

**EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
1.562.927 RIO DE JANEIRO**

RELATOR	: MIN. FLÁVIO DINO
EMBTE.(S)	: SUPERGASBRAS ENERGIA LTDA
ADV.(A/S)	: GERSON STOCCO DE SIQUEIRA
ADV.(A/S)	: LEANDRO DAUMAS PASSOS
EMBDO.(A/S)	: ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Flávio Dino (Relator): Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão pelo qual a Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal negou provimento ao agravo interno.

Transcrevo a ementa do acórdão embargado:

“Direito tributário. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Fundo Estadual de Combate à Pobreza (FECF). Adicional de alíquota de ICMS sobre energia elétrica e telecomunicações. Validade. Emenda Constitucional 42/2003. Tema 1305. Inaplicabilidade do Tema 745 da repercussão geral. Honorários majorados. Agravo Conhecido e Não Provido.

I. Caso em exame

1. Agravo interno interposto contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário com agravo.

2. A parte recorrente busca afastar a alíquota majorada do Fundo Estadual de Combate à Pobreza (FECF) na aquisição de energia elétrica e telecomunicações, pleiteando a incidência da alíquota ordinária e a restituição de valores, com base nos princípios da seletividade do ICMS, isonomia, capacidade contributiva, não-confisco, razoabilidade e proporcionalidade.

3. A decisão agravada manteve o entendimento de que a Emenda Constitucional nº 42/2003 validou os adicionais criados

pelos Estados e pelo Distrito Federal destinados aos Fundos de Combate e Erradicação à Pobreza, e que o Tema nº 745 da repercussão geral não se aplica ao adicional de alíquota de ICMS destinado a esses fundos.

II. Questão em discussão

4. Há duas questões em discussão: (i) saber se é válida a cobrança da alíquota majorada do Fundo Estadual de Combate à Pobreza (FECF) sobre energia elétrica e telecomunicações; e (ii) saber se a tese de repercussão geral fixada no Tema nº 745, que trata da seletividade do ICMS para bens e serviços essenciais, é aplicável ao adicional de alíquota de ICMS destinado aos fundos de combate à pobreza.

III. Razões de decidir

5. A Emenda Constitucional nº 42/2003 convalidou os adicionais de alíquota de ICMS destinados aos Fundos de Combate e Erradicação à Pobreza, instituídos pelos Estados e pelo Distrito Federal, bem como a legislação estadual que os criou, mesmo que posterior, até que sobrevenha lei complementar federal sobre a matéria, conforme reafirmado no Tema 1305 da repercussão geral.

6. A tese de repercussão geral fixada no Tema nº 745, que estabelece que alíquotas de ICMS sobre energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral discrepam do figurino constitucional, não se aplica ao adicional de alíquota de ICMS destinado aos fundos de combate à pobreza.

7. As decisões proferidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 7.077 e 7.716 declararam a validade da cobrança do adicional destinado ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza, com a ressalva de que a Lei Complementar nº 194/2022 suspendeu a eficácia dos dispositivos que instituíam o adicional sobre bens e serviços

essenciais.

8. Rever a conclusão do tribunal de origem demandaria o exame e a interpretação de legislação infraconstitucional local e o reexame de fatos e provas, o que é vedado pelas Súmulas nº 279 e 280 do Supremo Tribunal Federal.

IV. Dispositivo

9. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita.

10. Agravo interno conhecido e não provido.”

Com amparo no art. 1.022 do CPC, a parte embargante aponta omissão no julgado. Argumenta, em síntese, que:

“[...]

1.1. OMISSÃO DECORRENTE DA ADOÇÃO DE PREMISSE JURÍDICA DIVERSA DAQUELA QUE DELIMITA A CONTROVÉRSIA

O acórdão embargado incorreu em omissão relevante ao não enfrentar a controvérsia nos exatos termos em que foi devolvida a esta Suprema Corte, adotando, para afastar a pretensão da Embargante, premissa jurídica relacionada à validade da instituição do FECP, embora a discussão dos autos esteja especificamente voltada à validade da majoração de sua alíquota sobre serviços essenciais.

Com efeito, o próprio relatório registra que a Embargante “não questiona a instituição do FECP em si, mas apenas a majoração da alíquota”, consignando, ainda, que a controvérsia

se refere à constitucionalidade da alíquota majorada incidente sobre energia elétrica e telecomunicações.

[...]

A Embargante não controverte a validade constitucional da instituição do adicional. O que se sustenta é que essa premissa não encerra a discussão acerca da validade de sua incidência majorada sobre serviços essenciais, à luz dos arts. 150, II e IV, e 155, §2º, III, da CF/88. São, portanto, questões distintas: de um lado, a validade do adicional destinado ao FECP, matéria alcançada pelo art. 4º da EC n. 42/03 e pelo Tema 1.305/STF; de outro, a compatibilidade constitucional da carga tributária resultante de sua incidência majorada sobre energia elétrica e telecomunicações.

[...]

1.2. OMISSÃO QUANTO À INCIDÊNCIA DAS RAZÕES DE DECIDIR DO TEMA 745/STF NA CONTROVÉRSIA DOS AUTOS

O acórdão embargado também incorreu em omissão quanto à questão expressamente suscitada pela Embargante acerca da incidência das razões de decidir do Tema 745/STF sobre a controvérsia dos autos.

Conforme expressamente sustentado no Agravo Interno, a Embargante não postulou a aplicação da tese firmada no Tema 745/STF ao adicional destinado ao FECP, mas a consideração, na solução da controvérsia, da razão constitucional de decidir adotada naquele julgamento, fundada na essencialidade da energia elétrica e dos serviços de telecomunicações e na consequente impossibilidade de lhes impor carga tributária mais gravosa mediante a adoção de alíquota superior àquela aplicável às operações em geral.

[...]

1.3. OMISSÃO QUANTO À REPERCUSSÃO DOS JULGAMENTOS PROFERIDOS NAS ADIs 7.077/RJ E 7.716/PB SOBRE A CONTROVÉRSIA DOS AUTOS

O acórdão embargado também incorreu em omissão quanto à repercussão, sobre a controvérsia dos autos, dos julgamentos proferidos nas ADIs n. 7.077/RJ e 7.716/PB, embora tenha expressamente invocado esses precedentes para afirmar que a sua superveniência não alteraria o entendimento anteriormente adotado. Com efeito, o voto condutor consignou que, nas referidas ações, teria sido “declarada a validade da cobrança do adicional destinado ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza”, concluindo, a partir disso, que as ADIs não modificariam a compreensão anteriormente adotada quanto à matéria.

[...]

1.4. OMISSÃO QUANTO À EFETIVA INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 279 E 280/STF

O acórdão embargado incorreu, ainda, em omissão quanto à incidência concreta das Súmulas 279 e 280/STF, ao afirmar, de forma genérica, que o acolhimento da pretensão demandaria o exame da legislação infraconstitucional local e o reexame de fatos e provas, sem indicar quais elementos da controvérsia constitucional exigiriam tais providências.

Conforme já demonstrado, a pretensão recursal foi delimitada à análise da validade constitucional da majoração do adicional do FECF incidente sobre energia elétrica e telecomunicações, não se questionando a instituição do Fundo nem dependendo a tese deduzida da reconstrução do quadro fático dos autos.”

Requer o acolhimento dos embargos.

É o relatório.