

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.628.756 - AL (2019/0363915-8)**

**RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA**  
**AGRAVANTE : L M CORREIA MOREIRA EIRELI**  
**OUTRO NOME : LEON MARCEL CORREIA MOREIRA - ME**  
**ADVOGADOS : JOÃO ALVES DE MELO JUNIOR - PE024277D**  
**MARIA NEIDE DA SILVA - PE006092D**  
**ISAAC VALENTIM DA SILVA - PE040166D**  
**RAPHAELLA ALMEIDA COSTA - PE040332D**  
**ANA SILVIA SANTOS DE MOURA - PE047725D**  
**THAMYRES FARIAS DE SANTANA - PE048348D**  
**AGRAVADO : ESTADO DE ALAGOAS**  
**PROCURADOR : PAULO DE TARSO GONÇALVES RODRIGUES -**  
**AL007133**

**DECISÃO**

**Vistos.**

Trata-se de Agravo nos próprios autos de **L M CORREIA MOREIRA EIRELI** contra decisão que inadmitiu Recurso Especial interposto contra acórdão assim ementado (fls. 96/108e):

***APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA. ICMS. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. BINÔMIO NECESSIDADE - ADEQUAÇÃO. AFASTADAS. ALÍQUOTA INTERESTADUAL INCIDE AO CONSUMIDOR FINAL. DISPOSIÇÃO EXPRESSA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. DISTINÇÃO JURISPRUDENCIAL EM COTEJO ÀS PESSOAS JURÍDICAS QUE EXERCEM ATIVIDADE DE CONSTRUÇÃO CIVIL. PRECEDENTE INAPLICÁVEL. NÃO FIGURAM COMO CONTRIBUINTE DO ICMS. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.***

Opostos embargos de declaração por **LEON MARCEL CORREIA MOREIRA - ME** (fls. 115/126e), foram rejeitados com aplicação de multa de 2% (dois por cento) sobre o valor da condenação, em razão do caráter protelatório (fls. 148/157e).

Sustenta-se a presença dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial (fls. 323/348e).

Com contraminuta (fls. 542/562e), os autos foram encaminhados a esta Corte.

No Recurso Especial, fundado no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição da República, além de divergência jurisprudencial, aponta-se ofensa aos arts. 1º da Lei Complementar n. 116/2003 e 3º da Lei Complementar n. 87/1996, alegando-se, em síntese, que, conforme consta da inscrição da pessoa jurídica, o trabalho predominante da empresa é a prestação de serviço no ramo de locação de máquinas e equipamentos e, portanto, não se enquadra como contribuinte do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, pois ao adquirir uma máquina, tal equipamento destina-se a uso de sua atividade, figurando como consumidora final.

Aponta divergência jurisprudencial em relação a julgados do Supremo Tribunal Federal (RE 579.084; RE 572.811; e RE 527.820) e desta Corte (REsp n. 1.135.489/AL, decidido sob o rito dos repetitivos), bem como violação à Súmulas n. 432/STJ, porquanto não foi analisada a natureza da atividade da empresa e o fato de que os produtos adquiridos destinarem-se ao uso próprio, assim como a inexigibilidade do pagamento do diferencial de alíquota do ICMS cobrado sobre produtos adquiridos para uso próprio na execução das atividades de construção civil.

Requer, ainda, o afastamento da multa aplicada no julgamento dos embargos de declaração, porquanto afronta a Súmula n. 98 desta Corte, considerando que a oposição de aclaratórios, com notório propósito de prequestionamento, não podem ser considerados protelatórios (fls. 164/181e).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 261/277e).

**Feito breve relato, decido.**

Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

Nos termos do art. 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, combinado com os arts. 34, XVIII, *a*, e 253, II, *a*, do Regimento Interno desta Corte, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a conhecer do agravo para não conhecer do recurso especial inadmissível, prejudicado ou daquele que não tenha

impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade do Agravo, passo à análise do Recurso Especial.

Ao analisar a questão referente à incidência da diferença de alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, o tribunal de origem assim consignou (fls. 103/107e):

*12 No que toca ao Imposto de Circulação de Mercadoria e Serviços - ICMS, o texto constitucional assim dispõe:*

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...) II - **operações relativas à circulação de mercadorias** e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Grifei)  
(...)"

*13 Por sua vez, o art. 12, I, do mesmo diploma legal estabelece:*

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. (Grifo nosso).

*14 E conforme expressamente previsto no art. 12, I, da Lei Estadual nº 5.900, de 27/12/1996, in verbis:*

Art. 2º - Considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

I - da saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.  
(Grifamos).

*15 Quanto às alíquotas do ICMS, a Constituição Federal dispõe regras gerais a serem observadas pelos Estados da Federação, considerando que a incidência da exação pode ter reflexos na mesma operação tributada.*

*16 Em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a **consumidor final**, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a*

*alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual (art. 155, § 2º, VII da CF/88).*

*17 Continua a Constituição, no art. 155, § 2º, VIII, dispondo que, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual caberá: (a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto ou (b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto, in verbis:*

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015) (Produção de efeito)

VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015)

a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015)

b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;

*18 Desta feita, observa-se que o cerne da controvérsia acerca do diferencial de alíquota aplicável nas relações jurídicas tributárias de ICMS não se refere à questão de figurar consumidor final, como afirma a recorrida, mas de restar verificada a condição de contribuinte ou não da exação.*

*19 Em sua exordial o recorrido pleiteia a aplicação dos precedentes jurisprudencial e sumular das Cortes Superiores, aplicados às pessoas jurídicas que desenvolvem atividade de construção civil. Contudo, há que ressaltar que se trata de regime jurídico-tributário diferenciado pelo fato de que "as empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais", justamente porque não figuram como contribuintes do ICMS, senão veja-se:*

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL  
REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO  
543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. ICMS.

**DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA UTILIZAÇÃO NAS OBRAS CONTRATADAS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. NÃO INCIDÊNCIA.**

**1.** As empresas de construção civil (em regra, contribuintes do ISS), ao adquirirem, em outros Estados, materiais a serem empregados como insumos nas obras que executam, não podem ser compelidas ao recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS cobrada pelo Estado destinatário (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: AI 242.276 AgR, Rel. Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 16.10.1999, DJ 17.03.2000; AI 456.722 AgR, Rel. Ministro Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 30.11.2004, DJ 17.12.2004; AI 505.364 AgR, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 05.04.2005, DJ 22.04.2005; RE 527.820 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 01.04.2008, DJe-078 DIVULG 30.04.2008 PUBLIC 02.05.2008; RE 572.811 AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe-113 DIVULG 18.06.2009 PUBLIC 19.06.2009; e RE 579.084 AgR, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe-118 DIVULG 25.06.2009 PUBLIC 26.06.2009. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: EREsp 149.946/MS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 06.12.1999, DJ 20.03.2000; AgRg no Ag 687.218/MA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.05.2006, DJ 18.05.2006; REsp 909.343/DF, Rel. Ministro Teor Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.05.2007, DJ 17.05.2007; REsp 919.769/DF, Rel. o Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 11.09.2007, DJ 25.09.2007; AgRg no Ag 889.766/RR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 25.09.2007, DJ 08.11.2007; AgRg no Ag 1070809/RR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03.03.2009, DJe 02.04.2009; AgRg no REsp 977.245/RR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28.04.2009, DJ 15.05.2009; e REsp 620.112/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07.05.2009, DJe 21.08.2009).

**2. É que as empresas de construção civil, quando adquirem bens necessários ao desenvolvimento de sua atividade-fim, não são contribuintes do ICMS. Conseqüentemente, "há de se qualificar a construção civil como atividade de pertinência exclusiva a serviços, pelo que 'as pessoas**

(naturais ou jurídicas) que promoverem a sua execução sujeitar-se-ão exclusivamente à incidência de ISS, em razão de que quaisquer bens necessários a essa atividade (como máquinas, equipamentos, ativo fixo, materiais, peças, etc.) não devem ser tipificados como mercadorias sujeitas a tributo estadual' (José Eduardo Soares de Melo, in 'Construção Civil - ISS ou ICMS?', in RDT 69, pg. 253, Malheiros)." (EREsp 149.946/MS). 3. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (grifei)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. AQUISIÇÃO DE BENS PARA UTILIZAÇÃO NA CONSTRUÇÃO CIVIL. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. ALEGADA OFENSA AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO. SÚMULA 279 DO STF. I - As empresas de construção civil por serem, em regra, contribuintes do ISS, ao adquirir, em outros Estados, materiais para empregar em suas obras, não estão compelidas a satisfazer a diferença em virtude de alíquota maior do ICMS cobrada pelo Estado destinatário. Precedentes. II - Não há contrariedade ao art. 93, IX, da Constituição, quando o acórdão recorrido encontra-se suficientemente fundamentado. III - Para entender em sentido diverso do acórdão recorrido quanto à utilização dos insumos adquiridos nas obras de construção civil da empresa agravada, faz-se necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que inviável, a teor da Súmula 279 do STF. IV - Agravo improvido." (RE 572.811 AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe-113 DIVULG 18.06.2009 PUBLIC 19.06.2009)

*20 In casu, observo que a discussão dos autos acerca do recolhimento da alíquota diferencial refere-se à caracterização do consumidor final, sendo que, como visto, inexistem dúvidas acerca da incidência do tributo estadual, desta forma, deve ser reformada a sentença para julgar totalmente improcedentes os pedidos autorais.*

Consoante depreende-se do julgado, o acórdão impugnado possui como fundamento matéria eminentemente constitucional, porquanto o deslinde da controvérsia deu-se à luz dos arts. 155, II, e § 2º, VII e VIII, da Constituição da República.

O recurso especial possui fundamentação vinculada, destinando-se a garantir a autoridade da lei federal e a sua aplicação uniforme, não constituindo, portanto,

instrumento processual destinado a examinar a questão constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da Carta Magna.

Nesse sentido, confirmam-se:

***TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IPTU. ISENÇÃO. ÁREA DESAPROPRIADA. MATÉRIA DECIDIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM SOB O ENFOQUE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE.***

*1. Na hipótese, o Tribunal de origem decidiu a controvérsia com base em fundamentos eminentemente constitucionais, escapando sua revisão, assim, à competência desta Corte em sede de recurso especial.*

*2. Agravo regimental a que se nega provimento.*

(AgRg no AREsp 537.171/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 16/09/2014 – destaques meus).

***REAJUSTE CONCEDIDO. VANTAGEM PECUNIÁRIA INDIVIDUAL. NATUREZA DIVERSA. CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE.***

*1. A Corte local concluiu pela diversidade da natureza jurídica da VPNI, instituída pela Lei 10.698/2003 em relação à Revisão Geral Anual, prevista no art. 37, X, da CF/1988.*

*2. Verifica-se que o acórdão recorrido contém fundamento exclusivamente constitucional, sendo defeso ao STJ o exame da pretensão deduzida no recurso especial, sob pena de usurpação da competência do STF.*

*3. Agravo Regimental não provido.*

(AgRg no AREsp 467.850/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 22/04/2014 – destaques meus).

Registre-se, ainda, a inaplicabilidade do disposto no art. 1.032 do Código de Processo Civil de 2015, porquanto, consoante o entendimento das Turmas componentes da 1ª Seção desta Corte, a incidência do citado regramento, a fim de permitir a conversão de Recurso Especial, que versar sobre questão constitucional, em Recurso Extraordinário, está condicionada à: *i)* caracterização de equívoco na escolha da espécie recursal, evidenciado pela indicação de violação à Constituição da República na insurgência para esta Corte; e *ii)* inexistência de recurso dirigido ao Supremo Tribunal Federal.

Nessa linha:

**PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. PROFESSOR. JUIZ/PROMOTOR. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO.**

(...)

VIII - Considerando que há recurso extraordinário interposto, é desnecessária a realização da providência prevista no art. 1.032 do CPC/2015.

(...)

(AgInt no REsp 1.744.398/CE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 30/08/2019).

**ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO POPULAR. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1º E 21 DA LEI 4.717/65. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. ACÓRDÃO RECORRIDO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 1.032 DO CPC/2015. INAPLICABILIDADE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.**

(...)

V. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "o art. 1.032 do Código de Processo Civil de 2015 prevê a aplicação do princípio da fungibilidade ao recurso especial que versar questão constitucional, hipótese em que há um equívoco quanto à escolha do recurso cabível" (STJ, AgRg no REsp 1.665.154/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe de 30/08/2017). No mesmo sentido: STJ, AgInt no AREsp 1.008.763/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe de 27/10/2017. Inocorrência, no caso - no qual o acórdão recorrido tem fundamento constitucional e o Recurso Especial versa sobre matéria infraconstitucional -, da hipótese prevista no art. 1.032 do CPC/2015.

(...)

(AgInt no AREsp 1.432.966/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 23/08/2019).

**PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 126 DO STJ. INCIDÊNCIA.**



(...)

3. Apesar de o art. 1.032 do Código de Processo Civil de 2015 prever a aplicação do princípio da fungibilidade ao apelo nobre que versar sobre questão constitucional, tal aplicação está condicionada à hipótese em que há um equívoco quanto à escolha do recurso cabível, sendo certo que, no caso dos autos, além da inexistência de recurso em separado no tocante ao capítulo decisório de fundamento constitucional, sequer foi apontada contrariedade a preceitos constitucionais, de modo que não há falar em aplicação do princípio antes referido.

(...)

(AgInt no REsp 1.651.768/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 24/05/2019).

**PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO COM FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 1.032 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. HONORÁRIOS. CABIMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.**

(...)

IV - É inaplicável ao caso a previsão do art. 1.032, do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista que a referida hipótese incide apenas naqueles casos em que a parte interpõe unicamente o recurso especial, deixando de manejar o competente apelo extremo, o que não é o caso dos autos.

(AgInt no REsp 1.673.358/PB, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 19/04/2018).

*In casu*, foram interpostos Recurso Extraordinário (fls. 187/199e) e o respectivo Agravo em Recurso extraordinário (fls. 435/448e).

No que se refere à afronta aos arts. 1º da Lei Complementar n. 116/2003 e 3º da Lei Complementar n. 87/1996, verifico que a insurgência carece de prequestionamento, uma vez que não foi analisada pelo tribunal de origem.

Com efeito, o requisito do prequestionamento pressupõe prévio debate da questão pelo tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com emissão de

juízo de valor acerca dos dispositivos legais apontados como violados.

Ademais, o atual Estatuto Processual admite o denominado prequestionamento ficto, é dizer, aquele que se consuma "[...] com a mera oposição de aclaratórios, sem que o Tribunal *a quo* tenha efetivamente emitido juízo de valor sobre as teses debatidas" (AgRg no REsp 1.514.611/PR, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª T., DJe 21.06.2016), nos seguintes termos:

*Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.*

No entanto, na linha da orientação adotada por este Superior Tribunal, somente se poderia considerar prequestionada a matéria especificamente alegada – de forma clara, objetiva e fundamentada – e reconhecida a violação ao art. 1.022 do CPC/15, como o demonstram os seguintes precedentes:

**ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. DEMORA NO RESTABELECIMENTO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. PREQUESTIONAMENTO FICTO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 1.025 DO CPC/2015. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.**

*I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 14/12/2016, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decismum publicado na vigência do CPC/2015.*

*II. Na origem, trata-se de Ação de Indenização, ajuizada pela parte agravante contra AES SUL Distribuidora Gaúcha de Energia S/A, em decorrência da interrupção do serviço de energia elétrica pelo período de 9 (nove) dias, após a ocorrência de um temporal no Município de São Sepé/RS. O acórdão do Tribunal de origem reformou a sentença que julgara improcedente a ação, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).*

*III. Não tendo o acórdão hostilizado expandido qualquer juízo de valor sobre os arts. 2º da Lei 9.427/96 e 29, I, da Lei 8.987/95, a pretensão recursal esbarra em vício formal intransponível, qual seja, o da ausência de prequestionamento – requisito viabilizador da abertura desta instância*

*especial –, atraindo o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada"), na espécie.*

*IV. Na forma da jurisprudência, "a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei" (STJ, REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 10/04/2017). [...]*

*VI. Agravo interno improvido.*

*(AgInt no AREsp 1.017.912/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 16/08/2017 - destaquei).*

**CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. LIQUIDAÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE LIMITADA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS PROPORCIONAIS ÀS COTAS INVENTARIADAS. HERDEIROS SÓCIOS EM CONDOMÍNIO. CABIMENTO. PRESCRIÇÃO DO DIREITO. NÃO OCORRÊNCIA.**

*[...]*

*04. A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei.*

*[...]*

*06. Recurso especial não provido.*

*(REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017 - destaquei).*

**PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SÚMULA 284/STF. CONCESSÃO DE PROVIMENTO DE URGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. SÚMULA 735/STF ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.**

*I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.*

*II - Não se pode conhecer a apontada violação ao art. 1.022, do Código de Processo Civil, porquanto o recurso cinge-se a alegações genéricas e, por isso, não demonstra, com transparência e precisão, qual seria o ponto omissivo, contraditório ou obscuro do acórdão recorrido, bem como a sua importância para o deslinde da controvérsia, o que atrai o óbice da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, aplicável, por analogia, no âmbito desta Corte.*

*[...]*

*V - Agravo Interno improvido.*

(AgInt no REsp 1.664.063/RS, de minha relatoria, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 27/09/2017 - destaquei).

No caso, malgrado a oposição de embargos declaratórios, o tribunal de origem não analisou, ainda que implicitamente, a aplicação dos suscitados arts. 1º da Lei Complementar n. 116/2003 e 3º da Lei Complementar n. 87/1996, e, ainda, no Recurso Especial não foi indicada violação ao art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, tendente a possibilitar a incidência do disposto no art. 1.025 do referido *codex*.

Desse modo, não tendo sido apreciada tal questão pelo tribunal *a quo*, a despeito da oposição de embargos de declaração, aplicável, à espécie, o teor da Súmula n. 211/STJ, *in verbis*: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*".

Corroborando tal entendimento, os julgados desta Corte, assim ementados:

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284 DO STF, POR ANALOGIA. BENS PÚBLICOS. TERRENO DE MARINHA. ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211 DESTA CORTE SUPERIOR. REGISTRO IMOBILIÁRIO. CARACTERIZAÇÃO DO BEM COMO TERRENO DE MARINHA. MANDADO DE SEGURANÇA. VIA ADEQUADA. QUESTÃO MERAMENTE DE DIREITO. Oponibilidade em face da União. Caracterização do bem como propriedade particular. Impossibilidade. Propriedade pública constitucionalmente assegurada (CR/88, ART. 20, INC. VII).**

*(...)*

2. A controvérsia acerca da ilegalidade do procedimento demarcatório na espécie, pela desobediência do rito específico previsto no Decreto-lei n. 9.760/46 - vale dizer: ausência de notificação pessoal dos recorrentes - não foi objeto de análise pela instância ordinária, mesmo após a oposição de embargos de declaração, razão pela qual aplica-se, no

ponto, a Súmula n. 211 desta Corte Superior.

(...)

5. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. Julgamento submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e à Resolução n. 8/2008.*

(REsp 1.183.546/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/09/2010, DJe 29/09/2010 – destaques meus).

Ademais, consoante pacífica jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o conceito de tratado ou lei federal, previsto no art. 105, inciso III, *a*, da Constituição da República, deve ser considerado em seu sentido estrito, não compreendendo súmulas de Tribunais, bem como atos administrativos normativos.

Nessa linha, a orientação firmada por esta Corte na Súmula 518 segundo a qual “para fins do art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, não é cabível recurso especial fundado em alegada violação de enunciado de súmula”, impondo-se, assim, o não conhecimento do recurso especial quanto à alegação de ofensa às Súmulas ns. 98 e 432 do Superior Tribunal de Justiça, como espelham os seguintes precedentes:

***PROCESSUAL CIVIL. SÚMULA. NÃO ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. LEVANTAMENTO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS. CONTROVÉRSIA RELATIVA AO ESTORNO INDEVIDO DE JUROS. DESNECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO PRÓPRIA. (...)***

(REsp 1.359.988/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 28/06/2013 – destaques meus).

***ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ANÁLISE DE RESOLUÇÃO. REGRAMENTO QUE NÃO SE SUBSUME AO CONCEITO DE LEI FEDERAL. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. COBRANÇA INDEVIDA. DANO MORAL IN RE IPSA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL.***

*1. Não é possível, em recurso especial, a análise de resolução de agência reguladora, visto que o referido ato normativo não se enquadra no conceito de "tratado ou lei federal" de que cuida o art. 105, III, *a*, da CF.*

(...)

6. *Agravo regimental a que se nega provimento.*

(AgRg no AREsp 518.470/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 20/08/2014 – destaques meus).

**AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. MULTA APLICADA PELO PROCON. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DECRETO. OFENSA QUE NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.**

*1. Conforme consignado na análise monocrática, é entendimento assentado na jurisprudência desta Corte que a alegação de violação de decreto regulamentar não pode ser conhecida, porquanto tal espécie normativa não se enquadra no conceito de "lei federal", conforme o permissivo constitucional do art. 105, III, "a". Precedentes.*

*(..).*

(AgRg no AREsp 490.509/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 15/05/2014 – destaques meus).

De outra parte, o recurso especial também não pode ser conhecido com fundamento em divergência jurisprudencial, porquanto prejudicado dada a impossibilidade de análise da mesma tese desenvolvida pela alínea *a* do permissivo constitucional pela incidência de óbices de admissibilidade.

Sobre o tema, os seguintes precedentes das Turmas componentes da 1ª

Seção:

**PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. CARÁTER EXCEPCIONAL. RECURSO QUE NÃO ATACOU FUNDAMENTO BASILAR QUE AMPARA O ACÓRDÃO RECORRIDO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 283/STF. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.**

*1. De acordo com a norma prevista no art. 535 do CPC, são cabíveis embargos de declaração nas hipóteses de obscuridade, contradição ou omissão da decisão recorrida. Ademais, os segundos embargos de declaração devem versar sobre vício existente no julgamento dos primeiros embargos de declaração e não no do acórdão principal (EDcl nos EDcl nos EREsp 636248/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 05/05/2008). Verificada a existência de omissão em ambos os julgados, dos primeiros embargos de declaração e do acórdão que julgou*

*o recurso especial, relativamente ao fundamento basilar do acórdão do Tribunal de origem para afastar a prescrição intercorrente, devem ser acolhidos estes segundos embargos de declaração.*

*2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que, em caráter excepcional, pode-se atribuir efeitos infringentes aos embargos de declaração, para correção de premissa equivocada, sobre a qual tenha se fundado o julgado embargado, quando tal for decisivo para o resultado do julgamento (EDcl no AgRg no AREsp 151.216/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 20/09/2013; EDcl no AgRg no REsp 730.190/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 02/06/2010).*

*3. O recurso especial não impugnou fundamento basilar que ampara o acórdão recorrido, qual seja, a circunstância de que não houve o transcurso do prazo prescricional quinquenal em virtude da suspensão da execução fiscal para apreciação dos embargos à execução, esbarrando, pois, no óbice da Súmula 283/STF, que assim dispõe: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.". A respeito do tema: AgRg no REsp 1.326.913/MG, Rel.*

*Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 4/2/2013; EDcl no AREsp 36.318/PA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9/3/2012.*

*4. 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.*

*5. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos, com o conseqüente não conhecimento do recurso especial.*

*(EDcl nos EDcl no REsp 1.065.691/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 18/06/2015 - destaquei).*

**PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. LICITAÇÃO. CREDENCIAMENTO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA.**

**JULGAMENTO CONTRÁRIO AOS INTERESSES DA PARTE. PREVISÃO EDITALÍCIA. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. SUPOSTA VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS DA LEI Nº 8.666/1993 E DO CÓDIGO CIVIL. RAZÕES RECURSAIS INAPTAS DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO. SÚMULAS 284 E 283/STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. EXAME PREJUDICADO. 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 mero julgamento da causa em sentido contrário aos interesses e à pretensão das partes não caracteriza a ausência de prestação jurisdicional, tampouco viola o art. 1.022 do CPC/2015.*

*Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.*

*3. Não se conhece do recurso especial por deficiência na sua fundamentação, estando as razões do recurso genéricas e dissociadas do que decidido no acórdão recorrido, bem como quando não impugnam fundamento autônomo, suficiente por si só à manutenção do julgado (Súmulas 284 e 283/STF). 4. O recurso especial não é, em razão das Súmulas 05 e 07/STJ, via processual adequada para questionar julgado que se afirmou explicitamente em contexto fático-probatório próprio da causa, tampouco de interpretação de cláusulas contratuais.*

*5. "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).*

*6. Agravo interno não provido.*

(AgInt no AREsp 1.343.289/AP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 14/12/2018 - destaques meus).

No que tange aos honorários advocatícios, da conjugação dos Enunciados Administrativos ns. 3 e 7, editados em 09.03.2016 pelo Plenário desta Corte, depreende-se que as novas regras relativas ao tema, previstas no art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, serão aplicadas apenas aos recursos sujeitos à novel legislação, tanto nas hipóteses em que o novo julgamento da lide gerar a necessidade de fixação ou modificação dos ônus da sucumbência anteriormente distribuídos quanto em relação aos honorários recursais (§ 11).

Ademais, vislumbrando o nítido propósito de desestimular a interposição de recurso infundado pela parte vencida, entendo que a fixação de honorários recursais em favor do patrono da parte recorrida está adstrita às hipóteses de não conhecimento ou de improvimento do recurso.

Quanto ao momento em que deva ocorrer o arbitramento dos honorários recursais (art. 85, § 11, do CPC/2015), afigura-se-me acertado o entendimento segundo o qual incidem apenas quando esta Corte julga, pela vez primeira, o recurso, sujeito ao Código de Processo Civil de 2015, que inaugure o grau recursal, revelando-se indevida



sua fixação em agravo interno e embargos de declaração.

Registre-se que a possibilidade de fixação de honorários recursais está condicionada à existência de imposição de verba honorária pelas instâncias ordinárias, revelando-se vedada aquela quando esta não houver sido imposta.

Na aferição do montante a ser arbitrado a título de honorários recursais, deverão ser considerados o trabalho desenvolvido pelo patrono da parte recorrida e os requisitos previstos nos §§ 2º a 10 do art. 85 do estatuto processual civil de 2015, sendo desnecessária a apresentação de contrarrazões (v.g. STF, Pleno, AO 2.063 AgR/CE, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão Min. Luiz Fux, j. 18.05.2017), embora tal elemento possa influir na sua quantificação.

Assim, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, de rigor a majoração dos honorários anteriormente fixados de 11% (onze por cento) sobre o valor atualizado da causa – fl. 107e – para 12% (doze por cento) sobre a mencionada base de cálculo.

Posto isso, com fundamento nos arts. 932, III, do Código de Processo Civil de 2015 e 34, XVIII, *a*, e 253, II, *a*, do RISTJ, **CONHEÇO** do Agravo para **NÃO CONHECER** do Recurso Especial.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 24 de março de 2020.

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora