

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.776.856 - SP (2020/0271274-0)

RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE DO STJ
AGRAVANTE : CATION INDÚSTRIA E COMÉRCIO EIRELI
ADVOGADOS : FLÁVIO RICARDO FERREIRA - SP198445
: UMBERTO PIAZZA JACOBS - SP288452
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORE : LUCIANA GIACOMINI OCCHIUTO NUNES - SP141486
S
MARIA FENANDA SILIOS ARAUJO - SP022786

DECISÃO

Cuida-se de agravo apresentado por CATION INDÚSTRIA E COMÉRCIO EIRELI contra a decisão que não admitiu seu recurso especial.

O apelo nobre, fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da CF/88, visa reformar acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, assim resumido:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS.

Embargante autuada por deixar de escriturar a entrada de energia elétrica no estabelecimento e deixar de incluir na base de cálculo do imposto a energia elétrica empregada nas operações de industrialização por conta de terceiros.

ENERGIA ELÉTRICA. Escrituração da entrada das mercadorias no estabelecimento, nos termos do art. 214 do RICMS. Disciplina da industrialização por conta de terceiros que determina a inclusão na base de cálculo do ICMS, no retorno do produto, das mercadorias próprias empregadas no processo de industrialização. Higidez da CDA. **CRÉDITO DE ICMS.** Energia elétrica que dá direito a crédito quando consumida em processo de industrialização. Creditamento do imposto que é ônus do contribuinte. Lançamento de ofício que não tem o dever de proceder à compensação de créditos não escriturados pelo contribuinte.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Elevado valor da causa (mais de dois milhões de reais). Percentual fixado na sentença e critérios previstos no §3º do art. 85 do CPC que, se adotados, implicariam arbitramento de montante desproporcional às características da demanda. Necessidade de fixação da verba honorária por apreciação equitativa, que assegura o arbitramento de montante razoável, compatível com as peculiaridades do caso concreto. Sentença de procedência parcial. Recurso da embargante provido em parte, para reduzir os honorários advocatícios.

Alega violação do item 14.05 da Lei Complementar n. 116/2003. Afirma a não incidência do ICMS sobre as operações de industrialização por encomenda, trazendo o(s) seguinte(s) argumento(s):

O presente apelo merece processamento pelo fato de acórdão combatido contrariar o disposto no item 14.5 da Lei Complementar n.º 116/03 ao determinar a incidência do ICMS ao invés do ISS nos serviços realizados pela Recorrente.

Ora, foi reconhecido que os serviços realizados pela Recorrente são os mesmos contestantes no item 14.5 da Lei Complementar citada, todavia, o E. Tribunal recorrido deixou de lado a referida lei, por entender que estes serviços configuram hipótese de incidência do ICMS.

O caso em foco, portanto, se enquadra no disposto no artigo 105, inciso III, alínea "a" da Constituição Federal (CF), autorizando o conhecimento deste apelo especial por essa r. Corte para avaliar se a decisão recorrida está em conformidade com o ordenamento jurídico, pois, à evidência, ela contrariou o disposto no item 14.5 da Lei Complementar n.º 116/003 (fl. 371).

Aduz, ainda, a ocorrência de divergência jurisprudencial quanto a essa mesma controvérsia.

É, no essencial, o relatório. Decido.

Na espécie, o acórdão recorrido assim decidiu:

Ao contrário do que alega a embargante, as atividades por ela desempenhadas estão sujeitas ao ICMS. Com o respeito que merece o entendimento em sentido contrário, considero que as operações de industrialização por encomenda ou por conta e ordem de terceiros, de bens destinados à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de circulação de mercadoria, subsomem-se à hipótese de incidência do ICMS e não do ISS. Isso porque se trata de etapa intermediária do ciclo produtivo da mercadoria. Nesse sentido decidiu o STF, em sede cautelar na ADI 4389/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 13.04.2011, cuja extinção por perda do objeto não prejudica o raciocínio jurídico antes exposto.

Ademais, tampouco a embargante questionava a incidência do ICMS sobre suas operações, uma vez que o lançamento foi motivado pela não inclusão da energia elétrica na base de cálculo do imposto destacado por ela, nas notas fiscais de retorno das mercadorias aos seus clientes, como se apreende pelo auto de infração e imposição de multa (fls. 30/34) que deu origem à CDA executada.

Não altera tal entendimento a mudança operada pela Lei

Complementar 127/16 - posterior aos fatos do caso concreto-, que incluiu na lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/03 atividades que supostamente alcançam as desempenhadas pela embargante (fls. 358/359, destaque meu).

Aplicável, portanto, o óbice da Súmula n. 284/STF, uma vez que as razões recursais delineadas no especial estão dissociadas dos fundamentos utilizados no aresto impugnado, tendo em vista que a parte recorrente não impugnou, de forma específica, os seus fundamentos, o que atrai a aplicação, por conseguinte, do referido enunciado: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Nesse sentido, esta Corte Superior de Justiça já se manifestou na linha de que, “não atacado o fundamento do aresto recorrido, evidente deficiência nas razões do apelo nobre, o que inviabiliza a sua análise por este Sodalício, ante o óbice do Enunciado n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal”. (AgRg no AREsp n. 1.200.796/PE, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 24/8/2018.)

Confirmam-se ainda os seguintes julgados: AgInt no Resp 1.811.491/SP, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 19/11/2019; AgInt no AREsp 1637445/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe de 13/8/2020; AgInt no AREsp 1647046/PR, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 27/8/2020; e AgRg nos EDcl no REsp n. 1.477.669/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 2/5/2018.

Quanto à divergência alegada, especificamente, o acórdão recorrido assim decidiu:

Ao contrário do que alega a embargante, as atividades por ela desempenhadas estão sujeitas ao ICMS. Com o respeito que merece o entendimento em sentido contrário, considero que as operações de industrialização por encomenda ou por conta e ordem de terceiros, de bens destinados à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de circulação de mercadoria, subsomem-se à hipótese de incidência do ICMS e não do ISS. Isso porque se trata de etapa intermediária do ciclo produtivo da mercadoria. Nesse sentido decidiu o STF, em sede cautelar na ADI 4389/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 13.04.2011, cuja extinção por perda do objeto não prejudica o raciocínio jurídico antes exposto.

Ademais, tampouco a embargante questionava a incidência do ICMS sobre suas operações, uma vez que o lançamento foi motivado pela não inclusão da energia elétrica na base de cálculo do imposto destacado por ela, nas notas fiscais de

retorno das mercadorias aos seus clientes, como se apreende pelo auto de infração e imposição de multa (fls. 30/34) que deu origem à CDA executada.

Não altera tal entendimento a mudança operada pela Lei Complementar 127/16 - posterior aos fatos do caso concreto-, que incluiu na lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/03 atividades que supostamente alcançam as desempenhadas pela embargante (fls. 358/359, destaque meu).

Assim, no que concerne à controvérsia debatida nos autos, na espécie, acresça-se que não foi comprovado o dissídio jurisprudencial, uma vez que inexistente a necessária similitude fática e identidade jurídica entre o acórdão recorrido e o paradigma indicado, que não decidiu a questão com base nas mesmas circunstâncias acima delineadas.

Nesse sentido, o STJ decidiu: "Quanto à apontada divergência jurisprudencial, observa-se que os acórdãos confrontados não possuem a mesma similitude fática e jurídica, uma vez que, enquanto o acórdão recorrido trata da prescrição quanto à indenização pela demora injustificada na concessão de aposentadoria, os acórdãos paradigmas cuidam do termo inicial da prescrição para requerer a conversão de licença-prêmio não gozada em pecúnia". (AgInt no REsp 1.659.721/SC, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 29/5/2020.)

Confirmam-se ainda os seguintes precedentes: AREsp 1.241.527/RS, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 26/3/2019; AgInt no AREsp 1.385.820/RS, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 2/4/2019; AgInt no AREsp 1.625.775/RS, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 25/6/2020.

Ante o exposto, com base no art. 21-E, V, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial.

Nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários de advogado em desfavor da parte recorrente em 15% sobre o valor já arbitrado nas instâncias de origem, observados, se aplicáveis, os limites percentuais previstos nos §§ 2º e 3º do referido dispositivo legal, bem como eventual concessão de justiça gratuita.

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 13 de janeiro de 2021.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Presidente