



EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000938-57.2010.8.19.0028
JUÍZO DE ORIGEM: CENTRAL DA DÍVIDA ATIVA DA COMARCA DE MACAÉ
EMBARGANTE: ESTADO DO RIO DE JANEIRO
EMBARGADO: NUTRIMAR SERVIÇOS DE HOTELARIA LTDA, CARLOS DE ALMEIDA FERREIRA e PAULO CARDOSO FERREIRA JUNIOR

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 173, I, DO CTN. TEMA 163 E SÚMULA 555 DO STJ. SÚMULA 622 DO STJ. INAPLICABILIDADE À HIPÓTESE. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DO MÉRITO. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO FICTO. RECURSO DESPROVIDO.

I – CASO EM EXAME

1. Embargos de declaração opostos pelo Estado do Rio de Janeiro contra acórdão que deu parcial provimento à apelação apenas para adequar os honorários advocatícios, mantendo o reconhecimento da decadência do crédito tributário decorrente de ICMS e a consequente extinção da execução fiscal. O embargante sustenta omissão quanto à aplicação da Súmula 622 do Superior Tribunal de Justiça, afirmando que a constituição definitiva do crédito tributário somente ocorre com o encerramento do processo administrativo.

II – QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Discute-se se o acórdão embargado incorreu em omissão ao deixar de enfrentar a incidência da Súmula 622 do STJ e se a insurgência revela vício sanável por embargos de declaração ou mera pretensão de rediscussão do mérito.

III – RAZÕES DE DECIDIR

3. Os embargos de declaração destinam-se exclusivamente ao saneamento de obscuridade, contradição, omissão ou erro material, não constituindo meio adequado para rediscutir matéria já apreciada pelo órgão julgador.

4. O acórdão embargado enfrentou expressamente a questão relativa à constituição do crédito tributário, consignando que, na ausência de declaração e de pagamento do tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o art. 173, I, do CTN, iniciando-se o prazo decadencial no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do Tema 163 e da Súmula 555 do STJ.

5. A decisão também consignou que a mera instauração de processo administrativo não configura lançamento regularmente constituído, tampouco suspende ou interrompe o prazo decadencial, razão pela qual a notificação do contribuinte acerca da decisão administrativa final, ocorrida apenas em 2009, deu-se após o escoamento do prazo para constituição válida do crédito tributário.

6. A invocação da Súmula 622 do STJ não evidencia omissão do julgado, porquanto a controvérsia solucionada diz respeito ao reconhecimento da decadência para constituição do crédito tributário, e não ao termo inicial da prescrição para sua cobrança, revelando a insurgência mero inconformismo com a conclusão adotada.



7. Nos termos do art. 1.025 do Código de Processo Civil, consideram-se incluídos no acórdão os elementos suscitados para fins de prequestionamento, ainda que os embargos sejam rejeitados. O erro material constante das razões recursais, relativo ao período dos fatos geradores, foi apenas esclarecido, sem repercussão no resultado do julgamento

IV - DISPOSITIVO E TESE

8. Recurso conhecido e desprovido.

Tese de julgamento: "Não se configuram os vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil quando o acórdão enfrenta de forma suficiente a controvérsia jurídica, sendo incabíveis embargos de declaração opostos com o propósito de rediscutir o mérito da decisão ou de modificar entendimento já fundamentadamente adotado."

Dispositivos relevantes citados: arts. 173, I, do Código Tributário Nacional; 1.022 e 1.025 do Código de Processo Civil. Jurisprudência relevante citada: STJ, Tema 163 dos recursos repetitivos; Súmulas 555 e 622 do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos dos embargos de declaração em epígrafe, opostos à decisão colegiada prolatada na apelação cível interposta no processo que tramita entre as partes acima indicadas, **ACORDAM** os Desembargadores que compõem a NONA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso do Embargante, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Embargos de declaração opostos pelo Estado do Rio de Janeiro, no índice 291, aduzindo haver omissão na decisão colegiada de índice 268, cuja ementa a seguir se transcreve:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. RECONHECIMENTO DE DECADÊNCIA NA ORIGEM. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

I – Caso em exame

1. Apelação cível interposta contra sentença que acolheu exceção de pré-executividade, para reconhecer a decadência do crédito tributário, extinguindo a execução fiscal com resolução de mérito, nos termos do art. 487, II do CPC, e condenando a Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

II – Questão em discussão

2. Discute-se se houve decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo ao ICMS, bem como a adequação da fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais.

III – Razões de decidir



3. O ICMS é tributo sujeito ao regime de lançamento por homologação, sendo o prazo decadencial regido pelo art. 150, §4º do CTN, quando há pagamento antecipado, ou pelo art. 173, I do CTN, na ausência de pagamento.

4. Inexistindo declaração ou recolhimento pelo contribuinte, aplica-se a regra do art. 173, I do CTN, segundo a qual o prazo decadencial se inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme entendimento consolidado no Tema 163 dos recursos repetitivos e na Súmula 555 do STJ.

5. No caso concreto, os fatos geradores ocorreram entre 1989 e 1991, tendo o prazo decadencial se encerrado, respectivamente, em 1994, 1995 e 1996. A constituição do crédito tributário apenas se perfectibilizou com a notificação do contribuinte acerca da decisão final administrativa em 2009, quando já ultrapassado o prazo decadencial.

6. A mera instauração de processo administrativo não se confunde com o lançamento regularmente constituído, o qual exige a formalização do crédito e sua notificação ao contribuinte.

7. O prazo decadencial não se suspende nem se interrompe, sendo irrelevante, para sua contagem, a tramitação de processo administrativo.

8. Correto, portanto, o reconhecimento da decadência e a extinção da execução fiscal.

9. Assiste razão à Fazenda Pública quanto à fixação dos honorários advocatícios, devendo ser observados os critérios do art. 85, §3º do CPC, com aplicação dos percentuais mínimos em cada faixa, afastando-se a fixação linear em percentual único.

IV – Dispositivo e tese

10. Recurso conhecido e parcialmente provido, apenas para ajustar a verba honorária aos parâmetros do art. 85, §3º do CPC, mantida, no mais, a sentença.

Tese de julgamento: Na ausência de pagamento ou declaração pelo contribuinte, o prazo decadencial para constituição do crédito tributário rege-se pelo art. 173, I do CTN, iniciando-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. A mera instauração de processo administrativo não configura lançamento válido nem suspende o prazo decadencial. Os honorários advocatícios contra a Fazenda Pública devem observar o escalonamento previsto no art. 85, §3º, do CPC.

Dispositivos relevantes citados: arts. 150, §4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional; art. 85, §3º, do Código de Processo Civil. *Jurisprudência relevante citada:* Tema 163 do STJ; Súmula 555 do STJ.

Em suas razões, o Embargante sustenta que o acórdão foi omissos quanto à aplicação da Súmula 622 do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Argumenta que a constituição definitiva do crédito tributário só ocorre após o esgotamento da instância administrativa — seja pelo decurso do prazo para impugnação, seja pela notificação da decisão definitiva —, termo inicial a partir do qual se inicia a contagem do prazo prescricional para a cobrança judicial.

Pontua que o crédito em debate se refere aos exercícios de 1981 e 1989, com auto de infração lavrado em fevereiro de 1992. Assim, destaca que o processo administrativo foi encerrado em março de 2009, com a intimação do contribuinte realizada em maio de 2009.

Aduz que a notificação do auto de infração extinguiu o prazo decadencial, não sendo possível computar o período de tramitação do processo administrativo para fins de decadência. Assim, defende que o prazo prescricional só começou a fluir após o trânsito em julgado administrativo, restando demonstrada a omissão do julgado.



Ao final, requer o acolhimento dos embargos de declaração, com efeitos infringentes, para que sejam sanadas as omissões apontadas.

Intimado, o Embargado apresentou contrarrazões (índice 300), pugnando pelo desprovemento do recurso e pela manutenção integral do decisorio.

É o relatório.

VOTO

Diante do certificado no índice 294, o recurso deve ser conhecido.

Os embargos de declaração somente são cabíveis quando, na decisão atacada, houver obscuridade ou contradição, omissão ou erro material, conforme dispõe o art. 1.022, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Percebe-se, assim, que os embargos possuem caráter integrativo da decisão atacada e, somente em situações excepcionais, assumem a feição infringente, determinantes de modificação do julgado, em virtude de eventuais vícios.

Dessa forma, os aclaratórios visam a esclarecer dúvidas ou sanar eventuais omissões ou contradições da decisão proferida, não podendo, através dos mesmos, pretender a modificação de seu conteúdo quanto à decisão de mérito e, muito menos, corrigir a interpretação ou apreciação dada pelo magistrado em sua fundamentação, em conformidade com o que dispõe o art. 489, § 1º, do CPC ¹.

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o magistrado não está obrigado a se pronunciar sobre todos os pontos abordados pelas partes, mormente quando já tiver decidido a controvérsia sob outros fundamentos ².

¹ Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

² EDcl no Resp 202.056/SP, 3ª Turma, Rel. Min. CASTRO FILHO, DJ de 21.10.2001.



No presente caso, a pretexto de apontar erro material e obscuridade na decisão atacada (índex 268), o Embargante pretende, pela via inadequada, reverter o julgamento que lhe é desfavorável.

Esclareça-se, assim, que o acórdão embargado se encontra suficientemente fundamentado e as alegações deduzidas foram adequadamente enfrentadas, conforme trecho da fundamentação que se transcreve a seguir:

(...)

Ao compulsar os autos, verifica-se a inexistência de declaração e pagamento pelo contribuinte, fato que ensejou o lançamento de ofício pela autoridade fiscal, de modo que a constituição definitiva do crédito tributário se deu com a notificação do devedor acerca da decisão final administrativa, que ocorreu em 15/05/2009 (CDA de índex 2). Logo, nesta hipótese, o prazo de decadência corre a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser realizado, conforme inciso I do artigo 173 do CTN.

No que concerne ao tema, confira-se a tese estabelecida no Tema 163 dos recursos repetitivos, do STJ, in verbis:

“O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito”.

Na mesma linha, dispõe a Súmula 555, do STJ:

“Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa”.

Consigne-se que inexistente omissão no acórdão embargado, mas julgamento desfavorável aos interesses do Embargante, que deve manifestar sua irresignação pela via recursal própria.

No mais, não há falar em omissão no que toca ao entendimento da Súmula 622, do STJ, pois foi consignada expressamente a data da constituição do crédito tributário em 2009, fundamentadas as razões do entendimento, conforme trecho da fundamentação que se transcreve a seguir:

(...)

Em que pese a Fazenda alegar que o lançamento ocorreu em 1992 com a instauração do processo administrativo, a constituição do crédito tributário se deu apenas em 2009, quando já coberto pelo manto da decadência. Frise-se que a mera instauração do processo administrativo não se confunde com o lançamento regularmente constituído, o qual exige a formalização do crédito e a sua notificação ao contribuinte.

Nesse sentido, tem-se posicionado este Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS REFERENTE AO ANO DE 1995. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE REJEITADA. IRRESIGNAÇÃO DO CONTRIBUINTE ALEGANDO A PRESCRIÇÃO. ICMS QUE É TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. IMPOSTO NÃO DECLARADO E NÃO PAGO PELO CONTRIBUINTE. DIREITO À CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. APLICAÇÃO DO ART. 173, INCISO I DO CTN. TRANSCURSO DO PRAZO QUINQUENAL. SUSPENSÃO E INTERRUÇÃO QUE NÃO SE ADMITE. DECADENCIA RECONHECIDA DE OFÍCIO. REFORMA DA SENTENÇA.



Execução que visa a cobrança de ICMS com vencimento em 26.05.1995 e cuja CDA informa que foi instaurado processo administrativo. Inexistência de declaração e pagamento pelo contribuinte, fato que ensejou o lançamento de ofício pela autoridade fiscal, de modo que a constituição definitiva do crédito tributário se deu com a notificação do devedor acerca da decisão final administrativa, o que ocorreu em 31.08.2001. Aplicação do disposto no artigo 173, inciso I do CTN, segundo o qual o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Transcurso do prazo decadencial entre o primeiro dia do exercício seguinte e a intimação do contribuinte acerca da decisão final administrativa. Decadência que não se interrompe ou suspende. Reconhecimento de ofício da decadência. **(0061815-90.2023.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA - Julgamento: 13/12/2023 - TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO)**

Nesse contexto, verifica-se que o embargante pretende rediscutir, por meio da imprópria via dos embargos de declaração, temas rechaçados no acórdão impugnado, irresignação que não se confunde com quaisquer dos vícios contidos no art. 1.022 do CPC.

De todo modo, não se vislumbra a possibilidade de qualquer prejuízo ao Embargante, uma vez que o Código de Processo Civil, em seu art. 1.025, estabelece ficção legal de prequestionamento em caso de não admissão ou rejeição dos embargos declaratórios, tornando desnecessária maior elaboração sobre tal questão.

No mais, cumpre ressaltar erro material constante nas razões recursais do Ente. Verifica-se que o Embargante indica que os fatos geradores teriam ocorrido entre os anos de 1981 e 1989. Contudo, conforme expressamente delimitado na CDA, na Apelação e no acórdão ora embargado, o período correto dos fatos geradores compreende os anos de 1989 a 1991, cuja retificação, nesta oportunidade, serve estritamente para fins de esclarecimento e exatidão do relato, não possuindo o condão de alterar a conclusão do julgamento.

Diante do exposto, **VOTO** no sentido de **CONHECER e REJEITAR** os embargos de declaração opostos, na medida em que não configuradas as hipóteses do art. 1.022 do CPC.

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA
Desembargadora Relatora