



Embargos de Declaração na Apelação Cível nº. 0146645-35.2013.8.19.0001

Juízo de origem: 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL

Embargante: ELEVADORES ATLAS SCHINDLER S/A

Embargado: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Relator: DES. GILBERTO MATOS

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. ANULAÇÃO DO V. ACÓRDÃO PELO C. SUPERIOR DE JUSTIÇA. ENFRENTAMENTO ESPECÍFICO DA TESE PREVISTA NO CONVÊNIO ICMS 71/1989, PRESUNÇÃO DE BOA FÉ E ALEGADA COBRANÇA DECORRENTE DE MODIFICAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. INTEGRAÇÃO DO JULGADO. 1. Alegada omissão no julgado, em relação ao não enfrentamento específico de uma das teses ventiladas no recurso de apelação interposto pelo executado/embargante. 2. Anulação pelo C. Superior Tribunal de Justiça, do V. Acórdão proferido por este Eg. Órgão Recursal em sede de embargos de declaração. 3. Ponto essencial ao fundamento suscitado nos embargos de declaração, genericamente afastado no acórdão recorrido. Integração necessária. 4. Conforme declinado no V. Acórdão que julgou a apelação cível interposta pelo ora embargante, as empresas de construção civil, quando comprem bens que serão usados em suas obras são consideradas não-contribuintes do ICMS, pois sua atividade está caracterizada pela prestação de serviço, portanto, fato gerador do ISS (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza), entendimento só afastado, segundo o Convênio nº. 71/89, quando comprovada a condição de contribuinte de ICMS, especificamente, da empresa de construção civil adquirente dos elevadores da embargante, prova não produzida nos autos. 5. Presunção de boa-fé elidida por expressa previsão constitucional, normas estaduais e consolidada jurisprudência dos Tribunais Superiores, todos contemporâneos ou anteriores ao fato gerador, como esclarecido no aresto recorrido. 6. Restrição à incidência das alíquotas interestaduais que impunha ao contribuinte a escrituração do ICMS das operações, com aplicação da alíquota interna. 7. À luz desse entendimento, esclarece-se a impossibilidade de concessão de efeitos infringentes aos embargos de declaração, no sentido da desconstituição do crédito tributário referente à diferença entre as alíquotas do ICMS. Precedentes do C. STF. 7. Integração do julgado. 8. Provimento aos embargos de declaração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração na Apelação Cível nº. 0146645-35.2013.8.19.0001, em que figura como embargante ELEVADORES ATLAS SCHINDLER S/A e embargado ESTADO DO RIO DE JANEIRO.



Embargos de Declaração na Apelação Cível nº. 0146645-35.2013.8.19.0001

A C O R D A M os Desembargadores da Décima Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA DIRIMIR A OMISSÃO INDICADA, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos contra o V. Acórdão proferido, às fls. 804/811, por meio do qual essa Eg. Câmara deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo ora embargado, para majorar os honorários advocatícios ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor atualizado da execução fiscal e negar provimento ao recurso interposto pelo ora embargante, que pretendia reformar a R. Sentença que julgou improcedente os embargos à execução.

O embargante, às fls. 819/831, sob o pretexto da existência de vícios no julgado, repete todas as alegações já deduzidas em sede de apelação e requer a anulação do julgado proferido em 1º grau, com fundamento na ausência de análise do caso, de acordo com o contexto da época dos fatos geradores. Pugna, por fim, pela exclusão da majoração dos honorários advocatícios, ultimada nesta instância recursal.

Contrarrazões, às fls. 850/877, no sentido do não conhecimento do recurso, e, subsidiariamente, por seu desprovimento.

V. Acórdão, às fls. 884/887, a negar provimento aos embargos de declaração e corrigir, de ofício, erro material em relação aos honorários advocatícios, mantendo-os em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Recurso Especial interposto pelo executado/ré/embargante, às fls. 1.040/1.085, e pelo exequente/embargado, às fls. 1.278/1.285.

Inadmissibilidade de ingresso na via excepcional decidida pela Eg. Terceira Vice-Presidência, às fls. 1.395/1.400.

Agravo interno em Recurso Especial interposto por ELEVADORES ATLAS SCHINDLER S/A, às fls. 1.449/1.464.

Retratação exercida, às fls. 1.589/1.593.

R. Decisão Monocrática, proferida às fls. 1.755/1.759, pelo Relator MINISTRO PAULO SÉRGIO DOMINGUES, nos autos do REsp. nº. 21860593/RJ (2020/0025093-0), nos seguintes termos:



Embargos de Declaração na Apelação Cível nº. 0146645-35.2013.8.19.0001

“(…) Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial de ELEVADORES ATLAS SCHINDLER LTDA para, reconhecendo o vício de omissão, anular o acórdão recorrido; determino o retorno dos autos à origem para novo exame dos embargos de declaração. Por essa razão, está prejudicada, ao menos por ora, a apreciação do agravo em recurso especial do ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Publique-se. Intimem-se.”

Remessa ao relator vinculado, às fls. 1.765.

É o Relatório.

V O T O

Consoante recente jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, “É legítimo o manejo de embargos de declaração para suprir omissão de tema sobre o qual devia se pronunciar o julgador, o qual não está obrigado, entretanto, a enfrentar todos os argumentos das partes, mas deve, ao emitir juízo (com base em seu livre convencimento) acerca das questões que considerar suficientes e relevantes para fundamentar sua decisão, enfrentar os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada.” (STJ - AREsp: 2170037 GO 2022/0218937-0, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Publicação: DJ 16/11/2022).

No julgamento da apelação cível interposta pelo ora embargante, foi mantida a improcedência dos embargos à execução.

Irresignado, o executado/apelante opôs embargos de declaração onde alega omissão quanto: a) à nulidade do julgado proferido em 1º grau que deixou de examinar, segundo alega, o caso de acordo com o contexto da época dos fatos geradores; b) a condição de contribuintes de ICMS das construtoras, e, c) a impossibilidade de incidência de multa e juros, contradição e omissão quanto ao julgamento na esfera administrativa e erro material quanto à aplicação do CPC/2015, em relação aos honorários advocatícios recursais.

Esses pontos foram devidamente suscitados nos embargos de declaração, mas o V. Acórdão recorrido limitou-se a afirmar a ausência de omissão, contradição e obscuridade, deixando de enfrentar, com especificidade, a temática invocada.

Conforme declinado no V. Acórdão embargado as empresas de construção civil, quando comprem bens que serão usados em suas obras, são consideradas não-contribuintes do ICMS, pois sua atividade está caracterizada pela prestação de serviço, portanto, fato gerador do ISS (Imposto Sobre Serviços de



Embargos de Declaração na Apelação Cível nº. 0146645-35.2013.8.19.0001

Qualquer Natureza), entendimento só afastado, segundo o Convênio nº. 71/89¹, quando comprovada a condição de contribuinte de ICMS, especificamente, no caso, da empresa de construção civil adquirente dos elevadores da embargante, prova não produzida nos autos.

Isso porque, consoante o asseverado no aresto, a Constituição Federal, no artigo 155, §2º, VII, “a”, em sua redação originária, previa expressamente que nas operações interestaduais de circulação de mercadorias, só se aplicaria a alíquota interestadual quando o destinatário das vendas fosse contribuinte do ICMS, condição excepcional que necessita ser demonstrada diante da presunção legal de que as construtoras que adquirem bens que serão usados em suas obras são consumidoras finais, não-contribuintes do ICMS.

O Convênio nº. 71/89, que vigorou até 13/12/2002, contemporâneo, portanto, aos fatos geradores tributados na hipótese, já previa a restrição à incidência da alíquota interestadual só admitida, repise-se, diante da qualificação excepcional aos casos não inseridos no item 32 da lista anexa ao Decreto-Lei nº. 406/68, com a redação da Lei Complementar nº. 56/1987.

Evidenciado que a situação jurídica das construtoras como não contribuintes do ICMS já se encontrava delineada antes da ocorrência dos fatos geradores objeto da autuação do Fisco, deveria a embargante, como esclarecido no julgado, ter-se debitado pela alíquota interna nas operações realizadas.

Assim, a indigitada presunção de boa-fé foi elidida por expressa previsão constitucional², norma estadual³ e consolidada jurisprudência dos Tribunais Superiores⁴, todos anteriores ao fato gerador, como esclarecido no aresto recorrido.

¹ 1 - Cláusula primeira. “Acordam os Estados signatários e o Distrito Federal em firmar entendimento de que nas operações interestaduais de bens e mercadorias destinadas a empresas de construção civil, para fornecimento em obras contratadas que executem sob sua responsabilidade, e em que ajam, ainda que excepcionalmente, como contribuintes do imposto, aplica-se o disposto na letra a do inciso VII e, se for o caso, no inciso VIII, do § 2º, do artigo 155, da Constituição Federal.”

² CRFB (redação original). Art. 155. Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...) § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...)VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á: a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto; b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

³ RESOLUÇÃO SEFCON N.º 3.555, PORTARIA SET N.º 611

⁴ EREsp 149.946/MS, Resp 1135489/AL



Embargos de Declaração na Apelação Cível nº. 0146645-35.2013.8.19.0001

À luz desse entendimento, esclarece-se a impossibilidade de concessão de efeitos infringentes aos embargos de declaração, no sentido da desconstituição do crédito tributário referente à diferença entre as alíquotas do ICMS, conforme já entendeu o C. Supremo Tribunal Federal⁵.

Ante o exposto, o voto é no sentido da DAR PROVIMENTO aos embargos de declaração para dirimir as omissões nos termos acima declinados.

Rio de Janeiro, na data da sessão de julgamento.

Desembargador **GILBERTO MATOS**
Relator

⁵ (STF - RE: 00000000000001558408 RJ, Relator.: ANDRÉ MENDONÇA, Data de Julgamento: 29/07/2025, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 29/07/2025 PUBLIC 30/07/2025)