Ministério Público a fls. 280/281, renovando o Agravo Retido e opinando pelo desprovimento do recurso.

Manifestação da douta Procuradoria de Justiça no sentido do provimento do Agravo Retido e do desprovimento da Apelação.

### **É o Relatório.**

Partes capazes e bem representadas, o recurso é tempestivo, impondo-se o seu conhecimento.

O Ministério Público agravou retido em face da decisão que fixou os honorários periciais em R\$ 15.000,00 por entender excessivo o valor arbitrado. Dentre as razões expendidas, além de considerar o valor “incompatível com o trabalho a ser desenvolvido e com a realidade econômica do país”, salientou que “o direito se mostra indisponível em relação ao Réu, eis que envolve o erário público, devendo ser impedido que o Estado do Rio



de Janeiro pague além do que é devido no presente processo, em caso de procedência da demanda.”

O recurso está prejudicado, posto que formulado após o depósito do valor pelo Embargante, a realização da perícia e o levantamento dos honorários pelo *expert*, afigurando-se desprovido de fundamento legal o pedido de redução dos honorários periciais para R\$ 8.000,00, com a devolução pelo Perito ao Juízo do valor recebido a maior.

A homologação da verba honorária pericial se deu em consonância com a regra processual, oportunizada às partes devida manifestação, sendo reduzida de R\$ 35.000,00 – valor apresentado pelo Perito – para R\$ 15.000,00, o que foi aceito pela Embargante e pelo Estado.

É certo que o órgão do Ministério Público não foi intimado da decisão que fixou os honorários, interpondo o recurso por ocasião da vista para parecer de mérito.

Com efeito, desnecessária a intimação do Ministério Público para opinar ou formular requerimento em questão exclusivamente patrimonial, ausente interesse público a justificar a intervenção do órgão.

A possibilidade de derrota do Fisco e a consequente condenação a restituir à Embargante os honorários periciais adiantados, é do interesse da Administração Pública, inserindo-se no âmbito do interesse público secundário, atinente ao interesse patrimonial da Fazenda Pública em minimizar eventual prejuízo financeiro e não propriamente interesse público primário pertinente à sociedade.

O S.T.J. possui entendimento sumulado no sentido de que a intervenção do Ministério Público nas Execuções Fiscais é desnecessária, ante o caráter exclusivamente patrimonial do objeto perseguido, repercutindo na legitimidade do órgão para officiar em tais feitos:

*T.J. – 18ª C. Cível*  
*Ap. nº 0114579-12.2007.8.19.0001*  
*Des. Leila Albuquerque*

Súmula 189:

“É DESNECESSÁRIA A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS EXECUÇÕES FISCAIS.”

“PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE. SÚMULA 189/STJ.

1. **Em face do caráter patrimonial e disponível dos interesses perseguidos na execução fiscal, ausente, portanto, o interesse público, não possui o Parquet legitimidade para oficiar no feito, a teor do enunciado contido na Súmula 189/STJ.**

2. Tratando-se de execução fiscal, a partir da Lei nº 11.051/04, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei nº 6.830/80, pode o juiz decretar de ofício a prescrição, após ouvida a Fazenda Pública exequente.

3. Recurso especial provido.”

(REsp 887518/PE. Rel. Min. Castro Meira. Segunda Turma. Julg. 27/03/2007.)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INTERVENÇÃO DO MP. DESNECESSIDADE. CDA. REQUISITOS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. **“É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais”. Dicção da Súmula 189/STJ.**

2. A investigação acerca da falta dos requisitos formais da CDA, capaz de abalar a presunção de certeza e liquidez de que goza o título, atrai o óbice sumular n. 7/STJ.

3. Não houve a demonstração da exata similitude fático-jurídica entre os acórdãos tidos por divergentes e, tampouco o cotejo analítico entre eles, o que se afigura indispensável para a admissão do apelo especial, conforme os ditames estabelecidos pelo § 2º do art. 255 do RISTJ e art. 541, parágrafo único, do CPC.

*T.J. – 18ª C. Cível*

*Ap. nº 0114579-12.2007.8.19.0001*

*Des. Leila Albuquerque*

7



4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido.”

(REsp 681500/RS. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julg. 12/08/2008.)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM FACE DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. ARTIGO 527, DO CPC. DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA 189/STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO MONOCRATICAMENTE COM BASE NO § 1º-A, DO ARTIGO 557, DO CPC.

1. **A presença de pessoa jurídica de Direito Público no litúgio não determina, por si só, a intervenção obrigatória do Ministério Público, sendo certo que restam inconfundíveis o "interesse público" com o interesse patrimonial da Fazenda Pública, veiculado em execução fiscal, entendimento cristalizado na Súmula 189/STJ, verbis: "É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais"** (Precedentes do STJ: REsp 801.028/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 08.03.2007; e REsp 669.563/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 12.04.2005, DJ 23.05.2005).

2. Outrossim, à luz do artigo 527, do Codex Processual, não se revela obrigatória a oitiva do Ministério Público nos casos de indeferimento ou negativa de seguimento liminar do agravo de instrumento com fundamento no artigo 557, do mesmo diploma legal.

3. Deveras, o mesmo tratamento processual conferido à negativa liminar de seguimento do agravo de instrumento deve ser dado ao provimento in limine do aludido recurso, nas hipóteses em que a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, razão pela qual se

*T.J. – 18ª C. Cível*

*Ap. nº 0114579-12.2007.8.19.0001*

*Des. Leila Albuquerque*

8



dessume a ausência de obrigatoriedade de intimação prévia do *parquet*, em observância ao princípio da celeridade processual.

4. Recurso especial do *parquet* estadual desprovido.”

(REsp 824352/RS. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Julg. 09/09/2008.)

Por outro prisma, ainda que admitido fosse o Agravo Retido, constata-se que o órgão do Ministério Público não logrou demonstrar a exagero dos honorários periciais, seja por ter aventado critérios que não se prestam para orientar a valoração em questão, seja por não ter restado evidenciada a desproporcionalidade da verba em relação ao trabalho realizado pelo *expert* ou a outras perícias similares.

***Assim, não se conhece do Agravo Retido formulado pelo Ministério Público.***

No mérito, cuida-se de Embargos à Execução Fiscal referente à autuação decorrente da ausência de estorno sobre o creditamento do ICMS sobre mercadorias perdidas, extraviadas ou roubadas, alegando o Embargante que a autoridade fiscal arbitrou aleatoriamente um percentual sobre toda a mercadoria adquirida no período, acrescentando inexistir impedimento ao aproveitamento de crédito decorrente do ICMS pago pela aquisição de mercadorias se essas, posteriormente, não foram vendidas ao consumidor final. Aduz, ainda, que a compensação não se faz em relação à mercadoria em si, mas ao complexo de operações nas quais incidam o ICMS, período por período.

Na forma consignada na sentença, o Embargante não se desincumbiu do ônus de desconstituir a C.D.A. quanto à presunção de certeza e liquidez, presentes os atributos do artigo 2º, §§ 5º e 6º da Lei nº 6.8030/80, não se verificando qualquer ‘falta de clareza’ no título que instrui a Execução



Fiscal, tanto que o Apelante articulou sua defesa atacando os dispositivos legais indicados, considerando o texto em vigor.

No que se refere à obrigatoriedade do estorno e da não aplicação do crédito fiscal quanto a mercadorias que vierem a perecer, deteriorar ou extraviar-se, cuida-se de procedimento previsto no artigo 21, inciso IV, da Lei Complementar nº 87/96 e no artigo 37, inciso IV, da Lei nº 2.657/96. No caso, não houve a circulação da mercadoria, que apenas entrou no estabelecimento, mas não foi vendida porque pereceu, deteriorou-se ou extraviou-se, não se aplicando o critério da compensação, inexistindo qualquer ofensa à Constituição Federal ou à legislação aplicável, posto que o princípio da não-cumulatividade inserto no artigo 155, § 2º, inciso I, não exclui a obrigatoriedade do estorno do crédito fiscal, disciplinada na forma de lei complementar, nos termos previstos no inciso XII, c, do mesmo artigo da Carta Magna.

Por outro lado, o direito à compensação, na forma disciplinada na Lei Complementar nº 87/96, em seu artigo 23, “está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação”, não afastando a obrigatoriedade do estorno nas situações previstas em lei.

Assim, se ocorreu uma compensação do imposto tributado em operação anterior com o tributo a ser pago na operação posterior e se nessa operação a mercadoria se perdeu no estabelecimento, o crédito fiscal correspondente deve ser estornado, pois não houve a operação típica de circulação da mercadoria a ensejar o creditamento, pois a mercadoria não saiu do supermercado, lá deteriorando-se.

No que se refere ao arbitramento, tem-se que a Embargante além de confirmar não realizar estorno sobre mercadorias deterioradas, asseverando que tal se dá apenas com itens hortifrutícolas, não indicou o valor das mercadorias perecidas, o que levou a autoridade fiscal a



proceder ao arbitramento no percentual de 2% sobre o valor das entradas de mercadorias para comercialização, referentes a um determinado período de tempo, após análise dos créditos regularmente escriturados pelo Embargante, sendo dito percentual relativo ao setor de supermercados. Nesse sentido, regular o procedimento adotado, com fincas no artigo 148 do C.T.N. e no artigo 75 da Lei nº 2.657/96.

Com efeito, o Embargante, ao exercer o direito de avaliação contraditória no curso do respectivo processo administrativo, não exibiu os elementos necessários e suficientes no sentido de comprovar o exato valor das operações realizadas ou a inexistência do fato gerador da obrigação tributária.

Também nestes autos não logrou o Embargante comprovar que o percentual aplicado no arbitramento é desproporcional ou se afastou dos procedimentos previstos em lei e regulamento específico, observando-se que não cabe à autoridade fiscal “fornecer provas suficientes e cabais contra o contribuinte” (fl. 29), mas este é quem deve efetuar as operações tributárias nos termos da lei ou justificar também na forma da lei a impossibilidade de fazê-lo ou, ainda, comprovar que o Fisco atua de forma indevida e ilegal.

A prova pericial realizada é firme ao responder ao quesito 7 do Embargante, reconhecendo que no caso da autuação objeto da Execução Fiscal ora embargada foi interrompida a circulação da mercadoria, “dando azo assim ao estorno previsto na legislação estadual supracitada.” (fl. 133). Ainda, que o arbitramento pela autoridade fiscal se deu na ausência de elementos necessários à comprovação da exatidão do valor das operações realizadas, nos termos do artigo 75, § 2º, inciso I, da Lei nº 2.657/96 (fls. 134 e 137 – resposta ao quesito 11 do Embargante).

Descabe a pretensão do Apelante de ser tomado como percentual o menor índice ou o índice médio calculado na perícia. O período



de apuração refere-se aos anos de 2003 a 2006, ao passo que a autuação é relativa a débitos dos anos de 1998 e 1999. Inobstante a afirmativa do ilustre Perito de que os percentuais apurados aplicam-se aos períodos objeto da presente demanda, tem-se que tal declaração, com a devida vênua ao *expert*, não abarca os limites restritos e definidos da legislação tributária.

Igualmente não tem justificativa a aplicação do princípio *in dubio pro* contribuinte, posto que não se verifica no caso em exame dúvida resultante das circunstâncias descritas no artigo 112 do C.T.N.

A Apelante afirma não ter “qualquer obrigação legal de manter ao longo de tantos anos” os documentos referentes aos exercícios fiscais em comento (fl. 208). Todavia, observa-se que houve o regular processo administrativo, não tendo em tal sede à época o autuado apresentado os elementos escriturais necessários a fundamentar o arbitramento em percentual menor ou demonstrar a desproporcionalidade do índice aplicado. Nesta Execução Fiscal foi citado em 2002, de modo que há de se reconhecer que deliberadamente o Embargante prescindiu do direito de comprovar o alegado.

No que tange à multa aplicada no A.I., não foi a mesma impugnada nos Embargos nem questionada na prova pericial, descabendo por completo a inovação do tema em sede de Apelação.

Por fim, quanto aos honorários advocatícios de sucumbência, ao fixar o Juiz um valor determinado, atendeu ao disposto no artigo 20, § 4º, parte final, do C.P.C., devendo ser observado que foi atribuído à causa o valor de R\$ 709.355,00.

Todavia, considerando que na sentença há contradição entre o valor grafado em algarismos – R\$ 35.000,00 – e o extenso (trinta mil reais), o que não foi objeto de Embargos de Declaração, reforma-se parcialmente a sentença para fixar os honorários advocatícios de sucumbência



devidos pelo Embargante em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), o que previne eventual discussão a respeito.

Face ao exposto, *não se conhece* do Agravo Retido interposto pelo Ministério Público e, no mérito, *dá-se parcial provimento* ao recurso do Embargante, nos termos acima, apenas para fixar os honorários advocatícios em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), na forma do disposto no artigo 20, § 4º, do C.P.C.

Rio de Janeiro, 16 de novembro de 2010.

**Desembargadora Leila Albuquerque**  
**Relatora**

*T.J. – 18ª C. Cível*  
*Ap. nº 0114579-12.2007.8.19.0001*  
*Des. Leila Albuquerque*

13

