AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL nº 1177461 - MG (2017/0242123-7)
RELATOR : MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES

AGRAVANTE : WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA
ADVOGADO : SÉRGIO INTROCASO CAPANEMA BARBOSA - MG063639
ADVOGADOS : ALESSANDRA BITTENCOURT DE GOMENSORO E OUTRO(S) - RJ108708
: THIAGO CARLOS DE CARVALHO - RJ143795
: ROBERTO QUIROGA MOSQUERA E OUTRO(S) - RJ148170
: PEDRO LUCIANO MARREY JUNIOR E OUTRO(S) - RJ148285
: FERNANDA DE OLIVEIRA PHEBO MARANHÃO - RJ211049
AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : SÉRGIO ADOLFO ELIAZAR DE CARVALHO E OUTRO(S) - MG041311

EMENTA

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. SÚMULA 284/STF. CERCEAMENTO DE DEFESA. SÚMULA 7/STJ. CREDITAMENTO DE ICMS. DIREITO. SÚMULA 280/STF. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO SE CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto contra a inadmissão de recurso especial em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cuja ementa assim estabelece:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REEXAME DA MATÉRIA - APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DE ICMS NA UTILIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - AUTO DE INFRAÇÃO - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE NÃO AFASTADA - IMPROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS DO DEVEDOR.

Os embargos de declaração foram rejeitados.

Nas razões de recurso especial, fundamentado no artigo 1051, III, *a*, do permissivo constitucional, o recorrente alega a violação aos artigos 130, 302, 330, I e 334, III, do Código de Processo Civil de 1973 (atuais artigos 370, 341, 355, I, e 374, III, do Código de Processo Civil de 2015), 371 e 479, do CPC/2015, 21, IV, e 33, II, "b", da Lei Complementar n° 87/96, ao sustentar em síntese: (i) a nulidade do acórdão recorrido, ante a presença de omissão e contradição no acórdão recorrido; (ii) o cerceamento de defesa da contribuinte, diante da necessidade da realização da prova pericial para apurar-se a natureza das perdas imputadas pela fiscalização; (iii) o direito ao creditamento de ICMS.

Contrarrazões ao recurso especial às fls. 1.563/1.571 (e-STJ).

Em decisão interlocutória, o Tribunal de origem inadmitiu o processamento do

apelo especial.

No agravo, o ora recorrente rechaçou as razões de inadmissão do apelo especial.

Contraminuta ao agravo em recurso especial às fls. 1.664/1.669 (e-STJ).

É o relatório. Passo a decidir.

Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo nº 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".

Razão não assiste ao agravante.

No que tange a suposta omissão e contradição, nota-se das razões do recurso especial que o recorrente não indicou quais seriam os dispositivos sobre os quais o Tribunal de origem deixou de se manifestar, e como sua análise poderia levar à anulação ou reforma do julgado, limitando-se a afirmar, de forma genérica, que a Corte Estadual não teria enfrentado os dispositivos invocados nos embargos de declaração.

Logo, o recurso especial carece, neste ponto, da devida fundamentação, o que atrai, por analogia, a Súmula nº 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

Nesse diapasão os seguintes julgados:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 (ART. 1.022 DO CPC/2015) FEITA DE FORMA GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. SERVIDOR ESTADUAL. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. CONVERSÃO DOS VENCIMENTOS EM URV. LEI 8.880/1994. NÃO OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA 85/STJ. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO DA MATÉRIA EM RECURSO ESPECIAL, SOB PENA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO PELO STJ. SÚMULA 280/STJ.
>
> 1. É deficiente a fundamentação do Recurso Especial em que a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC/1973 se faz de forma genérica, sem a demonstração exata dos pontos nos quais o acórdão se fez omisso, contraditório ou obscuro. Aplica-se, na hipótese, o óbice da Súmula 284 do STF.
>
> 2. A jurisprudência do STJ possui o entendimento de que, nas ações em que se pretende o recebimento de diferenças salariais decorrentes da conversão em URV, não ocorre a prescrição do fundo de direito, aplicando-se ao caso a Súmula 85/STJ, pois caracterizada a relação de trato sucessivo. Nesse sentido: AgReg no REsp 1.313.537, Primeira Turma, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgamento 2/8/2016, DJe 16/8/2016; AgRg no REsp 1.412.478, Rel. Ministra Assussete Magalhães, Segunda Turma, julgamento 17/9/2015, DJe 28/5/2015).
>
> 3. O acórdão recorrido tem como fundamento matéria eminentemente constitucional. Sendo assim, destaca-se a inviabilidade da discussão em Recurso Especial acerca de suposta ofensa a matéria constitucional, porquanto seu exame é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da Constituição.
>
> 4. Ademais, o exame da pretensão recursal pressupõe a apreciação de

normas de Direito local, mais especificamente da Lei estadual 4.819/1958. Isso posto, a Corte de origem decidiu a lide à luz da referida legislação local, fazendo referência às suas disposições para solucionar a controvérsia. Aplicação, in casu, da Súmula 280 do STF.
5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.
(REsp 1738310/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 23/11/2018)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC/1973. INEXISTENTE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 284 DA SÚMULA DO STF. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 SA SÚMULA DO STJ.
I - Em relação à alegada violação ao art. 535, II, do CPC/73, verifica-se que o recorrente limitou-se a afirmar, em linhas gerais, que o acórdão recorrido incorreu em omissão ao deixar de se pronunciar acerca das questões apresentadas nos embargos de declaração, o fazendo de forma genérica, sem desenvolver argumentos para demonstrar especificamente a suposta mácula. Nesse panorama, a apresentação genérica de ofensa ao art. 535, II, do CPC/73 atrai o comando do enunciado sumular n. 284/STF, inviabilizando o conhecimento dessa parcela recursal.
II - A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a legalidade do exame psicotécnico em provas de concurso público está condicionada a observância de três pressupostos, quais sejam, previsão legal, objetividade dos critérios adotados no edital e possibilidade de revisão do resultado obtido pelo candidato.
III - Para alterar tal conclusão e considerar a adequação e legalidade do exame psicológico previamente realizado, seria necessária a incursão no acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado no âmbito estreito do recurso especial. Incide na hipótese o enunciado da Súmula n. 7/STJ.
IV - A jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que a anulação do teste psicotécnico não elide o candidato da submissão e aprovação em novo exame, a ser aplicado em conformidade com as normas pertinentes, a partir de critérios de avaliação objetivos, resguardada a publicidade a ele inerente.
V - O fato do recorrido já ter sido nomeado e empossado, não o exime do cumprimento da etapa pendente, consistente na submissão ao exame psicotécnico, conforme previsto em edital. Isso porque, a nomeação e posse se deu de forma precária, em decorrência de decisão liminar, a qual ainda necessita ser confirmada para sua consolidação.
VI - A permanência no cargo de forma definitiva está a depender do resultado final da referida avaliação psicológica, i.e., em sendo ao final recomendado, deverá permanecer no cargo, caso contrário restará eliminado do certame, caindo por terra a anterior nomeação e posse em caráter precário.
VII - Agravo interno improvido.
(AgInt no AREsp 1152408/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 27/08/2018)

Por seguinte, não merece guarida a tese de defende ter havido o cerceamento de defesa do contribuinte para a produção probatório no que tange ao creditamento de ICMS.

O Tribunal de origem, ao adentrar no campo probatório saliento, *in verbis:*

> "O alegado cerceamento de defesa não ocorreu, eis que a pretensão da autora de realização de outra perícia foi indeferida no juízo de primeiro grau, como se vê no despacho de fls. 352, contra o qual não foi interposto qualquer recurso, restando, pois, preclusa a questão." (fl. 504)
> (...)
> "As provas realizadas nos autos são dirigidas ao Juiz, cabendo a ele a avaliação acerca da necessidade ou não das mesmas, nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil. O julgador de 1ª instância considerou desnecessária a realização da prova e a parte interessada não apresentou recurso próprio e oportuno, não havendo nenhuma irregularidade a ser sanada.
> As demais provas produzidas nos autos foram devidamente analisadas e não podem vincular julgamento."
> Constatado que a recorrente não se desincumbiu do ônus de comprovar que, no processo natural de industrialização dos seus produtos, teria ocorrido o fenômeno da perda de gases, não há como avaliar o enquadramento nas hipóteses alinhadas no inciso V do art. 71 do RICMS." (fI. 1.079)." (fl. 1.131v - grifou-se)

Dessa forma, afastar a conclusão a que chegou o acórdão recorrido, de que houve a preclusão na produção de prova pericial requerida pelo contribuinte, visto que foram suficientemente comprovadas as alegações contidas nos autos em decorrência de prova pericial realizada pelo juízo, se esbarra no óbice contido na Súmula n° 7, desta Corte.

Ademais, o indeferimento da produção da dilação probatória requerida não configura cerceamento do direito de defesa, uma vez que ficou claro que as provas produzidas nos autos foram suficientes para o deslinde da controvérsia. Sendo o magistrado o destinatário da prova, compete a ele o exame acerca da necessidade ou não da produção do aporte requerido, porquanto, esta Corte Superior tem entendido que "*os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição podem determinar as provas que lhes aprouverem para firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do exposto nos artigos 130 e 515, §3º do CPC/1973*, caso entendam que a dilação probatória era necessária, apesar da discordância da parte" (STJ, AgRg no AgRg no AG 1.403.421/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 07/08/2017).

Assim, revela-se inviável o reexame do fatos para se averiguar se o quadro probatório apresentado nos autos foi suficiente para se analisar o mérito, recaindo neste ínterim o óbice da Súmula 7/STJ.

Ilustrativamente:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC/1973. AUSÊNCIA DE OMISSÕES E CONTRADIÇÕES NO ACÓRDÃO ESTADUAL. LAUDO PERICIAL. PERÍCIA COMPLEMENTAR. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.
> 1. É de ser afastada a existência de vícios no acórdão, tendo em vista que a matéria impugnada foi enfrentada de forma objetiva e fundamentada no julgamento do recurso, naquilo que o Tribunal a quo entendeu pertinente à solução da controvérsia.
> 2. Os vícios a que se refere o artigo 535, I e II, do CPC/1973 são aqueles

> que recaem sobre ponto que deveria ter sido decidido e não o foi, e não sobre os argumentos utilizados pelas partes, sendo certo que não há falar em omissão simplesmente pelo fato de as alegações deduzidas não terem sido acolhidas pelo órgão julgador.
> 3. A jurisprudência do STJ entende que a verificação da necessidade da produção de quaisquer provas, é faculdade adstrita ao magistrado, de acordo com o princípio do livre convencimento do julgador, e que a análise acerca do deferimento ou não de produção de provas enseja o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.
> 4. Agravo interno não provido.
> (AgInt no AREsp 1.125.060/RN, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 24/04/2018)
>
> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO LOCAL. SÚMULA 280/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. REVISÃO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. A questão controvertida nos autos foi solucionada pela instância de origem com fundamento na interpretação de legislação local (Regulamento ICMS-BA/97 - Decreto Estadual n. 6.284/97). Logo, a revisão do aresto, na via eleita, encontra óbice na Súmula 280/STF.
> 2. Não se conhece da violação a dispositivos infraconstitucionais quando a questão não foi enfrentada pelo acórdão recorrido, carecendo o recurso especial do necessário prequestionamento (Súmula 211/STJ).
> 3. Extrai-se do acórdão que os objetos da autuação tributária seriam caracterizados como produtos intermediários utilizados no processo produtivo ou como materiais de uso e consumo do estabelecimento comercial. Rever tal posicionamento demanda revisão do acervo fático-probatório, vedada pela Súmula 7/STJ.
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no AREsp 741.857/BA, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 12/02/2016)

Prosseguindo, no mérito, a recorrente assevera que faz jus ao creditamento de ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida no processo produtivo.

Ao enfrentar o referido tema acerca da incidência do ICMS, o Tribunal de origem, asseverou *in verbis:*

> O laudo pericial, ao contrário do que se sustenta, não atesta que, no período objeto da autuação, a empresa já estava em funcionamento no âmbito de sua atividade industrial, concluindo que, com a ausência do Livro Diário, não se pode averiguar se a energia elétrica foi utilizada em processo de industrialização.
> (...)
> Está, também, no julgado que, constatado que a recorrente não se desincumbiu do ônus de comprovar que, no processo natural de industrialização dos seus produtos, teria ocorrido o fenômeno da perda de gases, não há como avaliar o enquadramento nas hipóteses alinhadas no inciso V do art. 71 do RICMS.

Nesse sentido, pautado imprescindibilidade da análise da legislação local, não se

prospera o exame deste recurso especial, porquanto as questões postas pelo recorrente e colacionadas no acórdão de origem não dispensam da análise do Regulamento de ICMS do Estado de Minas Gerais, o que é inviável nos termos da Súmula 280/STF.

Em caso análogo, vale conferir:

> PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. TRIBUTÁRIO. ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STJ.
> 1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.
> 2. O Tribunal a quo expressamente assentou ter acatado o "entendimento do Supremo Tribunal Federal, [que] determinou a imediata suspensão de cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS, baseados no Protocolo CONFAZ nº 21/2011 e Decreto Estadual nº 13.162/2011, de toda e qualquer tributação do ICMS nas operações interestaduais em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou showroom." 3. É inviável o recurso especial, em face da incidência, por analogia, da Súmula 280/STF: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário".
> 4. Não cabe ao STJ examinar, no âmbito do recurso especial, sequer a título de prequestionamento, eventual violação de dispositivo constitucional, competência reservada ao STF, nos termos dos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal.
> Agravo regimental improvido.
> (AgRg no AREsp 661.024/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/4/2015, DJe 20/4/2015)
>
> TRIBUTÁRIO. ICMS. COMÉRCIO ELETRÔNICO. DIFERENCIAL DE ICMS. PROTOCOLO CONFAZ 21/11 E DECRETO ESTADUAL. MATÉRIA APRECIADA PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM SOB ÓTICA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DA APRECIAÇÃO DE DIREITO LOCAL. SÚMULA 280 DO STF. SUPOSTA OFENSA A SÚMULA JURISPRUDENCIAL. INVIABILIDADE DO APELO NOBRE.
> 1. A conclusão do acórdão proferido pela instância de origem a partir da interpretação de norma constitucional não pode ser avaliada no âmbito do apelo nobre.
> 2. Examinar lei local é medida inviável nesta sede, a teor de entendimento firmado na Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário".
> 3. Tese de afronta a entendimento consolidado em súmula de jurisprudência não
> autoriza o manejo do recurso especial.
> 4. Recurso especial não conhecido.
> (REsp 1.402.295/MT, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 24/10/2013)

Ante o exposto, com fundamento no artigo 932, III e IV, do CPC/2015 c/c o art. 253, parágrafo único, II, b, do RISTJ, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2019.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator