AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.451.510 - BA (2019/0044154-2)

AGRAVANTE : ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR : ELIETE SAMPAIO LACERDA SENRA - BA012495
AGRAVADO : CIA DE FERRO LIGAS DA BAHIA FERBASA
ADVOGADOS : CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO - BA017769
MARLUZI ANDREA COSTA BARROS - BA000896B
JANA MAIRA MATIAS DOURADO - BA035699
PEDRO JOSE DE OLIVEIRA JUNIOR - BA046770

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por ESTADO DA BAHIA contra a decisão que inadmitiu o recurso especial fundando no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal.

Na origem, trata-se de ação declaratória c/c anulatória de débito fiscal cujo valor da causa, em março de 2014, era de R$ 62.177,44 (sessenta e dois mil, cento e setenta e sete reais e quarenta e quatro centavos).

Após sentença que julgou procedentes os pleitos autorais, foi interposta apelação. que teve seu provimento negado pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. O referido acórdão foi assim ementado, *in verbis*:

> EMENTA: TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA FISCAL (ICMS). APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. IMPOSTO "POR DENTRO". BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DE OPERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA EM 52% (CINQUENTA E DOIS POR CENTO) PARA INDÚSTRIA. APELAÇÃO IMPROVIDA. DEVOLUÇÃO DE CUSTAS ADIANTADAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM RS 5.000,00 (CINCO MIL REAIS) PELO ENTE ESTADUAL. SENTENÇA CONFIRMADA EM REMESSA NECESSÁRIA. AUTO DE INFRAÇÃO DE N° 298574.0005/12-7 ANULADO.
>
> I - À apreciação dessa Terceira Câmara de Justiça, submetem-se a remessa necessária de julgamento de mérito e o recurso de apelação interposto pelo Estado da Bahia contra a sentença de mérito que reconheceu o método de cálculo utilizado pela contribuinte apelada e anulou o auto de infração de n° 298574.0005/12-7 lançado por causa de alegada ausência de recolhimento integral de ICMS acerca da entrada de energia elétrica em estabelecimento industrial, nos períodos de janeiro de 2009 e fevereiro a agosto de 2010.
>
> II - O STF já pacificou o entendimento acerca da constitucionalidade do artigo 13, §1°, inciso I, da Lei complementar 87/1996, segundo o qual a base de cálculo do ICMS, devido ao denominado "imposto por dentro", corresponderá ao percentual da operação ou prestação somado ao próprio tributo.
>
> III - A alíquota incidente, com arrimo no artigo 16, inciso II, alínea "i", e, artigo 16-A, ambos do Regulamento do ICMS, será de 25%, destinada às

operações com energia elétrica e 2% para o Fundo de combate e erradicação da pobreza promovida pelo Estado da Bahia, totalizando o valor de 27% sobre o montante tributável.

IV - Constata-se que a demanda traz à baila da discussão, qual será o momento adequado para a contribuinte gozar da redução de 52% da base de cálculo das operações com energia elétrica de indústria, com fulcro no artigo 80, inciso I, alínea "a", do Regulamento do ICMS baiano/1997.

V - Não pode o fisco estadual escolher o instante para aplicar a redução da base de cálculo das operações com energia elétrica, isso porque, o legislador infraconstitucional não demonstra por qual etapa a base de cálculo do ICMS passará a existir, o que se tem definido é a necessidade de se inserir o montante do próprio tributo aqui discutido, acrescido do percentual oriundo da operação final que deu ensejo à tributação, à base de cálculo.

VI - É vedado aos entes federativos o lançamento de autos de infração sem embasamento legal, inadmitindo-se, consoante ao artigo 108, I a IV e §1°, e, art. 111, II, do CTN, a aplicação de analogia para a prevalecer limites não previstos na forma estritamente legal de concessão de benefício fiscal.

VII - Em razão de inexistência de previsão legal que estabeleça critérios limitadores ao benefício redutor, previsto pelo artigo 80, inciso I, do Regulamento de ICMS/97, ao contribuinte, cuja atividade é ligada ao ramo da indústria, será assegurado o direito, na contabilização do percentual tributável, a diminuição de 52% da base de cálculo originária, que equivale ao preço final resultante do ingresso de energia elétrica. Por consequência, deve ser anulado o lançamento do auto de infração de n° 298574-0005/12-7, pois patente a ilegalidade da cobrança.

VIII - No que diz respeito aos honorários advocatícios, arbitrados na origem no importe de R$ 5.000,00, não carece de reforma, uma vez que foram observados os preceitos normativos do artigo 85, §2°, incisos I a IV, e §3°, inciso I, do CPC/2015.

IX - Acerca da isenção de custas processuais que goza a Fazenda Pública, entendeu o STJ, em sede de recursos repetitivos, paradigma 1.107.543/SP da relatoria do Ministro Luiz Fux, que deve a Fazenda reembolsar à parte vencedora as custas adiantadas no curso do processo.

APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELO ESTADO DA BAHIA IMPROVIDA. SENTENÇA DE FLS. 733-736 MANTIDA INCÓLUME EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.

Os embargos de declaração interpostos foram improvidos.

Contra a decisão cuja ementa se encontra acima transcrita, ESTADO DA BAHIA interpôs recurso especial, apontando violação ao art. 1.022, II do CPC/2015.

Sustenta, em síntese, que o tribunal *a quo* foi omisso ao não se manifestar sobre sua alegação de que *"independentemente do momento da aplicação do benefício da redução da base de cálculo do ICMS devido - se antes ou depois da sua inclusão na base de cálculo normal - o resultado final é o mesmo"*.

Apresentadas contrarrazões pela manutenção do acórdão recorrido.

Após decisão que inadmitiu o recurso especial, com base no óbice da Súmula 280/STF, foi interposto o presente agravo, tendo o recorrente apresentado argumentos visando rebater os fundamentos da decisão agravada.

É o relatório. Decido.

Considerando que o agravante, além de atender aos demais pressupostos de admissibilidade deste agravo, logrou impugnar a fundamentação da decisão agravada, passo ao exame do recurso especial interposto.

Em relação à indicada violação do art. 1.022, II do CPC/2015, não se vislumbra a alegada omissão da questão jurídica apresentada pelo recorrente, qual seja, a ausência de manifestação do tribunal *a quo* sobre o momento da aplicação do benefício de redução da base de cálculo do ICMS e suas consequências.

Isso porque, o julgador abordou a questão às fls. 819 e seguintes, consignando que:

> Ultrapassados esses pontos, contata-se que a demanda traz à baila da discussão, qual será o momento adequado para a contribuinte gozar da redução de 52% (cinquenta e dois por cento) da base de cálculo de operações com energia elétrica de indústria, com fulcro no artigo 80, inciso I, alínea "a", do Regulamento do Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços baiano.
>
> (...)
>
> Sobre o tema, não pode o fisco estadual, partindo de interpretação inapropriada, escolher o instante, reputado como ideal, para reduzir a base de cálculo das operações com energia elétrica, uma vez que para a sua aferição, é imperioso destacar o valor final negócio jurídico (ingresso de energia elétrica) e com isso determinar o montante do "imposto para dentro" devido.
>
> Isso porque, no mencionado artigo 13, §1°, inciso I, da Lei Complementar 87/1996, o legislador infraconstitucional não demonstra por qual etapa a base de cálculo do ICMS passará a existir, o que se tem definido, conforme já exposto no corpo deste voto, é a necessidade de se inserir o montante do próprio tributo aqui discutido, acrescido do percentual oriundo da operação final que deu ensejo à tributação, à base de cálculo.
>
> Como se sabe, dentre as normas tributárias existentes, é vedado aos entes federativos o lançamento de autos de infração sem embasamento legal, inadmitindo- se, consoante ao artigo 108, incisos I a IV e §1°, e artigo 111, inciso II, do Código Tributário Nacional, a aplicação de analogia para prevalecer limites não previstos na forma estritamente legal de concessão de benefício fiscal.
>
> (...)
>
> Dessa forma, em razão de inexistência de previsão legal que estabeleça critérios limitadores ao benefício redutor, previsto pelo artigo 80, inciso I, do RICMS/97, deve o contribuinte, cuja atividade é ligada ao ramo da indústria, ter assegurado o direito, na contabilização do percentual tributável, a diminuição de 52% (cinquenta e dois por cento) da base de cálculo originária, que equivale ao preço final resultante do ingresso de energia elétrica no estabelecimento industrial.
>
> Por consequência, deve ser anulado o lançamento do auto de infração

de n° 298574-0005/12-7, pois patente a ilegalidade.

Nesse panorama, a oposição dos embargos declaratórios caracterizou, tão somente, a irresignação do embargante diante de decisão contrária a seus interesses, o que não viabiliza o referido recurso.

Descaracterizada a alegada omissão, tem-se de rigor o afastamento da suposta violação do art. 1.022, II do CPC/2015, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. INOCORRÊNCIA. BENEFÍCIO DE GRATUITA DA JUSTIÇA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE DE ARCAR COM AS CUSTAS DO PROCESSO. MULTA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ART. 4º, §1º, DA LEI 1.060/50. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
>
> 1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015.
>
> 2. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).
>
> 3. Agravo interno não provido.
>
> (AgInt no REsp 1.625.513/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 2/2/2017, DJe 8/2/2017).
>
> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE QUAISQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/2015. REDISCUSSÃO DE QUESTÕES DECIDIDAS. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. ERRO GROSSEIRO.
>
> 1. De acordo com a norma prevista no art. 1.022 do CPC/2015, são cabíveis embargos de declaração nas hipóteses de obscuridade, contradição ou omissão da decisão recorrida.
>
> 2. No caso, não se verifica a existência de quaisquer das deficiências em questão, pois o acórdão embargado enfrentou e decidiu, de maneira integral e com fundamentação suficiente, toda a controvérsia posta no recurso.
>
> 3. Configura erro grosseiro a interposição de agravo regimental em face de decisão colegiada, de modo que não é cabível a aplicação do princípio da fungibilidade recursal para conhecer do recurso como embargos de declaração.
>
> 4. Embargos de declaração rejeitados.
>
> (EDcl no AgRg no AgRg no REsp 958.813/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 2/2/2017, DJe 13/2/2017).

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, *b*,

do RISTJ, conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 13 de maio de 2019.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator