



Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 0073702-68.2023.8.19.0001

Embargante: CLADTEK DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE TUBOS E REVESTIMENTOS LTDA

Advogado: Luiz Gustavo Antônio Silva Bichara

Embargado: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Advogado: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro

Relator: Desembargador ANDRE RIBEIRO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPETRANTE QUE PRETENDE VER AFASTADA A OBRIGATORIEDADE DA REALIZAÇÃO DE DEPÓSITO EM PROL DO FUNDO ORÇAMENTÁRIO TEMPORÁRIO (“FOT”), INSTITUÍDO PELA LEI ESTADUAL N. 8.645/2019. ACÓRDÃO QUE DEU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA. ALEGAÇÃO DE OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO E OMISSÃO. RECURSO QUE NÃO MERECE PROSPERAR, JÁ QUE ESTE É INSTRUMENTO DE INTEGRAÇÃO DO JULGADO, QUER PELA OCORRÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE, O QUE NÃO OCORREU. ADEMAIS, A DECISÃO EMBARGADA TRAZ EM SEU BOJO TODOS OS ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS À SUA COMPLETA E PERFEITA INTERPRETAÇÃO. EMBARGOS OPOSTOS COM PRETENSÃO DE REDISCUTIR A MATÉRIA. CLARO INTUITO DE OBTER O PREQUESTIONAMENTO. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.

ACÓRDÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos por CLADTEK DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE TUBOS E



REVESTIMENTOS LTDA em face do Acórdão de índice 00392, que deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela ora embargante.

Veja-se as ementas dos arestos mencionados:

“APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPETRANTE QUE PRETENDE VER AFASTADA A OBRIGATORIEDADE DA REALIZAÇÃO DE DEPÓSITO EM PROL DO FUNDO ORÇAMENTÁRIO TEMPORÁRIO ("FOT"), INSTITUÍDO PELA LEI ESTADUAL N. 8.645/2019. SENTENÇA DE DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA RECLAMADA. INCONFORMISMO DA IMPETRANTE. Nos termos do que dispõe o artigo 1º, da Lei nº 12.016/2009, conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade. Portanto, o mandado de segurança visa à proteção de direito líquido e certo, desde que este seja comprovado de plano pelo impetrante. o cerne da controvérsia consiste na definição acerca da constitucionalidade e da legalidade da exigência de depósito ao Fundo Orçamentário Temporário ("FOT") como condição para a fruição de benefícios fiscais de ICMS pela via estreita do mandado de segurança. A Lei Estadual nº 8.645/2019 não incorreu em qualquer inovação no ordenamento jurídico, visto que trouxe em seu bojo a obrigação já vigente desde a edição da Lei Estadual nº 7.428/2016, qual seja, a obrigação de as pessoas jurídicas beneficiadas por qualquer benefício fiscal efetuarem, enquanto perdurar o Regime de Recuperação Fiscal - RRF, depósito de quantia equivalente a 10% (dez por cento) da diferença entre os valores do ICMS calculado com e sem a utilização do benefício fiscal. Conforme decisão do STF nos autos da ADI nº 5635, "são constitucionais as Leis nº 7.428/2016 e 8.645/2019, ambas do Estado do Rio de Janeiro, que instituíram o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal - FEEF e, posteriormente, o Fundo Orçamentário Temporário - FOT, fundos atípicos cujas receitas não estão vinculadas a um programa governamental específico e detalhado". Não se desconhece que é vedada a modificação de benefício ou incentivo fiscal concedido por prazo certo e sob determinada condição onerosa, nos termos do art.

178 do CTN e do verbete sumular nº 544 do STF. Nada obstante, a Lei Estadual nº 8.645/2019 não suprimiu benefício fiscal algum, mas apenas postergou sua fruição mediante redução temporária. Note-se que o Decreto nº 45.810/2016, que regulamentou o FEEF, dispôs sobre a possibilidade de prorrogação do benefício fiscal concedido por período necessário à compensação do montante depositado no fundo (art. 9º); o que foi posteriormente mantido pelo Decreto nº. 47.057/2020, que regulamentou o FOT, com algumas limitações. De fato, a apelante comprovou a sua habilitação no Regime Especial de Industrialização de bens destinados às atividades de exploração, de desenvolvimento e de produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos (Repetro-Industrialização), conforme se depreende do Ato Declaratório Executivo DRF/NIT nº 71/2020, bem como das Guias de Pagamento do FOT, documentos não impugnados pela parte apelada. Nada obstante, não se verifica prova pré-constituída de que lhe estaria sendo exigido o depósito ao FOT sobre a parcela do benefício concedido a prazo certo e condição onerosa. Não há que se falar na existência do direito líquido e certo alegado pela ora apelante, na medida em que inexiste qualquer óbice para a cobrança regularmente promovida pelo Estado do Rio de Janeiro a título de depósito para o Fundo Orçamentário Temporário ("FOT"). Em relação ao princípio da não cumulatividade, a sentença merece reparo. Na ocasião do julgamento da ADI n.5635, consignou-se a necessidade da análise casuística, ressaltando que o duplo aproveitamento dos créditos é incompatível com o princípio da não cumulatividade. Ressalte-se que tal entendimento foi reafirmado pela Suprema Corte por ocasião do julgamento do RE nº. 1.506.320, com Repercussão Geral Reconhecida (Tema 1386), no qual ainda foi rejeitada a tese de ofensa à garantia de direito adquirido em razão de o fundo alcançar benefícios concedidos por prazo certo e sob condição. Ainda sobre o tema, é importante destacar que, em sede de Embargos de Divergência nº. 1.521.931/RJ, o Supremo Tribunal Federal consignou que "a questão relacionada ao princípio da não cumulatividade do ICMS não pressupõe o exame de matéria fática, tampouco de legislação infraconstitucional, devendo ser aplicada tal garantia ao depósito instituído, sem prejuízo da vedação ao aproveitamento indevido dos créditos, nos termos da ADI 5635/DF". Impõe-se a reforma parcial da sentença, apenas, para consignar a necessidade de observância ao princípio da não cumulatividade, na forma da ADI 5635/DF, devendo,

ainda, ser desconsiderado o período de prorrogação, sob pena de bis in idem. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.”

Em suas razões (índice 00427), sustenta a embargante a existência de obscuridade, contradição e omissão no julgado firme no argumento de que *“a redução parcial do benefício da Lei Estadual nº 9.025/2020 suprime parte dos seus efeitos econômicos, sendo fundamental que o acórdão embargado esclareça eventual distinção entre a “redução” e a “supressão” e se a aplicação do art. 178 do CTN estaria limitada aos casos em que há a revogação completa do benefício fiscal instituído em favor do contribuinte, afastando-se o dispositivo quando há uma redução “parcial” e/ou “temporária”*. Além disso, aponta a embargante a existência de contradição, uma vez que, inicialmente, *“reconhece que a Embargante trouxe aos autos provas capazes de demonstrar a sujeição de seu benefício oneroso ao FOT, mas atesta que não foi pré-constituída prova que demonstrasse justamente o depósito ao FOT sobre esse mesmo benefício oneroso, como o REPETRO.”*. Aduz que o julgado é omissivo quanto à não cumulatividade e quanto à inaplicabilidade do FOT aos benefícios firmados nos termos do ART. 178 do CTN ou firmados mediante convênio autorizado por lei complementar e, ainda, que o acórdão, apesar de ter deferido o pedido subsidiário, silenciou sobre a forma de operacionalizar a não cumulatividade. Argumenta que o FOT não é destacado na nota fiscal, de forma que o sistema de escrituração estadual não identifica o depósito ao FOT como um débito apto a gerar um crédito, ressaltando que a própria SEFAZ/RJ – aproveitando essa limitação sistêmica – vem impedindo que contribuintes com decisão judicial favorável transitada em julgado observem a não cumulatividade do FOT. Por fim, reitera a sua alegação de ofensa ao art. 178 do CTN, acrescenta que a Lei Estadual tem previsão expressa que atrela a sua produção de efeitos o prazo de vigência do Regime de Recuperação Fiscal, cuja lei instituidora veda a redução de incentivos concedidos com prazo certo e sob condição determinada. Pede, ao final, o acolhimento dos embargos para sanar os vícios apontados, com a atribuição de efeitos infringentes, para declarar a inexigibilidade do FOT, julgando procedente a demanda.

Tempestividade do recurso certificada no índice 00434.

Contrarrazões (índice 0440), pelo não provimento do recurso.

É o Relatório. Passo ao voto.

O recurso é tempestivo, razão pela qual deve ser conhecido, não assistindo, entretanto, razão à embargante.

Isso porque os embargos de declaração se destinam a corrigir as obscuridades, contradições, omissões ou erro material, quando na decisão o sentido dela dificilmente pode ser apreendido, seja na fundamentação, seja na parte decisória, o que, sem dúvida não ocorreu.

Diversamente do que quer fazer crer a recorrente o acórdão não padece dos vícios apontados.

Note-se que este Órgão Julgador, concluiu, por unanimidade de votos, que a Lei Estadual nº 8.645/2019 não suprimiu benefício fiscal algum, mas apenas postergou sua fruição mediante redução temporária. Além disso, assentou-se que a prorrogação do benefício tal qual como prevista na legislação, já garante o equilíbrio da relação financeira, não havendo que se acolher a alegação de não sujeição ao FOT.

Desta forma, diante da clareza dos fundamentos adotados, é totalmente desnecessária qualquer digressão sobre eventual distinção entre a “redução” e a “supressão do benefício.

Igualmente, a alegação de contradição não merece acolhimento.

Com efeito, a contradição que se corrige pela via dos embargos de declaração é aquela silogística, referente ao encadeamento lógico entre as proposições do julgado, o que sem dúvida não ocorreu.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - CONTRADIÇÃO EXTERNA QUE NÃO AUTORIZA OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OFENSA A NORMA INFRALEGAL RECURSO ESPECIAL INCABÍVEL.

1. A contradição que autoriza o manejo dos embargos de declaração é a contradição interna, verificada entre os elementos que compõem a estrutura da decisão judicial, e não entre a solução alcançada e a solução que almejava o jurisdicionado; tampouco dá guarida à insurgência a suposta dissonância entre duas ou mais decisões, ainda que oriundas do mesmo órgão julgador.

2. (...).

4. Recurso especial não conhecido. (REsp 1250367/RJ, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Julgamento: 15/08/2013, DJe: 22/08/2013).

Veja-se que a embargante sustenta que “o acórdão se contradiz ao reconhecer que a recorrente comprovou estar habilitada no REPETRO (fl. 68) e se sujeitar ao depósito do FOT (fls. 70/75), e, ao mesmo tempo, alegar que “não se verifica prova pré-constituída de que lhe estaria sendo exigido o depósito ao FOT sobre a parcela do benefício concedido a prazo certo e condição onerosa”.

Sem razão a recorrente em sua argumentação.

Isso porque a mera comprovação de estar habilitada no regime diferenciado não implica, necessariamente, a demonstração da cobrança do FOT sobre o benefício fiscal. Por evidente, tratando-se de mandado de segurança, caberia a embargante apresentar minimamente o cumprimento das contrapartidas expressamente previstas no ato concessivo (para demonstrar a manutenção do benefício); documentos fiscais e memória de cálculo das operações concretas sobre as quais incidiu a suposta cobrança indevida; o que não foi feito.

No que tange à alegada omissão, o acórdão enfrentou a questão da vedação e modificação de incentivo fiscal concedido por prazo

certo e sob condição onerosa (art. 178 do CTN), concluindo que a hipótese em comento não se enquadra em tal proibição, já que “a Lei Estadual nº 8.645/2019 não suprimiu benefício fiscal algum, mas apenas postergou sua fruição mediante redução temporária”.

Melhor sorte não assiste à embargante, no que tange à omissão da “*forma de operacionalizar a não cumulatividade*”, uma vez que não foi formulado pedido expresso nesse sentido e, ainda que assim não fosse, não compete ao Poder Judiciário criar regras de cálculo de não cumulatividade, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Deste modo, independentemente do erro ou acerto do *decisum*, inexistem os vícios indicados, devendo o julgado ser mantido em todos os seus termos, uma vez que o acórdão atacado traz consigo todos os elementos indispensáveis à sua perfeita compreensão, não precisando, ademais, ser os fundamentos da decisão, necessariamente, aqueles desejados pelo recorrente.

Por fim, o intento declarado da recorrente é obter o prequestionamento como via de acesso às instâncias excepcionais.

Contudo, a pretensão não prospera, posto que o STJ admite o prequestionamento implícito:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ADIMPLENTO DE OBRIGAÇÃO SOBRE DOBRA ACIONÁRIA. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. 1. É inadmissível o recurso especial se o dispositivo legal apontado como violado não fez parte do juízo firmado no acórdão recorrido e se o Tribunal a quo não emitiu juízo de valor sobre a tese defendida no especial. Incidência da Súmula n. 211/STJ. 2. Há prequestionamento implícito dos dispositivos legais quando o acórdão recorrido emite juízo de valor fundamentado acerca da matéria por eles regida. de declaração, dirime, de forma expressa,

congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais. 4. Agravo regimental desprovido. 3. Afasta-se a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos. (AgRg no AREsp 354811 / PR - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0203714-4 – Relator Ministro J OÃO OTÁVIO DE NORONHA - Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento: 24/11/2015 - Data da Publicação/Fonte - DJe 30/11/2015).

Dessa forma, nada há que prover pela presente via, devendo o inconformismo da recorrente ser manifestado pelas vias excepcionais que entender adequadas.

Ante o exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

Desembargador ANDRÉ RIBEIRO
Relator