

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1323271 - PE (2012/0052417-5)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
AGRAVANTE : TIM CELULAR S.A
AGRAVANTE : CLARO S.A
AGRAVANTE : OI MÓVEL S.A INCORPORADOR DO
- : TNL PCS S/A
ADVOGADOS : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S) -
MG009007
HUMBERTO BARRETTO URQUIZA - PE019930
ANDRÉ MENDES MOREIRA E OUTRO(S) - MG087017
AGRAVADO : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : LUCIANA ESPÍNDOLA AZEVEDO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. ANÁLISE. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. ACÓRDÃO FUNDADO EM LEGISLAÇÃO ESTADUAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280/STF.

1. O Tribunal de origem, soberano na análise das provas, afirmou que não houve cerceamento de defesa, no presente caso. Assim, para afastar o entendimento a que chegou a Corte *a quo*, é necessário o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável em recurso especial, por óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

2. A discussão acerca da base de cálculo demandaria o exame de legislação local, tendo em vista que o Tribunal de origem adotou como fundamento do *decisum* a Lei estadual n. 10.259/1989 e o Decreto estadual n. 27.764/2005.

3. Tal circunstância torna inviável o acolhimento do recurso especial, consoante a aplicação analógica do enunciado 280 constante da Súmula do STF, que dispõe: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário."

4. Os mesmos óbices aplicáveis ao recurso especial interposto com base na alínea "a" impedem a análise do

recurso especial fundado na alínea "c".
5. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 29 de abril de 2020 (Data do Julgamento)

Ministro Og Fernandes
Relator

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.323.271 - PE (2012/0052417-5)

AGRAVANTE : TIM CELULAR S.A
AGRAVANTE : CLARO S.A
AGRAVANTE : OI MÓVEL S.A INCORPORADOR DO
: TNL PCS S/A
—
ADVOGADOS : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S) -
MG009007
HUMBERTO BARRETTO URQUIZA - PE019930
ANDRÉ MENDES MOREIRA E OUTRO(S) - MG087017
AGRAVADO : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : LUCIANA ESPÍNDOLA AZEVEDO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de agravo interno manejado por Tim Celular S.A., Claro S.A. e Oi Móvel S.A. (Incorporador do TNL PCS S.A.) contra decisão monocrática de e-STJ, fls. 337-344, por meio da qual não conheci do recurso especial, por entender incidir, na espécie, os enunciados das Súmulas 7/STJ e 280/STF.

Pretende a parte agravante, em suma, o afastamento dos referidos óbices óbices sumulares.

Requer, assim, a submissão do feito ao Colegiado.

É o relatório.

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.323.271 - PE (2012/0052417-5)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
AGRAVANTE : TIM CELULAR S.A
AGRAVANTE : CLARO S.A
AGRAVANTE : OI MÓVEL S.A INCORPORADOR DO
: TNL PCS S/A
ADVOGADOS : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S) -
MG009007
HUMBERTO BARRETTO URQUIZA - PE019930
ANDRÉ MENDES MOREIRA E OUTRO(S) - MG087017
AGRAVADO : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : LUCIANA ESPÍNDOLA AZEVEDO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. ANÁLISE. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. ACÓRDÃO FUNDADO EM LEGISLAÇÃO ESTADUAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280/STF.

1. O Tribunal de origem, soberano na análise das provas, afirmou que não houve cerceamento de defesa, no presente caso. Assim, para afastar o entendimento a que chegou a Corte *a quo*, é necessário o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável em recurso especial, por óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

2. A discussão acerca da base de cálculo demandaria o exame de legislação local, tendo em vista que o Tribunal de origem adotou como fundamento do *decisum* a Lei estadual n. 10.259/1989 e o Decreto estadual n. 27.764/2005.

3. Tal circunstância torna inviável o acolhimento do recurso especial, consoante a aplicação analógica do enunciado 280 constante da Súmula do STF, que dispõe: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário."

4. Os mesmos óbices aplicáveis ao recurso especial interposto com base na alínea "a" impedem a análise do recurso especial fundado na alínea "c".

5. Agravo interno a que se nega provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): A pretensão recursal não merece êxito, na medida em que a parte interessada não trouxe argumentos aptos à alteração do posicionamento anteriormente firmado.

Com efeito, conforme salientado na decisão agravada, a pretensão da agravante, para que seja revisto o posicionamento do Tribunal *a quo* de que não houve cerceamento de defesa, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. Veja-se o que afirmou o Tribunal de origem (e-STJ, fl. 23):

Nesse sentido, bem se vê da transcrição do julgado supra que esta 7ª CC/TJPE não só apreciou a preliminar suso mencionada, mas rejeitou-a de forma justificada, inclusive repelindo a tese do cerceamento de defesa pelo julgamento da improcedência do pedido mediante ausência de provas cuja produção teria sido, anteriormente, indeferida pelo próprio juízo, tanto assim que, além de aplicar o princípio da livre convicção do julgador, fez consignar explicitamente, no corpo de seu acórdão, que "o 'decisum' vergastado não decidiu pela improcedência do pleito atorial com base na ausência de prova da sugerida 'pauta fiscal', mas sim, e motivadamente, pela sua inocorrência no caso em apreço".

A rigor, são os próprios embargantes que não conseguem compreender (ou não querem aceitar) os fundamentos que motivaram a rejeição dessa sua prefaciai. E tanto é assim que, na tentativa de demonstrar a sugerida omissão da qual padeceria, nesta parte, o julgado, chegam, até, a trazer considerações salteadas e pertinentes ao próprio mérito da ação, solicitando que este juízo justifique adequadamente "qual o dado empírico" (sob pena de "omissão") que sustenta um dos fundamentos adotados para julgar improcedente o seu pleito atorial de mérito, o qual remete, justamente, ao subtópico da ilegalidade da alteração da base de cálculo do ICMS pelo Decreto nº 27.764/05 e de cuja omissão, alegam, o *decisum* também padeceria

No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA E ANÁLISE DE PROVAS. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. SÚMULA 280/STF. REVOLVIMENTO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. MULTA. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO E DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. O art. 370 do CPC/2015 (art. 130 do CPC/1973) consagra o princípio da persuasão racional, habilitando o magistrado a valer-se do seu convencimento à luz das provas, constantes dos autos, que entender aplicáveis ao caso concreto. Não obstante, a aferição da necessidade de produção de prova pericial impõe o reexame do conjunto fático-probatório encartado nos autos, o que é defeso ao STJ, ante o óbice erigido pela Súmula 7/STJ.
2. O fundamento central da controvérsia é estritamente amparado em legislação local, a saber, a Lei Municipal 5.159/2011 e o Decreto Municipal 10.405/2013. Destaca-se a inviabilidade da discussão, em Recurso Especial, acerca de suposta afronta a matéria local, sendo defesa a sua apreciação pelo STJ. Aplica-se, nesse ponto, por analogia, a Súmula 280/STF, in verbis: "Por ofensa a direito local não cabe Recurso Extraordinário."
3. Ainda que fosse superado tal óbice, a irresignação não mereceria prosperar, porquanto a análise da pretensão veiculada no Recurso Especial demanda exame de cláusulas contratuais e do contexto fático-probatório dos autos, inalcançáveis pelo STJ, ante o óbice erigido pelas Súmulas 5 e 7 do STJ.
4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem asseverado que o reconhecimento da existência de ato atentatório à dignidade da justiça exige a apreciação de seus requisitos autorizadores, o que exige o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, vedado em Recurso Especial, em razão do óbice contido na Súmula 7 do STJ.
5. Agravo conhecido para não se conhecer do Recurso Especial.

Quanto à suposta alteração da base de cálculo, note-se que o Tribunal de origem fundamentou sua decisão na legislação estadual, a saber, a Lei estadual n. 10.259/1989 e no Decreto estadual n. 27.764/2005. Confira-se (e-STJ, fl. 64):

Nesse panorama, tenho que o "valor da mercadoria" contido no supracitado art. 13, da Lei nº 10.259/89, indicado para estimativa da base de cálculo presumida em sede de antecipação tributária do ICMS não é outro senão o valor de sua aquisição/entrada pelos contribuintes substitutos (ora embargantes), e tanto é assim que, conforme estabelecido na parte final daquele dispositivo, àquele valor é de se acrescentar um "percentual de margem de lucro", margem essa que, em se tratando de um fato gerador presumido, representa, estimativamente, a futura operação de saída da mercadoria pelo contribuinte conforme as práticas do mercado, sendo correto, portanto, o raciocínio firmado pelo juízo a quo de que "a estipulação da base de cálculo, tal qual a prevista no Decreto 27.764/05, atende aos pressupostos da lei, que permite a adoção de preço com base nas práticas de mercado, seja nas operações de entrada seja nas de saída da mercadoria" - raciocínio esse que se coaduna, inclusive, com o § 6º, art. 8º, da LC nº 87/96.

Bem se vê, portanto, que, pautado nas Leis nº 10.259/89 e 11.408/96, o

Decreto nº 27.764/05 não transbordou daquela sua função regulamentar em relação aos elementos da obrigação tributária, inclusive no que pertine ao tema da base de cálculo do ICMS, cuja estimativa, em sede de antecipação tributária, não inovou no ordenamento jurídico - inexistindo falar, por conseguinte, em afronta aos arts. 97 e 128, CTN, e, consequentemente, na delegação do "indelegável" ao Poder Executivo Estadual pela Lei nº 10.259/89, a teor do que preceitua, por exemplo, na exigência do imposto por substituição tributária mediante fato gerador presumido, o § 4º art. 17, da Lei nº 11.408/96, e, em relação à fixação da alíquota, o art. 23, da Lei nº 10.259/89.

Tal circunstância torna inviável o acolhimento do recurso especial, consoante a aplicação analógica do enunciado 280 constante da Súmula do STF, que dispõe: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário."

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. ICMS/ST. RESTITUIÇÃO DE VALORES INFERIORES À BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. CRITÉRIOS DE CORREÇÃO E JUROS INCIDENTES. LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Trata-se na origem de ação declaratória cumulada com pedido de restituição de ICMS/ST pago a maior na hipótese em que a base de cálculo real é inferior à presumida.

2. Consoante a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 2.777/SP, o Estado de São Paulo possui regramento específico para se analisar a forma de restituição dos valores recolhidos a maior a título de ICMS. Assim, não compete ao STJ, a análise deste direito local, a teor da aplicação analógica da Súmula 280 do STF.

3. Prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada esbarra em óbice sumular quando do exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1.497.878/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/9/2019, DJe 26/9/2019)

Por sua vez, no que diz respeito à divergência jurisprudencial, o mesmo óbice aplicável ao recurso especial interposto com base na alínea "a", impede a apreciação do recurso interposto com amparo na alínea "c" do permissivo constitucional.

Sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO DOS AUTORES. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO NAS PROVAS DOS AUTOS. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE PREJUDICADA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 3/STJ: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC".

2. O recurso especial não é, em razão da Súmula 7/STJ, via processual adequada para questionar julgado que se afirmou explicitamente em contexto fático-probatório próprio da causa.

3. "Resta prejudicada a análise da divergência jurisprudencial se a tese sustentada esbarra em óbice sumular quando do exame do recurso especial pela alínea 'a' do permissivo constitucional" (EDcl nos EDcl no REsp 1.065.691/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 18/6/2015).

4. Agravo interno não provido.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

**AgInt no REsp 1.323.271 / PE
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2012/0052417-5

Número de Origem:

169215702 169215701 169215700 187063720108170000 1692157 120060339528

Sessão Virtual de 23/04/2020 a 29/04/2020

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : TIM CELULAR S.A

RECORRENTE : CLARO S.A

RECORRENTE : OI MÓVEL S.A INCORPORADOR DO

— : TNL PCS S/A

ADVOGADOS : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S) - MG009007

HUMBERTO BARRETTO URQUIZA - PE019930

ANDRÉ MENDES MOREIRA E OUTRO(S) - MG087017

RECORRIDO : ESTADO DE PERNAMBUCO

PROCURADOR : LUCIANA ESPÍNDOLA AZEVEDO E OUTRO(S)

ASSUNTO : DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
SERVIÇOS - CONCESSÃO / PERMISSÃO / AUTORIZAÇÃO - TELEFONIA

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : TIM CELULAR S.A

AGRAVANTE : CLARO S.A

AGRAVANTE : OI MÓVEL S.A INCORPORADOR DO

— : TNL PCS S/A

ADVOGADOS : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S) - MG009007

HUMBERTO BARRETTO URQUIZA - PE019930

ANDRÉ MENDES MOREIRA E OUTRO(S) - MG087017

AGRAVADO : ESTADO DE PERNAMBUCO

PROCURADOR : LUCIANA ESPÍNDOLA AZEVEDO E OUTRO(S)

TERMO

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 29 de abril de 2020