



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 249.628 - SP (2012/0228519-2)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : BURGER S A INDÚSTRIA E COMÉRCIO
ADVOGADO : JOSÉ MARIA DUARTE ALVARENGA FREIRE E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ANA CECÍLIA CAVALCANTE NÓBREGA LOFRANO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO POR DECISÃO DO RELATOR. ARTS. 544 E 557 DO CPC. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. JUÍZO BIFÁSICO. FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA INATACADA. SÚMULA 182/STJ.

1. Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, "[o] artigo 557 do CPC instituiu a possibilidade de, por decisão monocrática, o relator deixar de admitir o recurso, entre outras hipóteses, quando manifestamente improcedente, contrário à Súmula ou entendimento já pacificado pela jurisprudência do Tribunal, sem que isso importe em usurpação de competência de seus órgãos Colegiados" (AI 742.258 AgR-segundo, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, publicado em 3/5/2012).

2. "A eventual falha na realização do juízo de admissibilidade pela instância de origem é sanada no exame de admissibilidade realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que 'O juízo de admissibilidade é bifásico, e o controle no Tribunal de origem não vincula do STJ' (AgRg no AG 1.338.018/RJ, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, Dje 21/11/10)" (AgRg no AREsp 47.326/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 8/2/2013).

3. Quanto ao juízo de reforma, o agravo regimental não impugna especificamente os fundamentos adotados pela decisão agravada para negar seguimento ao recurso especial. Incidência da Súmula 182/STJ.

4. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do agravo regimental e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.
Brasília (DF), 11 de junho de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 249.628 - SP (2012/0228519-2)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : **BURGER S A INDÚSTRIA E COMÉRCIO**
ADVOGADO : **JOSÉ MARIA DUARTE ALVARENGA FREIRE E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROCURADOR : **ANA CECÍLIA CAVALCANTE NÓBREGA LOFRANO E OUTRO(S)**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por Burger S/A Indústria e Comércio contra decisão que conheceu do agravo para negar seguimento ao recurso especial, assim ementada (fl. 236):

PROCESSUAL CIVIL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DESPACHO SANEADOR. ALEGAÇÕES DE INDEVIDO PREJULGAMENTO, JULGAMENTO CITRA PETITA E IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS DIRETAMENTE AO PERITO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO INATACADA. SÚMULA 283/STF. HONORÁRIOS PERICIAIS. VALOR. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRADO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

Em suas extensas razões recursais (fls. 242-309), a parte agravante alega, em síntese, que: (a) a decisão agravada é nula, porquanto usurpa a competência do Colegiado, a quem caberia julgar originariamente o recurso especial; (b) o Desembargador prolator da decisão *a quo* não tem competência para tal ato, porquanto não exerce a Presidência ou a Vice-Presidência do Tribunal de origem; (c) são padronizados os despachos exarados pela Corte paulista para negar seguimento a recursos especiais, o que denota a sua nulidade, por vício de fundamentação; (d) a decisão agravada não analisou os fundamentos do agravo em recurso especial. No mais, reedita o recurso especial, para defender que: (I) o juízo de primeira instância, ao proferir o despacho saneador, prejudicou indevidamente a lide; (II) a prova pericial deve abranger todas as alegações suscitadas; (III) os honorários periciais foram fixados em patamar exagerado; e (IV) houve julgamento *citra petita*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 249.628 - SP (2012/0228519-2)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO POR DECISÃO DO RELATOR. ARTS. 544 E 557 DO CPC. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. JUÍZO BIFÁSICO. FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA INATACADA. SÚMULA 182/STJ.

1. Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, "[o] artigo 557 do CPC instituiu a possibilidade de, por decisão monocrática, o relator deixar de admitir o recurso, entre outras hipóteses, quando manifestamente improcedente, contrário à Súmula ou entendimento já pacificado pela jurisprudência do Tribunal, sem que isso importe em usurpação de competência de seus órgãos Colegiados" (AI 742.258 AgR-segundo, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, publicado em 3/5/2012).

2. "A eventual falha na realização do juízo de admissibilidade pela instância de origem é sanada no exame de admissibilidade realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que 'O juízo de admissibilidade é bifásico, e o controle no Tribunal de origem não vincula do STJ' (AgRg no AG 1.338.018/RJ, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, Dje 21/11/10)" (AgRg no AREsp 47.326/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 8/2/2013).

3. Quanto ao juízo de reforma, o agravo regimental não impugna especificamente os fundamentos adotados pela decisão agravada para negar seguimento ao recurso especial. Incidência da Súmula 182/STJ.

4. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Inicialmente, cumpre analisar as nulidades aventadas pelo agravante.

Inicialmente, compete ao relator apreciar e julgar o agravo em recurso especial, sendo-lhe facultado negar seguimento ao próprio apelo nobre, nos termos do art. 544, § 4º, II, *b*, c/c o art. 557, *caput*, ambos do CPC.

Frise-se que, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, "[o] artigo 557 do CPC instituiu a possibilidade de, por decisão monocrática, o relator deixar de admitir o recurso, entre outras hipóteses, quando manifestamente improcedente, contrário à Súmula ou entendimento já pacificado pela jurisprudência do Tribunal, sem que isso importe em usurpação de competência de seus órgãos Colegiados" (AI 742.258 AgR-segundo, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, publicado em 3/5/2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Consigno, ainda, que não subsiste interesse recursal em ver declarada nula a decisão *a quo* que inadmitiu o recurso especial, uma vez que ela não inibiu a decisão ora agravada de conhecer do agravo para, desde logo, apreciar o próprio apelo nobre, realizando o juízo definitivo de sua admissibilidade.

A esse respeito, importa destacar que "[a] eventual falha na realização do juízo de admissibilidade pela instância de origem é sanada no exame de admissibilidade realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que 'O juízo de admissibilidade é bifásico, e o controle no Tribunal de origem não vincula do STJ' (AgRg no AG 1.338.018/RJ, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, Dje 21/11/10)" (AgRg no AREsp 47.326/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 8/2/2013).

Afasto, portanto, as nulidades ora suscitadas.

Quanto ao juízo de reforma da decisão agravada, o presente agravo não merece ser conhecido, conforme demonstrarei a seguir:

A decisão agravada foi exarada nos seguintes termos (fls. 236-238).

Trata-se de agravo interposto por Burger S/A Indústria e Comércio contra decisão que inadmitiu recurso especial ao fundamento de que não "restou demonstrado qualquer maltrato a normas legais ou divergência jurisprudencial" (fl. 147).

O apelo nobre obstado enfrenta acórdão, assim ementado (fl. 94):

Agravo de instrumento - Embargos à Execução Fiscal - ICMS - Despacho Saneador - Nulidade - Prova Pericial - Créditos - Majoração de alíquota - Honorários periciais - Não há nulidade no Despacho Saneador que decide as questões de direito e fixa a questão controversa, determinando a realização de perícia contábil para solve-la. Valor dos honorários periciais que se mostra consentâneo com o trabalho a ser realizado. Recurso improvido.

No apelo especial (fls. 101-132), a parte recorrente alega violação dos arts. 20, § 3º, 33, parágrafo único, 128, 293, 331, §§ 2º e 3º, 459 e 460 do CPC. Para tanto, alega que: (a) por ocasião do despacho saneador, as instâncias ordinárias, antes mesmo da conclusão da prova pericial deferida, já adiantaram o juízo de improcedência dos embargos; (b) deve ser deferida a prova pericial também para comprovar a destinação vinculada da receita advinda da majoração do ICMS promovida pelo Estado de São Paulo (17% para 18%); (c) os honorários periciais devem ser depositados em juízo e não pagos diretamente ao perito; (d) o valor arbitrado a título de honorários periciais (R\$ 5 mil) é elevado, notadamente em face do valor da causa (R\$ 17 mil); e (e) o acórdão recorrido é *citra petita*, pois não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

manifestou sobre o pedido de nulidade da decisão de primeiro grau por não ter enfrentado a alegada ocorrência de prescrição intercorrente.

Contrarrazões às fls. 139-145.

Neste agravo (fls. 151-197), a recorrente, em resumo, afirma que seu recurso especial satisfaz os requisitos de admissibilidade.

Sem contraminuta (certidão à fl. 231).

É o relatório. Decido.

Inicialmente, observa-se que a tese arguida em torno do art. 331, §§ 2º e 3º, do CPC, de que o despacho saneador seria nulo por ter prejulgado as questões de mérito discutidas na causa, não foi efetivamente enfrentada pelo Tribunal de origem, carecendo o recurso especial do requisito do prequestionamento, nos termos da Súmula 282/STF.

Com efeito, o acórdão recorrido limitou-se a dizer que, nessa fase processual, o juiz pode decidir questões de direito que não são objeto de controvérsia do processo, sem especificar a existência de eventual prejulgamento acerca de questão ainda controvertida entre as partes.

Lado outro, a Corte estadual asseverou que, deferida da produção de prova pericial requerida, não subsiste a alegação de cerceamento de defesa. Confira-se (fl. 95):

Também não se pode arguir cerceamento de defesa. É que embora se tenha mencionado na R. Decisão agravada que a ora agravante não tenha apontado os erros e carreado aos autos os documentos pertinentes, a prova pericial foi deferida, exatamente em razão da alegação de lançamento errôneo.

Ora, o perito, para determinar se houve ou não lançamento errôneo deverá examinar se houve aproveitamento dos créditos tributários, mesmo levando em conta de consideração que poderá, eventualmente, obter a declaração de existência de crédito tributário não aproveita em ação própria.

De qualquer forma, foi deferida a produção da prova pericial, circunstância que afasta o alvitado cerceamento de defesa.

Esse fundamento, todavia, não foi especificamente atacado pelas razões do recurso especial, o que atrai o óbice de conhecimento estampado na Súmula 283/STF.

De igual forma, o recorrente não impugnou a razão pela qual o Tribunal de origem negou a produção da prova quanto à destinação dos recursos advindos da elevação da alíquota do ICMS de 17% para 18%, no sentido de que, alterada a legislação estadual para suprimir a indevida vinculação de receita, então declarada inconstitucional, desnecessário perquirir acerca da destinação desses recursos, "pouco importando se o Poder Executivo destinasse a verba para a construção de moradia, pois esta destinação não é ilegal nem exclusiva" (fl. 96).

Na mesma toada, verifica-se que as teses recursais que amparam a suposta violação dos arts. 33, parágrafo único, 128, 293, 459 e 460 do CPC não foram discutidas pelo acórdão recorrido o que inviabiliza o conhecimento das alegações recursais a esse respeito, ante a falta de prequestionamento.

Com efeito, o Tribunal de origem nada disse sobre os argumentos concernentes à (im)possibilidade de pagamento dos honorários diretamente ao perito judicial e à nulidade do acórdão em decorrência de julgamento *citra petita*.

Cabe registrar, por oportuno, que o Superior Tribunal de Justiça exige, para fins de prequestionamento, que a matéria invocada no recurso especial tenha sido efetivamente debatida pelo acórdão recorrido, não admitindo o prequestionamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ficto. A esse respeito: AgRg no Ag 1385044/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 13/09/2011; EDcl no REsp 976.021/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 02/05/2011; REsp 1.086.745/SE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 04/05/2009.

Por fim, no tocante ao valor fixado a título de honorários periciais, decidiu a instância *a quo* (fl. 96):

A remuneração do perito na forma como fixada não contém qualquer ilicitude. É que não se mostra possível remunerar o trabalho do perito em valor vinculado ao valor da causa nem, tampouco, aos honorários do Advogado que for vencedor na demanda. Ademais, consoante demonstra a agravada o valor atualizado do débito em discussão é superior a R\$ 70.000,00 de forma que a quantia de cinco mil reais, ainda que se possa considerar elevada, equivale a menos de 10% do valor do débito.

E se assim é, o parâmetro proposto pela agravante no sentido de se aplicar o disposto no artigo 20, do Código de Processo Civil para a fixação do salário do perito, se adotado, implicaria em aumento do salário e não em sua redução. Por fim, de se anotar que o trabalho pericial não se mostrará simples, pois haverá necessidade de se examinar documentos que possam demonstrar a ocorrência de erro no lançamento.

Constata-se que o acórdão recorrido, para manter a verba do perito no *quantum* determinado pelo juízo de primeira instância, sopesou a extensão do débito em discussão e a complexidade do trabalho a ser realizado. Nesse contexto, tem-se que a pretensão recursal de reduzir a quantia fixada pressupõe reexame de matéria fática, o que é vedado no âmbito do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. Nesse mesmo sentido:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. DISPOSITIVOS LEGAIS APONTADOS COMO VIOLADOS NÃO CONTÉM COMANDO CAPAZ DE INFIRMAR O JUÍZO FORMULADO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284/STF. JUROS DE MORA. 1% AO MÊS. REEXAME DOS HONORÁRIOS PERICIAIS. VEDAÇÃO. SÚMULA 07/STJ.

[...]

4. A revisão do valor arbitrado a título de honorários periciais demanda incursão à seara fático-probatória dos autos, atraindo a incidência da Súmula 7/STJ.

[...] (REsp 914.341/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 21/06/2007).

Ante o exposto, conheço do agravo para, desde logo, **negar seguimento** ao recurso especial (art. 544, § 4º, II, *b*, do CPC).

Constata-se que a decisão agravada negou seguimento ao recurso especial em face dos óbices estampados nas Súmulas 282 e 283 do STF e 7 do STJ. A agravante, nas razões deste agravo regimental, não impugna especificamente esses fundamentos, limitando-se a reeditar as alegações do próprio recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É condição básica de qualquer recurso que o recorrente apresente os fundamentos jurídicos para a reforma da decisão atacada. No caso específico, aplica-se o disposto na Súmula 182/STJ: "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada".

Ante o exposto, **conheço parcialmente do agravo regimental e, nessa parte, nego-lhe provimento.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2012/0228519-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 249.628 / SP**

Números Origem: 05417369220108260000 3200120100079097 5417369220108260000 990105417361

EM MESA

JULGADO: 11/06/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : BURGER S A INDÚSTRIA E COMÉRCIO
ADVOGADO : JOSÉ MARIA DUARTE ALVARENGA FREIRE E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ANA CECÍLIA CAVALCANTE NÓBREGA LOFRANO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : BURGER S A INDÚSTRIA E COMÉRCIO
ADVOGADO : JOSÉ MARIA DUARTE ALVARENGA FREIRE E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ANA CECÍLIA CAVALCANTE NÓBREGA LOFRANO E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do agravo regimental e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.