Registro: 2019.0000659284

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2274371-87.2018.8.26.0000, da Comarca de Embu-Guaçu, em que é agravante COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U. O 2º Juiz declarará voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), SOUZA NERY E OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 7 de agosto de 2019.

SOUZA MEIRELLES
RELATOR

Assinatura Eletrônica

Agravo de Instrumento nº *2274371-87.2018.8.26.0000*
Agravante: *Companhia Brasileira de Distribuição*
Agravada: *Fazenda Pública do Estado de São Paulo*
Comarca: *Embu-Guaçu*
Vara: *Vara Única*
TJSP (voto nº 14320)

Agravo de instrumento – Embargos à execução fiscal – Decadência do crédito tributário – Inclusão, dentre os objetos da perícia contábil a ser realizada na origem, da averiguação do pagamento parcial do tributo – Admissibilidade – Ponto controvertido cujo esclarecimento influenciará na forma de contagem do prazo decadencial aplicável – Inteligência dos arts. 150, §4º e 173, I do CTN – Precedentes – Recurso parcialmente provido

Agravo de instrumento manejado pela **Companhia Brasileira de Distribuição** em face da **Fazenda do Estado de São Paulo**, nos autos de embargos à execução fiscal em trâmite perante a Vara Única da Comarca de Embu-Guaçu, desafiando decisão que afastou a decadência do crédito tributário e determinou a realização de prova pericial.

Vindica a agravante a desconstituição da r. interlocutória dardejada, a fim de que seja reconhecida a decadência

parcial do crédito tributário, com a consequente extinção do crédito correspondente ao período anterior a 12/2002, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 156, V, ambos do CTN.

Subsidiariamente, pretende seja determinada a inclusão, como ponto controvertido a ser esclarecido pela perícia contábil já designada na origem, a análise da comprovação da liquidação parcial do ICMS, relegando-se para fase posterior à prova técnica a análise da ocorrência da decadência.

Recurso tempestivo, processado com parcial antecipação da tutela recursal e contrariado (fls. 704/711).

Tal, em abreviado, o relatório.

Trata-se, na origem, de embargos à execução fiscal nos quais a embargante ora agravante se opõe à cobrança de débito tributário oriundo do Auto de Infração nº 3.085.222-5, por meio do qual a Fazenda do Estado embargada exige penalidades pecuniárias decorrentes de suposto aproveitamento indevido de ICMS relativos à aquisição de energia elétrica, serviços de telecomunicação e ativo imobilizado.

Sobrevinda a intimação das partes para especificação de provas, a embargante ora agravante pugnou pela realização de prova pericial contábil para comprovar a *(i)* existência de

pagamentos parciais a justificar a aplicação do artigo 150, § 4º do CTN para fins de acolhimento da tese de decadência parcial do crédito tributário e *(ii)* regularidade do creditamento objeto da autuação.

Nesse contexto foi prolatada a r. decisão agravada, a qual apreciou parcialmente o mérito para afastar desde logo a decadência parcial do crédito tributário, bem como deferiu a produção de prova pericial contábil, fixando como ponto controvertido o esclarecimento da questão se, por ocasião do fato gerador, o todo ou parte da energia elétrica relacionada às atividades da executada embargante fora consumida ou não em processos industriais (fls. 105/110).

Contra tal decisão volta-se o presente recurso de agravo, interposto nos moldes relatados.

Em que pese aos fundamentos da interlocutória, o recurso comporta **parcial provimento**.

Com efeito, de rigor seja incluído dentre os pontos controvertidos objeto da perícia pendente de realização na origem a questão acerca da suposta ocorrência de pagamentos parciais de ICMS no curso do exercício de 2002.

Isso porque, acaso comprovado o pagamento

parcial do ICMS no questionado exercício, a contagem do prazo decadencial dar-se-ia, em princípio, na forma do **art. 150, §4º do CTN**, isto é, a partir do fato gerador.

Consabido, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, tal qual o ICMS, acaso verificadas irregularidades no pagamento, obsta-se a homologação e faculta-se à autoridade fiscal o direito à constituição do crédito tributário, o qual se submete a prazo decadencial.

Entrementes, duas hipóteses de irregularidades quanto ao pagamento do imposto afiguram-se possíveis: o contribuinte recolhe a menor o tributo (pagamento parcial), ou nada recolhe (ausência de pagamento).

Assim, na primeira hipótese do pagamento parcial, o prazo decadencial para o lançamento das diferenças é de 5 (cinco) anos a contar do fato gerador, conforme o art. 150, § 4º, do CTN.

Doutro turno, inexistindo pagamento, o prazo de decadência terá por termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte ao de ocorrência do fato gerador, consoante a regra do art. 173, I, do CTN.

A propósito, nesse sentido o entendimento desta **C. 12ª Câmara de Direito Público**:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. AIIM. CREDITAMENTO INDEVIDO. DECADÊNCIA. 1. REEXAME NECESSÁRIO. Valor da execução superior a 500 salários mínimos. Interposição obrigatória (art. 496, II, § 3º, II, do CPC) 2. Infração à legislação tributária. Recolhimento a menor do tributo em razão de creditamento indevido. Constituição do crédito por intermédio do AIIM depois do lustro legal previsto no artigo 150, § 4º, do CTN. Decadência reconhecida. Inaplicabilidade do art. 173, I, do mesmo Codex. Procedência dos embargos mantida. 3. VERBA HONORÁRIA. Fixação por equidade, considerando o valor elevado da causa (R$ 4.405.998,86). Observância da razoabilidade e proporcionalidade, bem como do princípio geral do direito que veda o enriquecimento sem causa. 4. Reexame necessário e recurso fazendário providos em parte. (Apelação nº 1000740-11.2014.8.26.0014. 12ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Osvaldo de Oliveira. j. 19/09/2018)

Na vertente dos autos, suscitando-se controvérsia nos embargos à execução em torno do **pagamento parcial do débito fiscal**, tal circunstância deverá ser objeto de averiguação pela perícia contábil designada nos autos originários, uma vez que, acaso efetivamente demonstrada a hipótese do recolhimento a menor, a contagem do prazo decadencial dar-se-á na forma do art. 150, §4º do CTN.

Ante o exposto, de rigor o **parcial provimento** do recurso para incluir dentre os pontos controvertidos que deverão ser esclarecidos pela prova técnica pericial a **eventual ocorrência de pagamento parcial do débito fiscal questionado**, relegando-se para a fase posterior à conclusão da perícia a apreciação da possível

decadência do direito à constituição do crédito tributário.

Antecipo-me, por diretiva de **economia processual** e, sobretudo, visando a **agilizar o acesso aos Tribunais Superiores**, expender, à guisa de mera recomendação, os principais critérios que ordinariamente balizam esta Relatoria no juízo de admissibilidade dos embargos declaratórios, os quais expressam a compreensão majoritária deste Egrégio **Tribunal de Justiça** e do A. **Superior Tribunal de Justiça** e, uma vez observados, prestam-se como roteiro seguro para se suprimir eficazmente o risco de serem recepcionados como procrastinatórios e incorrerem as partes na sanção pecuniária estipulada no **art. 1.026**, **parágrafo segundo**, do **Código de Processo Civil**:

I – desnecessidade do enfrentamento pelo magistrado de todas as questões suscitadas pelas partes quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (STJ, 1ª Seção, EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, j. 8.6.2016).

II - Não se exige enumeração ou interpretação expressa de dispositivos legais, pois...

> "*não cabe esse recurso em matéria cível para o Judiciário mencionar qual a lei, ou o artigo dela, ou da*

Constituição Federal etc., que esteja a aplicar. Deixar de fazê-lo não é omissão no sentido legal: não existe tal pressuposto para a completude do julgamento cível. Essa subsunção de natureza tópica é assunto para qualquer intérprete. Para a fundamentação do julgado o necessário e suficiente é que se trabalhe mentalmente com os conceitos vigentes contidos no sistema jurídico[1]*."*

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO.

I - Incabíveis os embargos de declaração se inexiste omissão, obscuridade ou contradição no acórdão recorrido.

II - <u>O Tribunal não fica obrigado a pronunciar-se acerca de todos os artigos de lei invocados pela parte, desde que decida a matéria questionada sob fundamento suficiente para sustentar a manifestação jurisdicional</u>.

III - Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no RMS 11.909/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2005, DJ 26/09/2005, p. 268 – o grifo o foi por nós)

III – os embargos de declaração não se prestam à revisão do julgado:

Embargos de declaração em embargos de declaração em agravo regimental em recurso especial. Repetição de indébito. Restituição por via de precatório. Possibilidade. Matéria decidida pela 1a.

[1] [1] EDcl nº 147.433-1/4-01/SP, 2ª Câmara Civil, citados nos EDcl nº 199.368-1, julgado pela 1ª Câmara, Des. Rel. Guimarães e Souza.

seção no REsp 1.114.404/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJ 22/02/2010, sob o regime do art. 543-C do CPC. Inexistência de omissão. Revisão do julgado. Inadmissibilidade. Embargos de declaração da Fazenda Nacional rejeitados.

(...)

4. É da tradição mais respeitável dos estudos de processo que o recurso de Embargos de Declaração, desafiado contra decisão judicial monocrática ou colegiada, se subordina, invencivelmente, à presença de pelo menos um destes requisitos: (a) obscuridade, (b) contradição ou (c) omissão, querendo isso dizer que, se a decisão embargada não contiver uma dessas falhas, o recurso não deve ser conhecido e, se conhecido, deve ser desprovido.

5. Não se presta este recurso *sui generis* à finalidade de sustentar eventual incorreção do *decisum* hostilizado ou propiciar novo exame da própria questão de direito material, de modo a viabilizar, em sede processual inadequada, a desconstituição de ato judicial regularmente proferido; no caso, da leitura da extensa peça recursal, observa-se claramente ser esse o intuito da embargante.

6. Ante o exposto, rejeitam-se os Embargos Declaratórios. (STJ, EDcl nos EDcl no AgRg no REsp nº 1.086.243/SC, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1ª Turma, j. 5.2.2013 – o grifo o foi por nós).

IV - Ainda que se entenda que o julgado contém vícios, o art. 1.025, do Código de Processo Civil é expresso no sentido de que:

"*Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-*

questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Ficam as partes notificadas de que, em caso de oposição de embargos declaratórios, o processamento e o julgamento se realizarão por meio virtual.

Postas tais premissas, por meu voto, **dou parcial provimento** ao recurso.

SOUZA MEIRELLES
Desembargador Relator

Voto nº 47.686
Agravo de Instrumento nº 2274371-87.2018.8.26.0000
Comarca: Embu-Guaçu
Agravante: Companhia Brasileira de Distribuição
Agravado: Estado de São Paulo

DECLARAÇÃO DE VOTO

Concorde com o voto do eminente Desembargador SOUZA MEIRELLES, ilustre Relator sorteado, penso, entretanto, seja meu dever esclarecer que o não acompanho na parte final de sua manifestação, aquela referente à antecipação de seu entendimento acerca dos embargos de declaração.

E assim o faço por entender ser vedado ao Poder Judiciário antecipar-se ao pedido do eventual interessado, pedido cuja formulação ainda nem sequer é possível, por isso que não há como oferecer embargos declaratórios antes de proferido o julgamento.

É do próprio voto do eminente Desembargador Relator o reconhecer estar ele antecipando-se às partes, para estabelecer critérios de admissibilidade de eventuais, futuros e incertos embargos de declaração.

Tais condições, no entanto, não se encontram elencadas no dispositivo legal que trata dos embargos declaratórios (CPC, art. 1.022), decorrendo apenas de construção jurisprudencial e esbarrando na vedação insculpida no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal.

A advertência quase soa como ameaça ao asseverar que observados os

critérios referidos "suprime-se eficazmente o risco da sanção pecuniária estipulada no art. 1 .026, parágrafo segundo, do Código de Processo Civil".

Estas as razões pelas quais meu voto, embora acompanhe aquele proferido pelo eminente Des. SOUZA MEIRELLES, não o subscreve em relação à prepostera abordagem da questão dos embargos de declaração.

José Orestes de **SOUZA NERY**, Desembargador

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	10	Acórdãos Eletrônicos	JOSE ROBERTO DE SOUZA MEIRELLES	D35263E
11	12	Declarações de Votos	JOSE ORESTES DE SOUZA NERY	D53B707

Para conferir o original acesse o site: https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informando o processo 2274371-87.2018.8.26.0000 e o código de confirmação da tabela acima.