



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO
3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO Nº 0470066-49.2011.8.19.0001

EMBARGANTE: TELEFÔNICA BRASIL S.A.

EMBARGADO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

JUÍZO DE ORIGEM: 17ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL

DESEMBARGADOR RELATOR: SERGIO WAJZENBERG

Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. CESSÃO DE MEIOS DE REDE. CONVÊNIOS ICMS Nº 126/1998 E 115/2003. OMISSÃO PARCIAL NO ACÓRDÃO. CRITÉRIOS JURÍDICOS DO LANÇAMENTO. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

I. CASO EM EXAME

Embargos de declaração opostos por contribuinte em face de acórdão que deu parcial provimento à apelação do Estado, reconhecendo a validade da autuação fiscal quanto à maior parte das notas fiscais emitidas a partir de 01.05.2008, por suposto descumprimento dos requisitos formais dos Convênios ICMS nº 126/1998 e 115/2003, que tratam do diferimento do imposto em operações de cessão de meios de rede.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

A questão em discussão consiste em definir se o acórdão embargado incorreu em omissão ao deixar de enfrentar fundamentos jurídicos relevantes suscitados pela embargante, especialmente no tocante (i) à alteração dos critérios jurídicos do lançamento; (ii) à distinção entre obrigação principal e acessória; (iii) à ocorrência de preclusão lógica pelo Fisco; e (iv) à majoração da base de cálculo da FECP.

III. RAZÕES DE DECIDIR

Os embargos de declaração são cabíveis para sanar obscuridade, contradição, omissão ou erro material, bem

como para fins de prequestionamento, nos termos do art. 1.022 do CPC e da Súmula nº 98 do STJ.

Verifica-se omissão parcial quanto ao primeiro fundamento alegado, consistente na análise do auto de infração à luz da vedação à alteração dos critérios jurídicos do lançamento tributário, prevista nos arts. 142 e 146 do CTN.

Ainda que o auto de infração não mencione expressamente o descumprimento dos Convênios como causa da autuação, o acórdão embargado não inovou na fundamentação jurídica, mas exerceu controle judicial sobre a validade do lançamento, dentro dos limites legais e probatórios, notadamente à luz do laudo pericial.

Não se reconhece omissão quanto aos demais pontos: (i) a distinção entre obrigação principal e acessória não foi determinante para a sujeição passiva, sendo o ICMS exigido por descaracterização do diferimento; (ii) não houve violação ao princípio da não surpresa, pois o fundamento foi debatido e decorre de prova pericial analisada pelas partes; (iii) a alegação relativa à base de cálculo da FECF não foi objeto da sentença nem das peças recursais, sendo incabível inovar em sede de embargos.

O provimento parcial limita-se a sanar omissão e a explicitar o enfrentamento de teses para fins de prequestionamento, sem modificação do resultado do julgamento.

IV. DISPOSITIVO E TESE

Embargos parcialmente providos.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos de Embargos de Declaração na Apelação nº 0470066-49.2011.8.19.0001, julgada em 12/03/2025, em que é embargante TELEFÔNICA BRASIL S.A. e embargado ESTADO DO RIO DE JANEIRO, ACORDAM os Desembargadores que integram a Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AOS EMBARGOS DA PARTE AUTORA, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra o acórdão fls. 1239/1250 que, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo da parte ré/embargada, reformando a sentença para reconhecer legalidade da autuação fiscal relativamente à maior parte das notas fiscais discutidas nos autos, por entender que a apelada não teria cumprido integralmente os requisitos formais exigidos pelos Convênios ICMS nº 126/1998 e 115/2003, que regulam o diferimento do imposto nas operações de cessão de meios de rede.

Nas razões dos aclaratórios, a embargante sustenta, em síntese, quatro vícios de omissão no julgado:

Omissão quanto aos fundamentos do auto de infração e à vedação de alteração dos critérios jurídicos do lançamento, conforme os artigos 142 e 146 do CTN;

Omissão quanto ao art. 113 do CTN, porquanto o descumprimento de obrigações acessórias não teria o condão de modificar a sujeição passiva da obrigação tributária;

Omissão quanto à preclusão lógica do Fisco, que em nenhum momento, até a conclusão do laudo pericial, alegou a ausência de cumprimento de requisitos formais como fundamento da autuação.

Omissão quanto à majoração indevida da base de cálculo da FECP.

Contrarrazões aos embargos à fls. 1272.

É o RELATÓRIO.

VOTO

De início, impende destacar que os embargos de declaração são cabíveis para sanar obscuridade, contradição, omissão ou erro material (art. 1.022 do CPC). São igualmente admitidos com o fim de prequestionamento, conforme pacífica jurisprudência do STJ (Súmula 98).

No caso concreto, o acórdão embargado, de forma fundamentada, reformou parcialmente a sentença para reconhecer a validade da autuação no que se refere às notas fiscais emitidas a partir de 01.05.2008,

sob o fundamento de que a embargante não teria comprovado o cumprimento das exigências previstas nos Convênios ICMS nº 126/98 e 115/03, condição para o gozo do diferimento do ICMS.

Tal conclusão baseou-se, de forma expressa, nas respostas do perito aos quesitos e na análise do conteúdo do laudo técnico.

Entretanto, assiste parcial razão ao embargante quanto à necessidade de esclarecimento adicional no julgado, isto é, em relação a um dos fundamentos indicados por este em seu recurso, especialmente em virtude da fundamentação tributária aplicada pelo acórdão embargado.

Assim, acolho parcialmente os embargos de declaração para suprir omissão somente quanto ao primeiro tópico trazido nos embargos, qual seja, a análise do fundamento jurídico constante no auto de infração e na contestação apresentada pelo Estado, notadamente quanto à ausência de imputação direta de inobservância das formalidades dos Convênios como causa para a autuação, e quanto à vedação de alteração dos critérios jurídicos do lançamento.

Esclareça-se que, ainda que o auto de infração não contenha imputação expressa quanto ao descumprimento das formalidades previstas nos Convênios ICMS nº 126/1998 e 115/2003, da leitura do auto, verifica-se que a motivação da autuação repousa na ausência de recolhimento do ICMS nas operações de cessão de meios.

Tal operação, segundo a sistemática normativa vigente, apenas se submete ao regime de diferimento caso atendidas as exigências formais dos referidos Convênios.

Assim, o fundamento adotado pelo acórdão – de que a ausência de cumprimento das exigências dos Convênios afasta o diferimento – insere-se no contexto jurídico do lançamento e não configura inovação indevida.

Quanto à impossibilidade de alteração judicial dos critérios jurídicos do lançamento tributário, à luz dos arts. 142 e 146 do CTN, destaca-se que o lançamento tributário é ato vinculado e sua motivação deve ser respeitada pelo julgador, tal como defendido pelo embargante.

Contudo, no presente caso, não houve alteração dos critérios jurídicos do lançamento, mas sim exame de sua validade à luz do ordenamento aplicável. *In casu*, a apreciação judicial limitou-se a verificar se, nos casos concretos, estavam presentes os requisitos legais para o gozo do

diferimento, hipótese que pode ser objeto de controle judicial sem violação aos arts. 142 e 146 do CTN.

Sanada tal omissão, passa-se a enfrentar os demais tópicos apontados pelo embargante, salientando-se que, conforme já esclarecido, não se reconhece omissão.

Quanto à distinção entre obrigações principais e acessórias prevista no art. 113 do CTN e quanto ao seu impacto na definição da sujeição passiva tributária, de fato, tal distinção é relevante e está prevista no artigo supramencionado.

Contudo, no caso concreto, a exigência tributária não se funda exclusivamente na violação de obrigação acessória. O que se verificou foi a descaracterização do regime jurídico do diferimento, diante do não cumprimento dos requisitos previstos nos Convênios, o que atrai a incidência do ICMS na forma ordinária. Portanto, não houve transferência indevida da sujeição passiva, mas sim aplicação da legislação tributária à espécie.

Quanto à eventual violação ao princípio da não surpresa, defendido pelo embargante diante da alegada adoção de fundamento não debatido previamente pelas partes, do mesmo modo, inexistente omissão no julgado.

Ainda que o fundamento decisório do acórdão – descumprimento dos requisitos dos Convênios – não tenha sido expressamente indicado pelo Fisco na contestação, trata-se de questão jurídica extraída dos elementos probatórios constantes dos autos, notadamente do laudo pericial, cujos termos (laudo), foram expressamente corroborados pelo ora embargante.

Acrescente-se, inclusive, que o descumprimento dos requisitos foi objeto de quesito específico do Fisco quando da realização da perícia, razão pela qual não há como se alegar violação ao princípio da não surpresa. Ademais, o ponto foi suscitado nas razões finais da Fazenda e encontra respaldo nos princípios do contraditório substancial e da ampla defesa. Assim, não se vislumbra violação ao art. 10 do CPC.

Por fim, no tocante à alegada omissão quanto à majoração indevida da base de cálculo da FECP, nada a considerar, uma vez que tal fundamento não foi objeto da sentença, tampouco foi objeto de apelação adesiva, nem mesmo incluído nas contrarrazões de apelação do ora embargante, razão pela qual tal matéria não pode ser trazida a análise desta Câmara somente em sede de aclaratórios sob pena de supressão de instância.

Portanto, sanada a omissão apontada – quanto aos fundamentos do auto de infração e à vedação de alteração dos critérios jurídicos do lançamento – rejeito o pedido de modificação do resultado do julgamento, porquanto os argumentos trazidos não infirmam, de plano, os fundamentos materiais que justificaram o parcial provimento da apelação, mas apenas demanda esclarecimento e enfrentamento explícito das teses jurídicas suscitadas, o que ora se faz, inclusive para fins de prequestionamento.

Ante o exposto, **VOTO PELO PARCIAL PROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, apenas para sanar a omissão indicada no primeiro tópico, sem alteração do resultado do julgamento.

Rio de Janeiro, data da assinatura

DES. SÉRGIO WAJZENBERG

Relator

vs