

RECURSO ESPECIAL Nº 1.699.430 - TO (2017/0242448-2)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
RECORRENTE : OI S.A
ADVOGADOS : LUIZ FERNANDO SACHET E OUTRO(S) - SC018429
ROMERITO GRESCHUK MOSER - SC029301
MANOELA SOARES DE ARAUJO - SC038532
AMIRA MOHAMAD HAJAR - SC044663
RECORRIDO : ESTADO DO TOCANTINS
PROCURADOR : HÉRCULES RIBEIRO MARTINS E OUTRO(S) - TO000765

DECISÃO

Trata-se de Recurso Especial, interposto por OI S.A, com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL. APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS ESCRITURAIS DE ICMS. DESCUMPRIMENTO DAS NORMAS ESTABELECIDAS NO DECRETO ESTADUAL Nº 462/1997. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

- O Decreto nº 462/1997 não infringiu o Código Tributário estadual, pois se limitou a estabelecer procedimentos para que o contribuinte possa aproveitar os créditos escriturais de ICMS.

ESCRITURAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO.

- Para a utilização de créditos escriturais de ICMS, deve o contribuinte atender aos requisitos e procedimentos previstos na legislação tributária, dente as quais a comprovação da idoneidade da documentação e a escrituração, nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

ALEGAÇÃO DE CONFISCO. IMPROCEDÊNCIA.

- A multa aplicada tem seu quantum expressamente previsto na legislação estadual, não se afigurando confiscatória, mormente porque a apelante não logrou demonstrar que a mesma comprometerá o seu patrimônio ou excederá o limite da sua capacidade contributiva" (fl. 1.829e).

O acórdão em questão foi objeto de Embargos de Declaração, julgados nos seguintes termos:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. OMISSÃO EXISTENTE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE

DEFESA E NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL.

- Existe omissão quando o apelante/embargante alega cerceamento de defesa e necessidade de prova pericial e o argumento não é analisado pelo órgão julgador, devendo ser sanada.
- No caso em comento, é despicienda a realização de prova pericial, sendo o caso de comprovação dos fatos por meio de prova documental. O apelante/embargante não logrou comprovar que cumpriu as obrigações acessórias necessárias para a finalidade de aproveitar os créditos escriturais de ICMS; assim, é desnecessária a perícia, pois, mesmo que houvessem créditos a serem aproveitados, não poderiam sê-lo, tendo em vista o descumprimento da legislação pertinente, quanto ao modo pelo qual se realiza o aproveitamento.
- Deve ser dado provimento aos embargos declaratórios para sanar a omissão apontada, contudo, sem aplicação de efeitos infringentes, mantendo em seus próprios termos o acórdão embargado" (fl. 1.868e).

A parte recorrente alega ofensa aos arts. 97 do CTN; 20, § 5º e 23 da Lei Complementar 87/96; e 32, 44, II e 45, XVIII, todos da Lei Estadual 1.287/2001, sustentando, em síntese, "flagrante desrespeito ao princípio da estrita legalidade elencado no art. 97 do CTN, vez que os requisitos e condições para aproveitamento de crédito escritural de ICMS estão dispostos no Decreto nº 462/1997 e não em Lei, razão pela qual deve prevalecer o prazo de 05 (cinco) anos contados a partir da emissão das notas fiscais, de acordo com o art. 23, p. único da Lei Complementar nº 87/96, independentemente das datas dos registros das referidas notas fiscais" (fl. 1.889e).

Aduz, ainda, que "os referidos créditos foram aproveitados dentro dos termos legais, qual seja, a proporção de 1/48 ao mês, restando infundados os Autos de Infração 954/2005 e 2007/2005, de modo a ensejar o cancelamento atinente às frações de créditos escriturais de ICMS efetivamente não aproveitados pela Recorrente" (fl. 1.892e).

Por fim, afirma que houve cerceamento de defesa, devido ao impedimento de produção de prova pericial.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 1.930/1.938e), foi o Recurso Especial admitido pelo Tribunal de origem (fls. 1.947/1.951e).

A irresignação não merece prosperar.

Inicialmente, ressalto que o Recurso Especial tem por objetivo o controle de ofensa à legislação federal, e, por isso, não cabe a esta Corte a análise de suposta violação de dispositivos de leis estaduais.

Quanto à alegação de ofensa aos arts. 20, § 5º e 23 da Lei Complementar 87/96, o Recurso Especial não ultrapassa a admissibilidade, ante o óbice da Súmula 282 do

Supremo Tribunal Federal ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada").

Isso porque, para que se configure o prequestionamento, não basta que o recorrente devolva a questão controvertida para o Tribunal, é necessário que a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, bem como seja exercido juízo de valor sobre os dispositivos legais indicados e a tese recursal a eles vinculada, interpretando-se a sua aplicação ou não ao caso concreto.

Nesse contexto, por simples cotejo das razões recursais e os fundamentos do acórdão, percebe-se que a tese recursal vinculada aos dispositivos tido como violados não foi apreciada no voto condutor, sequer de modo implícito, não tendo servido de fundamento à conclusão adotada pelo Tribunal de origem. A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO. SÚMULA N. 284 DO STF. PREQUESTIONAMENTO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SUMULA N. 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. A deficiência na fundamentação do recurso, de modo a impedir a compreensão da suposta ofensa ao dispositivo legal invocado, obsta o conhecimento do recurso especial (Súmula n. 284/STF).

2. A simples indicação dos dispositivos legais tidos por violados, sem que o tema tenha sido enfrentado pelo acórdão recorrido, obsta o conhecimento do recurso especial, por falta de prequestionamento, a teor da Súmula n. 282 do STF.

3. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos ou interpretação de cláusula contratual, a teor do que dispõem as Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

4. No caso dos autos, a modificação das conclusões do acórdão recorrido, a respeito da conduta protelatória do agravante, para fins de afastamento da multa por litigância de má-fé, demandaria análise do conteúdo fático dos autos.

5. Agravo interno a que se nega provimento" (STJ, AgInt no AREsp 273.612/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, DJe de 23/03/2018).

Por sua vez, no que concerne à alegada violação ao art. 97 do CTN, tem-se

que este dispositivo reproduz o Princípio da Legalidade Tributária, norma prevista no art. 150, I, da Constituição Federal, tratando de limitação ao poder de tributar. Nesse aspecto, é assente a jurisprudência desta Corte no sentido de que não pode ser examinada eventual ofensa do referido dispositivo legal em sede de Recurso Especial, sob pena de violação a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, do permissivo constitucional.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. RECOMPRA DE ORTN'S. APLICABILIDADE DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 2.065/83 C/C OS ARTS. 3º, II, §1º E 4º, II, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DECRETO-LEI 2.072/83. FUNDAMENTO AUTÔNOMO INATACADO. SÚMULA 283/STF. INSURGÊNCIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. ART. 97, I, DO CTN. REPRODUÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 150, I, DA CF. COMPETÊNCIA DO STF.

1. Constatado que a Corte a quo empregou fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.

2. O fundamento autônomo do acórdão recorrido, relacionado à aplicabilidade do art. 5º do Decreto-Lei 2.065/83 c/c os arts. 3º, II, §1º e 4º, II, parágrafo único, do Decreto-Lei 2.072/83 ao caso concreto, não foi impugnado. Aplica-se, no ponto, a Súmula 283/STF.

3. O art. 97 do CTN reproduz a norma encartada no art. 150, I, da Constituição da República (Princípio da Legalidade Tributária) e sua análise implica apreciação de questão constitucional, o que é inviável em sede de recurso especial. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.176.217/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/9/2010; AgRg no REsp 1.154.339/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 26/08/2010 e REsp 753.562/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 2/2/2010.

4. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.260.055/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 21/11/2013).

No que tange a alegação de cerceamento de defesa, verifica-se que a parte recorrente não indicou, de forma clara e individualizada, como lhe competia, os dispositivos legais que porventura tenham sido malferidos pelo Tribunal de origem, o que caracteriza

ausência de técnica própria indispensável à apreciação do Recurso Especial.

Nos termos da jurisprudência desta Corte, o conhecimento do Recurso Especial exige a indicação, de forma clara e individualizada, de qual dispositivo legal teria sido violado ou objeto de interpretação divergente, sob pena de incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal. Assim, seja pela alínea **a**, seja pela alínea **c** do permissivo constitucional, é necessária a indicação do dispositivo legal tido como violado ou em relação ao qual teria sido dada interpretação divergente.

A propósito:

"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO.

INSURGÊNCIA DA RÉ.

1. A alegação de ofensa a dispositivos legais que não foram arrolados no recurso especial constitui indevida inovação recursal, inviabilizando o exame da tese em sede de agravo interno. 2. Não há falar em omissão e, por conseguinte, em contrariedade ao art. 535 do CPC/1973, pois o julgamento da lide apenas se deu de forma contrária aos interesses da parte.

3. A admissibilidade do recurso especial exige a clareza na indicação dos dispositivos de lei federal supostamente contrariados, bem como a explanação precisa da medida em que o acórdão recorrido teria afrontado cada um desses artigos, sob pena de incidência da Súmula nº 284 do STF.

(...)

8. Primeiro agravo interno desprovido. Segundo agravo interno não conhecido, por força da preclusão consumativa" (STJ, AgInt no REsp 1.628.949/PI, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe de 07/03/2018).

Diante desse quadro, tem incidência, por analogia, a Súmula 284 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

No mais, verifico que o Recurso Especial é manifestamente inadmissível, pois o Tribunal de origem, ao negar provimento à apelação interposta pela parte ora recorrente, decidiu a controvérsia à luz de disposições normativas de direito local e de direito constitucional, ambas fora do espectro de atuação do Recurso Especial.

Assim, por estar o acórdão do Tribunal de origem assentado em matéria de

direito local e de direito constitucional, o Recurso Especial é manifestamente inadmissível, como demonstram, inclusive, os seguintes julgados do STJ:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO EM LEGISLAÇÃO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SÚMULA 280/STF. OFENSA AO ART. 97 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. MATÉRIA DE NATUREZA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. ANÁLISE DE QUESTÕES FÁTICO-PROBATÓRIAS. INVIABILIDADE. AGRAVO INTERNO DA EMPRESA QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Corte de origem, ao julgar a demanda e decidir que a parte recorrente não teria direito ao aproveitamento do ICMS, embasou suas conclusões na legislação local (Lei Estadual Mineira 6.763/1975); o que atrai a incidência da Súmula 280/STF.

2. É firme a jurisprudência desta Corte de que é vedado o exame de eventual ofensa ao art. 97 do CTN na via do Recurso Especial, sob pena de usurpação da competência da Suprema Corte, tendo em vista que o dispositivo reproduz o Princípio Constitucional da Legalidade Tributária, versando sobre matéria de natureza eminentemente constitucional.

3. Ademais, modificar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem exigiria o reexame do conjunto fático-probatório. É que o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Mineiro está amparado na prova pericial conclusiva no sentido de que o procedimento adotado não é o determinado na legislação tributária, tendo afirmado a perita que a falta de identificação dos adquirentes das mercadorias, no presente caso, inviabiliza parcialmente o controle contábil e fiscal da empresa (fls. 1.020).

4. Agravo Interno da Empresa a que se nega provimento" (STJ, AgInt no REsp 1.396.108/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 12/03/2018).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. ART. 535 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE. APROVEITAMENTO DO CRÉDITO. LEGALIDADE DO LIMITE TEMPORAL. PRECEDENTES.

MATÉRIA DECIDIDA COM BASE EM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não ocorre contrariedade ao art. 535, II, do CPC/1973 quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu exame, assim como não há que se confundir decisão contrária aos interesses da parte com inexistência de prestação jurisdicional.

2. O Superior Tribunal de Justiça possui firme entendimento de que "são legítimas as restrições impostas pela Lei Complementar 87/1996, inclusive a limitação temporal prevista em seu art. 33, para o aproveitamento dos créditos de ICMS em relação à aquisição de bens destinados ao uso e consumo ou ao ativo permanente do estabelecimento contribuinte" (AgRg no AREsp 126.078/RS, Rel.

Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 26/11/2012).

Precedente: AgRg no AREsp 186.016/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/11/2012.

3. Quando a controvérsia é solucionada com fundamento em princípios ou dispositivos constitucionais, o recurso especial é inviável, sob pena de usurpação da competência reservada pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal. Precedente: AgRg nos EDcl no AREsp 167.832/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31/10/2012.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido" (STJ, REsp 1.324.355/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/10/2017).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO ART. 113, §§ 2º e 3º DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ. ACÓRDÃO EMBASADO EM NORMA DE DIREITO LOCAL. LEI ESTADUAL N. 7.014/1996 E O REGULAMENTO DO ICMS DO ESTADO DA BAHIA. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 280/STF.

I - É entendimento pacífico desta Corte que a ausência de enfrentamento da questão objeto da controvérsia pelo Tribunal a quo, não obstante oposição de Embargos de Declaração, impede o acesso à instância especial, porquanto não preenchido o requisito

Superior Tribunal de Justiça

constitucional do prequestionamento, nos termos da Súmula n. 211/STJ.

II - Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial, rever acórdão que demanda interpretação de direito local, à luz do óbice contido na Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal.

III - O Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

IV - Agravo Regimental improvido" (STJ, AgRg no AREsp 662.716/BA, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 03/06/2015).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, I, do RISTJ, não conheço do Recurso Especial.

I.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRA ASSUETE MAGALHÃES
Relatora