



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1905716 - SP
(2021/0154973-3)**

RELATOR : MINISTRO MANOEL ERHARDT (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF5)
AGRAVANTE : RODOPOSTO CORAL LTDA
ADVOGADO : GRAZIELA DE SOUZA JUNQUEIRA - SP177073
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO RODRIGUES FERREIRA - SP245545

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA ALÍQUOTA DE ICMS DE 25% PARA OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. ACÓRDÃO DE ORIGEM QUE ADOTA FUNDAMENTOS EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA VIA ESPECIAL, SOB PENA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA CONFERIDA AO STF. ALEGAÇÃO DE INFRINGÊNCIA DO ART. 48 DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AGRADO DA EMPRESA A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A controvérsia dos autos foi dirimida pelo Tribunal de origem sob enfoque eminentemente constitucional, razão pela qual insuscetível de ser examinada em recurso especial, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal prevista no art. 102 da Constituição Federal.

2. Por outro lado, as violações apontadas pela recorrente não foram debatidas pelo Tribunal de origem e tampouco foram opostos embargos de declaração com o objetivo de sanar eventual omissão. Carecem, portanto, de prequestionamento, requisito indispensável ao acesso às instâncias excepcionais. Aplicáveis, assim, as Súmulas 282 e 356/STF

3. Agrado interno da empresa a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 26/04/2022 a 02/05/2022, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Sérgio Kukina.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 02 de maio de 2022.

MANOEL ERHARDT (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF5)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1905716 - SP
(2021/0154973-3)**

RELATOR : MINISTRO MANOEL ERHARDT (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF5)
AGRAVANTE : RODOPOSTO CORAL LTDA
ADVOGADO : GRAZIELA DE SOUZA JUNQUEIRA - SP177073
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO RODRIGUES FERREIRA - SP245545

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA ALÍQUOTA DE ICMS DE 25% PARA OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. ACÓRDÃO DE ORIGEM QUE ADOTA FUNDAMENTOS EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA VIA ESPECIAL, SOB PENA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA CONFERIDA AO STF. ALEGAÇÃO DE INFRINGÊNCIA DO ART. 48 DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AGRADO DA EMPRESA A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A controvérsia dos autos foi dirimida pelo Tribunal de origem sob enfoque eminentemente constitucional, razão pela qual insuscetível de ser examinada em recurso especial, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal prevista no art. 102 da Constituição Federal.

2. Por outro lado, as violações apontadas pela recorrente não foram debatidas pelo Tribunal de origem e tampouco foram opostos embargos de declaração com o objetivo de sanar eventual omissão. Carecem, portanto, de prequestionamento, requisito indispensável ao acesso às instâncias excepcionais. Aplicáveis, assim, as Súmulas 282 e 356/STF

3. Agrado interno da empresa a que se nega provimento.

RELATÓRIO

1. Trata-se de agrado interno interposto por RODOPOSTO CORAL LTDA. em adversidade à decisão monocrática (fls. 930/932) que não conheceu do recurso especial nos termos da seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA ALÍQUOTA DE ICMS DE 25% PARA OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. ALEGAÇÃO DE INFRINGÊNCIA DO ART. 38 DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DA EMPRESA NÃO CONHECIDO.

2. Em suas razões recursais, a parte recorrente assevera que a matéria discutida no recurso especial refere-se à violação do art. 48 do CTN, tema amplamente debatido e decidido pelo Tribunal de origem, o que afasta a incidência do óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.

3. Requer seja reconsiderada a decisão agravada a fim de se admitir o recurso especial e *para os fins de declarar a inconstitucionalidade e ilegalidade da aplicação da alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços –ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica e a prestação de serviços de telecomunicação, reduzindo-a para o patamar de 18% (dezoito por cento) –alíquota-base do Estado de São Paulo –, bem como a restituição dos valores recolhidos a maior nos últimos 05 (cinco) anos e no período posterior a propositura da presente demanda, invertendo-se, no mais, os ônus de sucumbência* (fls. 942).

4. Pugna, desse modo, pela reconsideração da decisão ora atacada ou pela apresentação do feito à turma julgadora.

5. Às fls. 947, certificou-se o decurso de prazo para impugnação.

6. É o relatório.

VOTO

1. Não obstante a irresignação da parte agravante, não foram trazidos argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada.

2. Da leitura atenta do acórdão recorrido, observa-se que a questão referente à exigibilidade da alíquota de ICMS em 25% para as operações de aquisição de serviços de comunicação foi decidida pelo Tribunal paulista com base em fundamentos eminentemente constitucionais. Senão vejamos:

No mais, a pretensão da autora tem como fundamento a afirmada inconstitucionalidade da alíquota de ICMS de 25% para os serviços de

comunicação. Nesse sentido, destaque-se o afirmado em sua petição inicial:

(...)

A questão já foi objeto de análise pelo C. Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, que, em 08/03/2017, proferiu entendimento assim ementado:

“ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Art.34, § 1º, itens '4', 'b', e '8', da Lei Estadual nº 6.374/89 Alíquota de ICMS incidente na prestação de serviços de energia elétrica e de comunicação Arguição de violação do princípio da seletividade, previsto no artigo 155, § 2º, III, da Constituição Federal, porque, no cotejo entre a essencialidade do objeto da tributação e a alíquota fixada, não observado o princípio da razoabilidade, limitador da discricionariedade do legislador Essencialidade dos serviços que não autorizaria tributação em patamar mais elevado (alíquota de 25%), enquanto serviços supérfluos recebem taxaço em menor percentual(12%) INCONSTITUCIONALIDADE não configurada Norma constitucional que não impõe dever ao legislador ordinário, senão faculta a discricionária adoção da seletividade, 'em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços' POSSIBILIDADE de adoção de alíquotas diferenciadas relativamente aos mesmos serviços, como os de energia elétrica (objeto do pleito inicial), segundo critérios discricionários próprios, ainda considerando a essencialidade dos serviços sujeitos à tributação Consumo de energia elétrica por conta residencial 'que apresente consumo mensal acima de 200 KWh' taxado pela alíquota de 25%, enquanto o consumo inferior a esse patamar está sujeito à alíquota menor, de 12% Percentual menor para a conta residencial mensal de menor consumo que, é de entender, leva em consideração o caráter essencial do serviço para residências menores, em contraposição a outras, de maiores dimensões e equipadas com maior quantidade de aparelhos eletrodomésticos e eletrônicos Aspecto da questão que permite compreender (sem prejuízo da mesma essencialidade) incidente a progressividade tributária, 'que na dicção do art. 145, § 1º, da Carta Constitucional, será adotada sempre que possível nos impostos, de modo a compatibiliza-lo coma capacidade tributária do contribuinte' IMPOSSIBILIDADE, ademais, de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, e assim interferir na discricionariedade assegurada pela Carta Maior ao legislador ordinário, 'com o juízo de oportunidade e conveniência pertinente à atividade regulatória do Estado Arguição de inconstitucionalidade rejeitada.”(Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0041018-45.2016.8.26.0000,ÓrgãoEspecial,j. 08/03/2017, Des. Rel. João Carlos Saletti)

De modo que, já exaurida a apreciação da questão pelo órgão competente para a análise da matéria veiculada na petição inicial, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 10, não há suporte à alteração pretendida da decisão de primeiro grau, que deu correta solução à lide (fls. 787/788).

3. Logo, considerando que a controvérsia dos autos foi dirimida pelo Tribunal de origem sob enfoque eminentemente constitucional, inviável o

seu exame em recurso especial, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal prevista no art. 102 da Constituição Federal.

4. Por outro lado, as violações apontadas pela recorrente não foram debatidas pelo Tribunal de origem e tampouco foram opostos embargos de declaração com o objetivo de sanar eventual omissão. Carecem, portanto, de prequestionamento, requisito indispensável ao acesso às instâncias excepcionais. Aplicáveis, assim, as Súmulas 282 e 356/STF. Confirmam-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. CERCEAMENTO DE DEFESA RECONHECIDO PELO TRIBUNAL. REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Para que se configure o prequestionamento, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal. Incidência das Súmulas 282/STF e 356/STF.

2. O Tribunal de origem reconheceu que o cerceamento de defesa estaria configurado e que a produção das provas requeridas seriam necessárias, já que teriam influência na solução da lide. Portanto, a reforma do aresto, neste aspecto, demandaria inegável necessidade de reexame do acervo fático-probatório soberanamente delineado perante as instâncias ordinárias, providência inviável de ser adotada em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

3. Agravo interno não provido (AgInt no AREsp 913.465/MT, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 7.10.2016).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. ART. 1.228, § 5o., do CC/2002. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. Inexiste afronta ao art. 535 do CPC/1973 quando o acórdão recorrido pronunciou-se, de forma clara e suficiente, acerca das questões suscitadas nos autos, manifestando-se sobre todos os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo Juízo.

2. Ausente o enfrentamento do tema pelo Tribunal de origem, inviável o conhecimento do recurso especial, por falta de prequestionamento (Súmulas 282 e 356 do STF).

3. É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário (Súmula 126/STJ).

4. Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no AREsp 247.710/MG, Rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, DJe 4.10.2016).

5. Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo interno da empresa.

6. É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

**AgInt no AREsp 1.905.716 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2021/0154973-3

Número de Origem:

1001133-52.2020.8.26.0457 10011335220208260457

Sessão Virtual de 26/04/2022 a 02/05/2022

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro MANOEL ERHARDT (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF5)

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : RODOPOSTO CORAL LTDA

ADVOGADO : GRAZIELA DE SOUZA JUNQUEIRA - SP177073

AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : RICARDO RODRIGUES FERREIRA - SP245545

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ICMS/ IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE
MERCADORIAS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : RODOPOSTO CORAL LTDA

ADVOGADO : GRAZIELA DE SOUZA JUNQUEIRA - SP177073

AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : RICARDO RODRIGUES FERREIRA - SP245545

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 26/04/2022 a 02/05/2022, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Sérgio Kukina.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 03 de maio de 2022